



Assemblée générale

Distr.: Limitée
6 février 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Trente-sixième session
New York, 4-8 mars 2002

Règlement des litiges commerciaux

Élaboration de dispositions uniformes sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

Note du Secrétariat

Table des matières

| <i>Chapitre</i> | <i>Paragraphes</i> | <i>Page</i> |
|---|--------------------|-------------|
| Introduction | 1-7 | 2 |
| I. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage | 8-24 | 4 |
| A. Version révisée de la disposition législative type | 9 | 4 |
| B. Remarques sur le texte révisé de la disposition législative type | 10-24 | 5 |
| II. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York | 25-33 | 10 |
| A. Texte révisé de l'instrument interprétatif | 25-26 | 10 |
| B. Remarques sur le texte révisé de l'instrument interprétatif | 27-33 | 11 |

Introduction

1. À sa trente-deuxième session, en 1999, la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant 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, la Commission avait 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, règles et pratiques en matière d'arbitrage¹.

2. La Commission avait confié la tâche à l'un de ses groupes de travail, qu'elle avait appelé "Groupe de travail sur l'arbitrage" et avait décidé que les points prioritaires que devrait traiter ce dernier seraient la conciliation², la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage³, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires⁴ et la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine⁵.

3. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/468). Elle avait pris note du rapport avec satisfaction et avait réaffirmé qu'il appartenait au Groupe de travail de décider du moment et de la manière de traiter les sujets susceptibles de faire l'objet de travaux futurs. Il avait été déclaré à plusieurs reprises que, d'une manière générale, en décidant de la priorité à accorder aux futurs points de son ordre du jour, le Groupe de travail devrait privilégier ce qui était réalisable et concret ainsi que les questions pour lesquelles les décisions judiciaires laissaient subsister une situation juridique incertaine ou insatisfaisante. Les sujets mentionnés au sein de la Commission en raison de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter étaient, outre ceux que le Groupe de travail pourrait identifier en tant que tels, la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (dénommée ci-après la "Convention de New York") (A/CN.9/468, par. 109 k); les demandes aux fins de compensation dans les procédures arbitrales et la compétence du tribunal d'arbitrage pour ce qui était de ces demandes (ibid., par. 107 g); la liberté des parties d'être représentées, dans une procédure arbitrale, par des personnes de leur choix (ibid., par. 108 c); le pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder *l'exequatur* nonobstant l'existence d'un des motifs de refus énumérés à l'article V de la Convention de New York (ibid., par. 109 i); et le pouvoir du tribunal d'arbitrage d'accorder des intérêts (ibid., par. 107 j). Il avait été noté avec satisfaction qu'en ce qui concernait les arbitrages "en ligne" (à savoir les arbitrages dans lesquels des parties importantes, voire l'intégralité, de l'instance avaient lieu au moyen de communications électroniques) (ibid., par. 113), le Groupe de travail sur l'arbitrage collaborerait avec le Groupe de travail sur le commerce électronique. S'agissant de la possibilité de faire exécuter une sentence annulée dans l'État d'origine (ibid., par. 107 m), on avait estimé que la question ne devrait pas soulever de nombreux problèmes et que la jurisprudence qui en était à l'origine ne devrait pas être considérée comme une tendance⁶.

4. À sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, la Commission a pris note avec satisfaction des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-troisième et trente-quatrième sessions (A/CN.9/485 et A/CN.9/487, respectivement). Elle a félicité celui-ci pour les progrès accomplis jusqu'à présent en ce qui concernait les trois principales questions examinées, à savoir la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, les mesures provisoires ou conservatoires et l'élaboration d'une loi type sur la conciliation.

5. En ce qui concerne la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage, la Commission a noté que le Groupe de travail avait examiné le projet de disposition législative type modifiant le paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir A/CN.9/WG.II/WP.113, par. 13 et 14) et un projet d'instrument interprétatif concernant le paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York (ibid., par. 16). Conformément à un avis exprimé dans le cadre de la trente-quatrième session du Groupe de travail (A/CN.9/487, par. 30), on s'est demandé si une simple référence à des conditions d'arbitrage ou à un règlement d'arbitrage type disponible sous forme écrite remplissait la condition de la forme écrite. Il a été déclaré qu'une référence de ce genre ne devrait pas être considérée comme remplissant la condition de l'écrit, du fait que le texte auquel il était fait référence n'était pas la convention d'arbitrage elle-même, mais un ensemble de règles de procédure à suivre pour l'exercice de cet arbitrage (c'est-à-dire un texte qui le plus souvent existerait avant la convention et résulterait de l'action de personnes qui n'étaient pas parties à la convention d'arbitrage elle-même). Il a été souligné que, dans la plupart des cas concrets, c'était pour la convention par laquelle les parties s'engageaient à recourir à l'arbitrage qu'il fallait imposer une forme susceptible de faciliter la preuve ultérieure de l'intention des parties. En réponse à cette préoccupation, on a fait valoir que, si le Groupe de travail ne devait pas perdre de vue l'importance de la certitude quant à l'intention des parties de compromettre, il était important aussi d'œuvrer en vue de faciliter une interprétation plus souple de la prescription stricte de la forme écrite contenue dans la Convention de New York, afin de ne pas décevoir l'attente des parties qui avaient opté pour l'arbitrage, point de vue qui reflétait le sentiment général. À cet égard, la Commission a pris note de la possibilité pour le Groupe de travail d'examiner plus avant la signification et l'effet de la disposition relative au droit le plus favorable de l'article VII de la Convention de New York⁷.

6. La présente note a été établie sur la base des débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail concernant la prescription de la forme écrite pour la convention d'arbitrage (A/CN.9/487, par. 22 à 63). La première partie traite de la question d'éventuelles adjonctions à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. La deuxième partie traite de l'interprétation de la Convention de New York.

7. Ces deux sujets ont déjà été traités dans les documents ci-après publiés par la CNUDCI:

- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-quatrième session: A/56/17 (juin-juillet 2000, par. 309 à 315);
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-quatrième session: A/CN.9/487 (novembre 2001, par. 22 à 63);
- Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.113 (octobre 2001);

- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-troisième session: A/CN.9/485 (novembre-décembre 2000, par. 21 à 59);
- Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.110 (septembre 2000, par. 10 à 51);
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session: A/55/17 (juin-juillet 2000, par. 389 à 399);
- Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa trente-deuxième session: A/CN.9/468 (mars 2000, par. 88 à 106);
- Document de travail: A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 (janvier 2000, par. 1 à 40);
- Rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-deuxième session: A/54/17 (mai-juin 1999, par. 344 à 350);
- Note sur les travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international: A/CN.9/460 (avril 1999, par. 20 à 31).

Ces documents sont également accessibles sur le site Web de la CNUDCI « www.uncitral.org » sous les rubriques “Groupes de travail” et “Groupe de travail sur l'arbitrage international et la conciliation”.

I. Dispositions législatives types sur la forme écrite de la convention d'arbitrage

8. À sa trente-quatrième session (juin-juillet 2001), le Groupe de travail a examiné un projet de disposition législative type modifiant l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (voir les paragraphes 11 à 14 du document A/CN.9/WG.II/WP.113). Les débats du Groupe de travail sur la question sont récapitulés aux paragraphes 22 à 41 du document A/CN.9/487. Après avoir examiné le projet de disposition, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'en élaborer une version révisée en se fondant sur les débats qui avaient eu lieu en son sein et de la lui soumettre pour examen à une session ultérieure (ibid., par. 18).

A. Version révisée de la disposition législative type

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être fonder ses délibérations sur le texte révisé ci-après:

Article 7. Définition et forme de la convention d'arbitrage

1) Une “convention d'arbitrage” est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée.

2) La convention d'arbitrage se présente sous forme écrite. La “forme écrite” comprend toute forme qui atteste [de façon tangible] l'existence de la convention ou est [de toute autre manière] accessible en tant que message de données pour être consultable ultérieurement.

[3] Le terme “message de données” désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou

des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

4) Afin d'éviter tout doute, l'exigence de l'écrit visée au paragraphe 2 est satisfaite si la clause compromissoire ou les conditions d'arbitrage ou tout règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence dans la convention d'arbitrage sont sous forme écrite, même si le contrat ou la convention d'arbitrage séparée ont été conclus verbalement, du fait d'un comportement ou par d'autres moyens sous forme non écrite.

5) En outre, une convention est sous forme écrite si elle est contenue dans un échange de conclusions en demande et en réponse, dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre.

6) La référence dans un contrat à un texte contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat.

[7) Aux fins de l'article 35, les conditions d'arbitrage écrites, ainsi que tout écrit incorporant par référence ou contenant ces conditions, constituent la convention d'arbitrage.]

B. Remarques sur le texte révisé de la disposition législative type

Paragraphe 1

10. Le paragraphe 1 reproduit tel quel le paragraphe 1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

Paragraphe 2

Interprétations existantes de la notion de "forme écrite"

11. Lors de ses délibérations à sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a décidé qu'il faudrait expliquer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne du projet de disposition législative type que le paragraphe 2 ne visait pas à aller à l'encontre des interprétations existantes de la notion de "forme écrite", en particulier de toute interprétation large qui pourrait facilement en être donnée, notamment par référence à la jurisprudence, en vertu soit de la Loi type, soit de la Convention de New York. Des précisions quant à la préservation des interprétations existantes de la notion de "forme écrite" pourraient revêtir une importance particulière pour les pays qui n'adopteraient pas la version révisée de l'article 7 de la Loi type, ou pendant la période de transition précédant l'incorporation de cette disposition révisée dans le droit interne (A/CN.9/487, par. 25 et 26).

"atteste l'existence de la convention ou est de toute autre manière accessible"

12. Le texte du paragraphe 2 qui a été soumis au Groupe de travail à sa session précédente a été élaboré sur la base de deux textes récents de la CNUDCI dont la combinaison en une seule disposition devrait sans doute être réexaminée par le Groupe de travail du point de vue du fond et de la forme. D'une part, le

paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by dispose qu'"un engagement peut être émis sous toute forme préservant un enregistrement complet du texte dudit engagement...". D'autre part, le paragraphe 1 de l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique dispose: "Lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement". Cette disposition est indissociable de la définition du terme "message de données" figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de cet instrument, qui est rédigée comme suit: "Le terme 'message de données' désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie". Le terme "enregistrement" n'apparaît pas dans le texte de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, mais il est clair que les enregistrements électroniques sont englobés dans la notion largement définie de "message de données". La seule raison de combiner dans le projet de disposition la notion traditionnelle d'"enregistrement" (dans la version anglaise "*record*", dans la version française "attestation de l'existence") et la notion plus nouvelle de "message de données" est donc apparemment de faire ressortir clairement que le document papier traditionnel figure parmi les formes acceptables d'enregistrement (attestation de l'existence) d'une convention d'arbitrage. Cette question ne se posait pas dans la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique mais devra peut-être être traitée dans le cadre de la révision de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Toutefois, en l'absence d'explications supplémentaires, la notion de "*record*" risque de poser des problèmes de traduction dans les différentes langues officielles et de créer des difficultés dans les systèmes juridiques dans lesquels des notions telles que celles de "*record*" ou de "*business record*" ne sont pas courantes en droit commercial. Il serait peut-être nécessaire d'apporter de plus amples éclaircissements dans le texte, par exemple en indiquant que la disposition vise les enregistrements "tangibles" (les formes qui attestent "de façon tangible" l'existence de la convention).

13. Dans la mesure où la notion de "*record*" serait utilisée dans le texte pour renvoyer à un document papier attestant l'existence de la convention d'arbitrage, la distinction qui serait alors établie entre le "*record*" d'une part et le "message de données" d'autre part amènerait probablement à supprimer les mots "de toute autre manière". Il pourrait être nécessaire d'expliquer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne pourquoi, contrairement au paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by, le projet de disposition ne parle pas d'"enregistrement complet du texte" de la convention.

Paragraphe 3

"Message de données"

14. Dans la mesure où il est fait référence à la notion de "message de données" dans la disposition type, le texte de cette dernière devrait reproduire la définition figurant à l'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. C'est là la raison d'être du paragraphe 3.

Paragraphe 4

15. Le paragraphe 4 s'explique par le fait que le Groupe de travail est convenu à ses trente-troisième et trente-quatrième sessions que la disposition législative type devrait reconnaître l'existence de diverses pratiques contractuelles permettant de compromettre verbalement par référence aux clauses écrites d'un accord par lequel les parties décident de recourir à l'arbitrage, et que, dans de tels cas, les parties peuvent légitimement considérer qu'il y a convention d'arbitrage ayant force obligatoire (voir A/CN.9/485, par. 40 et A/CN.9/487, par. 29).

16. Le texte du paragraphe 4 reflète la conclusion à laquelle était parvenu le Groupe de travail à la fin de sa trente-quatrième session (voir A/CN.9/487, par. 29 à 32). Du fait d'une telle disposition, si une partie affirme qu'une convention d'arbitrage a été conclue verbalement par référence à une série préexistante de règles concernant l'arbitrage (qui seraient disponibles sous forme écrite) ou aux procédures énoncées dans la loi applicable à l'arbitrage, l'autre partie pourrait se trouver entraînée dans une procédure arbitrale même en l'absence de toute preuve quant à l'existence et au contenu de la convention d'arbitrage invoquée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant les conséquences d'une telle règle.

17. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi prendre en considération les préoccupations que le Directeur de la Division des questions juridiques générales du Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies a exprimées dans une lettre datée du 23 mai 2001, adressée au secrétariat. Ces préoccupations sont exprimées pour le compte de l'Organisation des Nations Unies en tant que partie potentielle à une procédure d'arbitrage. On trouvera ci-après des extraits de cette lettre.

“5. Jouissant de l'immunité de juridiction, l'Organisation des Nations Unies ne peut être poursuivie devant les juridictions étatiques. Néanmoins, aux termes de l'article VIII, section 29, de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (la “Convention générale”), l'Organisation “devra prévoir des modes de règlement appropriés pour [notamment] les différends en matière de contrats ou autres différends de droit privé dans lesquels l'Organisation serait partie”. [...] En application de cette disposition, l'Organisation a pour pratique d'insérer dans ses conventions commerciales (contrats et baux, par exemple) une clause compromissoire pour le cas où surgiraient des litiges qui ne pourraient être réglés par voie de négociations directes ou par d'autres moyens amiables (voir A/C.5/49/65). S'agissant des différends de droit privé ne découlant pas d'une convention commerciale, sauf dans des situations particulières pour lesquelles d'autres moyens de règlement sont prévus, l'Organisation a pour pratique de les soumettre à l'arbitrage lorsqu'ils ne peuvent être résolus par ces moyens ou d'autres moyens amiables (voir A/C.5/49/65). Dans de tels cas, elle conclut des conventions d'arbitrage séparées. Tant les clauses compromissoires insérées dans les contrats que les conventions d'arbitrage séparées précisent que la procédure d'arbitrage sera régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas également, l'Organisation convient d'être liée par la sentence du tribunal arbitral, qui tranchera le différend en dernier ressort.

6. En substance, en vertu du projet de texte révisé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI, la règle selon laquelle la convention d'arbitrage doit se présenter “sous forme écrite”, posée par le paragraphe 2 actuel, serait satisfaite alors même que le contrat contenant la clause compromissoire, ou la convention d'arbitrage séparée, auraient été conclus autrement que par écrit, par exemple verbalement ou du fait du “comportement” d'une partie, si la clause compromissoire, les conditions d'arbitrage ou le règlement d'arbitrage auxquels il est fait référence revêtent la forme écrite. Qui plus est, la “forme écrite” engloberait des formes “non traditionnelles” telles que les messages électroniques ou messages de données.

7. L'ONU ne peut être soumise à un tel arbitrage, dont les résultats s'imposent à elle, que dans la mesure où elle y a expressément consenti. Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, elle convient de se soumettre à l'arbitrage dans des clauses compromissoires figurant dans des contrats écrits signés par elle, ou dans des conventions d'arbitrage écrites également signées par elle. Dans les deux cas, l'exigence d'un document écrit signé par l'ONU garantit que celle-ci a consenti à se soumettre à l'arbitrage. De plus, dans les conventions d'arbitrage qu'elle conclut séparément, l'ONU inclut généralement diverses dispositions destinées à protéger ses intérêts légitimes, lesquelles dispositions, selon les circonstances de l'espèce, définissent et circonscrivent clairement les questions devant faire l'objet de l'arbitrage, précisent que les arbitres doivent appliquer les principes du droit commercial international acceptés au plan international et non pas la loi d'un système juridique national particulier, précisent la mesure dans laquelle les arbitres peuvent ordonner la production de pièces, et préservent les privilèges et immunités de l'ONU.

8. En vertu du texte qu'examine le Groupe de travail, l'exigence de la "forme écrite" de la convention d'arbitrage serait satisfaite si un contrat ou une convention passés verbalement renvoient, par exemple, à des conditions d'arbitrage écrites. Cette exigence serait satisfaite même en présence de conditions d'arbitrage écrites qui ne seraient que partielles, c'est-à-dire qui traiteraient certains des points évoqués ci-dessus, sur lesquels l'ONU tient à poser ses conditions, mais passeraient d'autres sous silence.

9. L'exigence de la forme écrite serait également satisfaite par une simple référence, dans un contrat ou une convention passés verbalement, à un règlement d'arbitrage écrit. Néanmoins, une référence à un tel règlement, par exemple le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, laisserait de côté d'autres points, tels que ceux mentionnés plus haut, à propos desquels l'ONU insère généralement des dispositions dans ses conventions d'arbitrage.

10. En outre, je tiens à souligner qu'une disposition de cette nature permettrait à un demandeur de convoquer un tribunal arbitral qui, en vertu de sa "compétence-compétence", serait habilité à se prononcer sur sa propre compétence. Avec la disposition envisagée, le défendeur devrait participer à des audiences aux fins d'un processus complexe d'établissement des preuves nécessaire pour que le tribunal arbitral puisse conclure à l'existence ou à la non-existence d'un contrat ou d'une convention d'arbitrage qui pourraient se déduire de son "comportement" ou qui auraient été passés "verbalement" et, s'il répond par l'affirmative, se prononcer sur l'existence et le contenu d'une clause compromissoire, de conditions d'arbitrage ou d'un règlement d'arbitrage "sous forme écrite". Même si, ainsi qu'il a été précédemment indiqué, les contrats conclus par l'ONU doivent se présenter sous forme écrite, nous craignons qu'un tribunal arbitral ainsi convoqué ne cherche à établir que l'ONU avait passé une convention d'arbitrage verbalement ou "du fait son comportement". Dans un tel cas, [...] il pourrait conclure que l'ONU doit se soumettre à une procédure d'arbitrage devant se dérouler selon des conditions qui laissent en suspens des points que celle-ci aurait réglés dans une convention d'arbitrage, et qui donc ne protègent pas pleinement ses intérêts. L'ONU ne verrait pas d'un bon œil que le soin de régler de tels points soit laissé au tribunal arbitral lui-même. C'est précisément la raison pour laquelle elle les règle dans les conventions d'arbitrage qu'elle conclut."

Même s'il n'est pas nécessaire d'aborder dans le projet de disposition le contexte particulier des affaires dans lesquelles l'ONU est susceptible d'être partie à une procédure d'arbitrage, il faudra sans doute chercher à répondre aux préoccupations de principe exprimées dans la lettre citée ci-dessus dans le contexte plus général de l'arbitrage commercial international.

Paragraphe 5

18. Le paragraphe 5 reproduit tel quel le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. Le Groupe de travail l'a adopté sans modification à sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 36).

Paragraphe 6

19. Le Groupe de travail a adopté sur le fond le paragraphe 6 à ses trente-quatrième (ibid., par. 37) et trente-troisième (A/CN.9/485, par. 42) sessions. Le texte a été légèrement remanié de façon à renvoyer à tout “texte contenant une clause compromissoire” et à ne pas restreindre la portée du paragraphe aux cas dans lesquels il est fait référence à une “clause compromissoire” ne figurant pas dans le contrat.

Paragraphe 7

20. Le Groupe de travail a décidé de placer le paragraphe 7 entre crochets en attendant d’avoir examiné plus avant le point de savoir si la question qui y est traitée devrait faire l’objet d’une disposition à insérer à l’article 7 ou dans une version révisée de l’article 35. Le secrétariat a été prié d’étudier les incidences d’une éventuelle révision de cet article afin que le Groupe de travail puisse poursuivre l’examen de la question (ibid., par. 40).

21. Il convient de noter que le paragraphe 2 de l’article 35 de la Loi type est calqué sur l’article IV de la Convention de New York. Tout écart par rapport au texte actuel de l’article 35 impliquerait donc qu’il faudrait, soit œuvrer à obtenir un amendement de la Convention de New York, soit trouver les moyens de parvenir à une interprétation uniforme et en même temps novatrice de l’article IV de cette convention.

22. Qui plus est, la question soulevée par les conditions de forme qui pourraient être imposées au niveau de la reconnaissance et de l’exécution de la sentence nous ramène à la principale question que soulève le texte proposé pour le paragraphe 4. Si ce paragraphe a simplement pour objet de faciliter l’utilisation des moyens modernes de communication dans le contexte de l’arbitrage commercial international et de remédier aux inconvénients d’une règle imposant que la convention d’arbitrage se présente sous la forme d’un document original, il est probablement possible de traiter sous tous ses aspects la question de la forme dans une version révisée de l’article 7 de la Loi type. Pour résoudre le problème de l’“original de la convention d’arbitrage” dans le cadre de l’article 35, il faudrait sans doute poser dans le texte révisé de l’article 7 des règles supplémentaires qui indiqueraient comment l’équivalent fonctionnel d’un document “original” pourrait être fourni dans un environnement électronique. On pourrait utilement s’inspirer des articles 7 et 8 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pour la rédaction de ces règles supplémentaires.

23. En revanche, si le paragraphe 4 a pour objet d’établir que la preuve de l’existence et du contenu de la convention d’arbitrage pourrait être remplacée par une simple référence aux conditions de la procédure arbitrale telles qu’énoncées dans un règlement d’arbitrage ou dans une loi sur l’arbitrage, sans qu’aucune autre preuve écrite de l’existence ou du contenu de la convention ait à être produite, il est peu probable qu’une modification aussi fondamentale puisse être introduite sans que l’article 35 de la Loi type ait à être complètement repensé.

Exemples de circonstances dans lesquelles l'exigence de la forme écrite est satisfaite

24. La version précédente du projet de texte soumis à l'examen du Groupe de travail comportait un paragraphe supplémentaire rédigé comme suit: "7) Parmi les exemples de circonstances dans lesquelles est satisfaite l'exigence d'une convention d'arbitrage sous forme écrite en application du présent article figurent notamment, mais non exclusivement, les suivants: [Le secrétariat établira un texte fondé sur les débats du Groupe de travail]". À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a décidé que de tels exemples avaient un rôle utile à jouer et devaient être conservés à des fins pédagogiques. Toutefois, ils ne devaient pas figurer dans le texte de l'article 7, mais on pourrait envisager de les insérer dans le guide pour l'incorporation dans le droit interne ou dans tout autre texte explicatif devant accompagner les dispositions législatives types. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la question des exemples pratiques qu'il faudrait donner dans le guide.

II. Instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York

A. Texte révisé de l'instrument interprétatif

25. À sa trente-quatrième session, le Groupe de travail a étudié un avant-projet d'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York et a prié le secrétariat d'établir un projet révisé de cet instrument tenant compte des avis exprimés lors de ses débats, pour examen à une session ultérieure (A/CN.9/487, par. 18).

26. Le texte du projet de déclaration adopté par le Groupe de travail, tel qu'il figure dans le rapport sur les travaux de sa trente-quatrième session (A/CN.9/487, par. 63), est le suivant:

“Déclaration relative à l'interprétation de l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York, le 10 juin 1958

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

[1] Rappelant la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1966, qui a créé la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international ayant pour objet d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international,

[2] Consciente du fait que la Commission couvre les principaux systèmes économiques et juridiques du monde, ainsi que les pays développés et les pays en développement,

[3] Rappelant les résolutions successives de l'Assemblée générale qui réaffirment que la Commission, en tant que principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial

international, a pour mandat de coordonner les activités juridiques dans ce domaine,

[4] *Consciente* de ce qu'elle est chargée d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international, notamment en recherchant les moyens d'assurer l'interprétation et l'application uniformes des conventions internationales et des lois uniformes dans le domaine du droit commercial international,

[5] *Convaincue* que l'adoption généralisée de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères a été une contribution notable au progrès de la légalité, en particulier dans le domaine du commerce international,

[6] *Rappelant* que la Conférence de plénipotentiaires qui a rédigé et ouvert à la signature la Convention a adopté une résolution dans laquelle il est dit, notamment, que la Conférence 'considère qu'en uniformisant davantage les lois nationales relatives à l'arbitrage on ferait de l'arbitrage un mode de règlement plus efficace des litiges de droit privé...',

[7] *Préoccupée* par les différences d'interprétation de l'article II-2 de la Convention, qui sont dues en partie à des différences de formulation dans les cinq textes de la Convention qui font également foi,

[8] *Soucieuse* d'encourager une interprétation uniforme de la Convention compte tenu de l'évolution des nouvelles technologies de la communication et du commerce électronique,

[9] *Convaincue* que l'interprétation uniforme du terme 'convention écrite' est nécessaire pour renforcer la sécurité des opérations commerciales internationales,

[10] *Considérant* qu'il faut tenir compte, pour l'interprétation de la Convention, de son caractère international et de la nécessité de promouvoir son application uniforme,

[11] *Tenant compte* des instruments juridiques internationaux adoptés ultérieurement, comme la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique,"

B. Remarques sur le texte révisé de l'instrument interprétatif

Dispositif

27. Dans l'hypothèse où le Groupe de travail poursuivrait l'élaboration de l'instrument interprétatif concernant l'article II-2 de la Convention de New York, il faudrait ajouter à la fin de cet instrument un dispositif reprenant la même approche que celle adoptée dans la version révisée de l'article 7 de la Loi type. Ce dispositif pourrait être rédigé comme suit:

“[12] *[Recommande]* *[Déclare]* que la définition du terme ‘convention écrite’ figurant à l’article II-2 de la Convention [soit] [devrait être] interprétée comme englobant [libellé inspiré du texte révisé de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international].”

Préservation des interprétations existantes de l’article II de la Convention de New York

28. Lors de la trente-quatrième session du Groupe de travail, plusieurs délégations ont estimé qu’il fallait éviter de donner à penser que la déclaration visait à imposer une interprétation nouvelle de la Convention de New York (A/CN.9/487, par. 61). Elles faisaient ainsi écho à une opinion exprimée durant l’examen du texte révisé de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international, selon laquelle l’emploi des mots “Afin d’éviter tout doute” était essentiel pour bien montrer que la règle de fond énoncée dans le projet de disposition législative type n’avait pas pour but de modifier une quelconque toute interprétation large qui pourrait être facilement donnée, notamment dans la jurisprudence, à la notion d’“écrit” évoqué dans la Loi type ou dans la Convention de New York (A/CN.9/487, par. 25). Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer s’il faudrait traiter ce point (qui dans le contexte d’une révision de la Loi type pourrait être traité dans le guide pour l’incorporation dans le droit interne) dans un nouvel alinéa qui serait éventuellement inséré dans le préambule du projet de déclaration.

29. Toutefois, selon la teneur de la version révisée de l’article 7 de la Loi type, en particulier du paragraphe 4, il faudra peut-être aussi examiner si la technique consistant à encourager, dans une déclaration, une interprétation de l’article II-2 de la Convention de New York allant dans le sens de l’article 7 de la Loi type est un bon moyen de promouvoir une interprétation uniforme de la Convention. Lors de la trente-quatrième session du Groupe de travail, il a été dit que, dans la mesure où la déclaration visait à favoriser une interprétation de l’article II-2 de la Convention de New York conforme au projet révisé d’article 7 de la Loi type, elle serait perçue dans un certain nombre de pays comme proposant une interprétation novatrice ou révolutionnaire de la condition de forme prévue à l’article II-2 de la Convention (A/CN.9/487, par. 61). De nombreux pays pourraient considérer une telle interprétation “révolutionnaire” comme un changement indésirable.

30. Il a été généralement convenu au sein du Groupe de travail que la déclaration n’aurait pas force obligatoire pour les gouvernements, ni pour les juges ou arbitres nationaux à qui elle était destinée. Il a été reconnu que le texte reflétait simplement une opinion mûrement réfléchie que la Commission soumettait aux personnes chargées d’interpréter l’article II-2, notamment les juges et les arbitres (ibid.). Toutefois, le Groupe de travail souhaitera peut-être revenir sur cette question et se demander si une déclaration controversée à propos d’un instrument aussi réussi et aussi consensuel que la Convention de New York serait de nature à favoriser une interprétation uniforme de cette dernière. Le Groupe de travail pourrait souhaiter étudier des possibilités autres que l’instrument interprétatif tel qu’actuellement rédigé.

Possibilités autres que le projet d'instrument interprétatif

31. Une autre solution envisageable serait que le Groupe de travail réfléchisse davantage à la possibilité de promouvoir une interprétation large des conditions de forme énoncées dans la Convention de New York grâce au principe du droit le plus favorable posé à l'article VII de la Convention. Comme cela est indiqué aux paragraphes 20 à 22 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1,

“S’il envisage la possibilité de modifier la Loi type comme un moyen d’interpréter l’article II-2 de la Convention de New York (sans modifier cette dernière), le Groupe de travail voudra peut-être considérer également que les législations nationales peuvent s’appliquer conformément au principe du droit le plus favorable énoncé à l’article VII de la Convention. Aux termes du paragraphe 1 de cet article,

‘Les dispositions de la présente Convention ne [...] privent aucune partie intéressée du droit qu’elle pourrait avoir de se prévaloir d’une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée.’

Selon cet article, on peut considérer que, si le droit du pays où la sentence doit être exécutée (ou le droit applicable à la convention d’arbitrage) contient une condition de forme moins stricte que la Convention, la partie intéressée peut se prévaloir du droit de ce pays. Cette interprétation serait conforme à l’objectif de la Convention, qui est de faciliter la reconnaissance et l’exécution des sentences étrangères et qui peut être atteint en supprimant dans les législations nationales les conditions de reconnaissance et d’exécution qui sont plus strictes que celles de la Convention, tout en laissant intactes les dispositions qui accordent des droits spéciaux ou plus favorables à une partie cherchant à se prévaloir d’une sentence.

Il convient de noter, toutefois, que l’application de conditions de forme moins restrictives par le biais de l’article VII-1 de la Convention serait plus ou moins acceptable selon que l’on considérerait son article II-2 comme établissant une condition de forme maximale (laissant ainsi les États libres d’adopter une condition moins stricte) ou que l’on interpréterait la Convention comme énonçant une condition de forme unifiée à laquelle doivent satisfaire les conventions d’arbitrage. Il convient aussi de noter que, selon certains, l’article VII-1 ne peut être invoqué pour reconnaître des dispositions nationales plus favorables sur la forme que si le mécanisme d’exécution de la Convention de New York est remplacé par le droit national sur l’exécution des sentences arbitrales étrangères (qu’il trouve sa source dans une loi écrite ou dans la jurisprudence). Ce n’est que lorsqu’un tel régime d’exécution national est en place qu’il peut, par le biais de l’article VII-1, remplacer celui de la Convention. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la validité et les conséquences de ces considérations. Il voudra peut-être aussi déterminer si les considérations qui ont trait à l’article VII devraient être prises en compte dans la rédaction d’éventuels amendements à la Loi type de manière à établir un régime qui fonctionnera en harmonie avec la Convention de New York.”

32. Une deuxième possibilité, qui mérite peut-être une étude plus approfondie, serait d’élaborer un protocole additionnel à la Convention de New York. À cet

égard, on rappellera que le paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1 indiquait ce qui suit:

“Un des moyens possibles de résoudre les difficultés susmentionnées serait d’actualiser les dispositions de la Convention de New York relatives à la forme de la convention d’arbitrage. Lorsque la Commission a examiné cette question, diverses opinions ont été exprimées quant à la manière de procéder (A/54/17, par. 344 et 347). Selon un avis, les questions relatives à la forme de la convention d’arbitrage devraient être traitées dans le cadre d’un protocole additionnel à la Convention de New York. On a expliqué que le remaniement de l’article II-2 ou la promotion d’une interprétation uniforme de cet article n’étaient possibles que par l’élaboration de dispositions ayant la force nécessaire, soit des dispositions conventionnelles de même nature que celles de la Convention de New York. Si certains intervenants se sont rangés à cet avis, d’autres ont craint qu’une tentative de révision de la Convention de New York ne compromette les excellents résultats obtenus en plus de quarante années de reconnaissance et d’exécution internationales des sentences arbitrales étrangères grâce à l’acceptation de la Convention dans le monde entier. En réponse à cette crainte, on a toutefois fait remarquer que c’était précisément le succès de la Convention de New York et son statut de norme mondiale qui devraient permettre à la CNUDCI d’entreprendre un remaniement limité si cela était nécessaire pour adapter le texte à l’évolution des réalités commerciales et pour faire en sorte que la Convention conserve, ou reprenne, la place centrale qui est la sienne dans le domaine de l’arbitrage commercial international.”

33. En ce qui concerne cette deuxième possibilité, le Groupe de travail pourrait examiner s’il souhaite recommander l’élaboration d’un protocole qui aurait uniquement pour objet de réviser l’article II et probablement aussi l’article IV de la Convention de New York.

Notes

¹ *Documents officiels de l’Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/54/17), par. 337.*

² *Ibid.*, par. 340 à 343.

³ *Ibid.*, par. 344 à 350.

⁴ *Ibid.*, par. 371 à 373.

⁵ *Ibid.*, par. 374 et 375.

⁶ *Ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/55/17), par. 396.

⁷ *Ibid.*, cinquante-sixième session, Supplément n° 17 (A/56/17), par. 313.