



Assemblée générale

Distr.: Générale
16 avril 2004*

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Trente-septième session
New York, 14 juin-2 juillet 2004

Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage sur les travaux de sa quarantième session (New York, 23-27 février 2004)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-10	3
II. Résumé des délibérations et décisions	11	5
III. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures conservatoires ou provisoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 <i>bis</i>).	12-67	5
Remarques générales	13-16	7
Paragraphe 1	17	9
Paragraphe 2 a)	18-35	9
Paragraphe 2 b)	36-48	13
Paragraphe 3	49-50	15
Paragraphe 4	51-53	15
Paragraphe 5	54-61	15
Paragraphe 6	62-67	17

* Le présent document est soumis tardivement en raison du manque de ressources en personnel au secrétariat.



IV.	Projet d'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires	68-116	18
	Remarques générales	68	18
	Paragraphe 1	69	20
	Paragraphe 2	70-83	20
	Paragraphe 3	84-91	24
	Paragraphe 4	92-96	25
	Paragraphe 5	97-100	27
	Paragraphe 6	101-104	27
	Paragraphe 6 <i>bis</i>	105-108	28
	Paragraphe 7	109-116	29

I. Introduction

1. À sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 17 mai au 4 juin 1999, la Commission avait jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue, notamment, d'évaluer au sein de l'instance universelle qu'elle constituait l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques en matière d'arbitrage. Elle avait confié la tâche au Groupe de travail sur l'arbitrage et décidé que les points prioritaires que devrait aborder ce dernier seraient, entre autres, la force exécutoire des mesures provisoires ou conservatoires. Le Groupe de travail avait entamé ses délibérations sur la question des mesures provisoires ou conservatoires à sa trente-deuxième session, tenue à Vienne du 21 au 30 mars 2000. À cette occasion, il s'était largement prononcé en faveur d'un régime juridique d'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par un tribunal arbitral (A/CN.9/468, par. 60 à 79). À cette même session, il avait également commencé à examiner la question de savoir s'il était nécessaire d'élaborer une règle uniforme sur les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par une juridiction étatique à l'appui d'un arbitrage (A/CN.9/468, par. 85 à 87).

2. Le Groupe de travail était convenu, à sa trente-troisième session, tenue à Vienne du 20 novembre au 1^{er} décembre 2000, de prévoir, dans le projet de nouvel article (provisoirement numéroté 17 *bis*) relatif à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires devant être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (dénommée ci-après "la Loi type de la CNUDCI"), que les juridictions étatiques seraient tenues de faire exécuter ces mesures si les conditions prescrites étaient remplies (voir A/CN.9/485, par. 78 à 106). À sa trente-quatrième session, tenue à New York du 21 mai au 1^{er} juin 2001, le Groupe de travail avait non seulement poursuivi son examen du projet d'article 17 *bis*, mais avait également entrepris d'étudier un texte modifiant l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI, lequel texte définissait l'étendue du pouvoir d'un tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires et contenait une disposition supplémentaire sur l'octroi de mesures provisoires *ex parte* (voir A/CN.9/487, par. 64 à 76). Il avait poursuivi ses discussions sur les versions révisées des projets d'articles 17 et 17 *bis* de la Loi type à ses trente-sixième session tenue à New York du 4 au 8 mars 2002 (voir A/CN.9/508, par. 51 à 94), trente-septième session tenue à Vienne du 7 au 11 octobre 2002 (voir A/CN.9/523, par. 15 à 76, 78 à 80), trente-huitième session tenue à New York du 12 au 16 mai 2003 (voir A/CN.9/524, par. 16 à 75) et trente-neuvième session tenue à Vienne du 10 au 14 novembre 2003 (voir A/CN.9/545, par. 19 à 112). Le secrétariat avait été prié d'élaborer une version révisée de ces textes afin que le Groupe de travail l'examine à sa quarantième session.

3. Le Groupe de travail sur l'arbitrage, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarantième session à New York du 23 au 27 février 2004. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail suivants: Allemagne, Autriche, Brésil, Burkina Faso, Cameroun, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Maroc, Mexique, Ouganda, Paraguay, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sierra Leone, Singapour, Suède et Thaïlande.

4. Ont assisté à la session les observateurs des États suivants: Afrique du Sud, Albanie, Bélarus, Croatie, Cuba, Danemark, Égypte, Finlande, Gabon, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Madagascar, Malaisie, Myanmar, Pakistan, Pérou, Philippines, Pologne, Qatar, République de Corée, République démocratique du Congo, République-Unie de Tanzanie, Serbie-et-Monténégro, Suisse, Timor-Leste, Turquie, Venezuela et Viet Nam.
5. A également assisté à la session un État non membre ayant une mission d'observation au Siège de l'ONU: le Saint-Siège.
6. Ont aussi assisté à la session les observateurs des organisations intergouvernementales suivantes: Comité consultatif international du coton (CCIC), Comité consultatif sur l'Article 2022 de l'Accord de libre-échange nord-américain et Cour permanente d'arbitrage.
7. Des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, qui avaient été invitées par la Commission, ont aussi assisté à la session: American Arbitration Association (AAA), Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, Center for International Legal Studies, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Global Center for Dispute Resolution Research, Chambre de commerce internationale (CCI), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Regional Centre for International Commercial Arbitration (Lagos, Nigéria), School of International Arbitration et Union des avocats européens.
8. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:
Président: M. José María ABASCAL ZAMORA (Mexique);
Rapporteur: M. Sundaresh MENON (Singapour).
9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.126); b) projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires révisé comme suite aux décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/WG.II/WP.125); c) note du secrétariat contenant une nouvelle version révisée d'un projet de disposition relatif au pouvoir d'un tribunal arbitral d'accorder des mesures provisoires ou conservatoires tenant compte des décisions prises par le Groupe de travail à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.128); d) note du secrétariat contenant les informations communiquées par des délégations sur le régime de responsabilité dans le cadre des mesures provisoires ou conservatoires (A/CN.9/WG.II/WP.127); e) proposition de la Chambre de commerce internationale sur les articles 17 et 17 *bis* (A/CN.9/WG.II/WP.129); et f) rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses trente-huitième et trente-neuvième sessions (A/CN.9/524 et 545).
10. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:
 1. Déroulement de la session.
 2. Élection du Bureau.
 3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Élaboration de dispositions uniformes sur les mesures provisoires ou conservatoires pour insertion dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

II. Résumé des délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a examiné le point 4 de son ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.125, 127 et 128) et la proposition de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.II/WP.129). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point aux chapitres III et IV ci-dessous. Le secrétariat a été prié de réviser le texte de certaines dispositions en se fondant sur lesdites délibérations et conclusions.

III. Projet de disposition sur la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 bis)

12. Après avoir rappelé qu'il avait commencé à examiner une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (ci-après "le projet d'article 17 bis") à sa trente-neuvième session tenue à Vienne du 10 au 14 novembre 2003 (voir A/CN.9/545, par. 93 à 112), le Groupe de travail a poursuivi l'examen de cette disposition dont le texte (tel qu'il figure au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.II/WP.125 et est reproduit au paragraphe 94 du document A/CN.9/545) était le suivant:

"1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande [formée par écrit] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article*.

2. La juridiction étatique peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire uniquement:

a) Si, à la demande d'une partie contre laquelle cette mesure est invoquée, elle constate:

* Les conditions énoncées dans cet article visent à limiter le nombre de cas où la juridiction étatique peut refuser l'exécution de mesures provisoires ou conservatoires. L'harmonisation que les dispositions types cherchent à réaliser ne serait pas compromise si un État décidait de retenir un nombre de cas plus réduit.

i) *Variante 1*: qu'il se pose, quant à la compétence du tribunal arbitral, une question de fond [[de nature à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée] [de nature à rendre la mesure provisoire inexécutoire]] [et qu'aucune garantie appropriée n'a été ordonnée par le tribunal arbitral concernant cette mesure provisoire];

Variante 2: qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 a) i), iii) ou iv);
ou

ii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale [, auquel cas la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution [jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral] [jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées]];

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iii) *Variante 1*: que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments relativement à la mesure provisoire [, auquel cas la juridiction étatique [peut suspendre] [suspend] la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties aient été entendues par le tribunal arbitral]; ou

Variante 2: que ce refus est justifié par les motifs exposés à l'article 36-1 a) ii); ou

iv) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou par une décision d'une juridiction étatique compétente; ou

b) Si la juridiction étatique constate:

i) Que la mesure provisoire sollicitée est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure autant qu'il est nécessaire pour l'adapter à ses propres pouvoirs et procédures aux fins de la faire exécuter sans en modifier le fond; ou

ii) *Variante 1*: que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure provisoire serait contraire à l'ordre public reconnu par la juridiction étatique.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) s'applique à la reconnaissance et à l'exécution de la mesure provisoire.

3. Toute décision prise par la juridiction étatique sur l'un quelconque des motifs exposés au paragraphe 2 du présent article n'a d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de la mesure provisoire ou conservatoire.

4. La partie qui demande ou a obtenu l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire informe sans retard la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure.

5. *Variante A*: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner à l'autre partie de constituer une garantie pour frais adéquate [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie] [à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, sauf si la juridiction étatique détermine que cette mesure est inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances].

Variante B: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut, si elle le juge approprié, ordonner la constitution d'une garantie pour frais.

Variante C: lorsqu'elle exerce ce pouvoir, la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée n'examine pas la mesure provisoire ou conservatoire quant au fond.

Variante D: la juridiction étatique auprès de laquelle la reconnaissance ou l'exécution est demandée peut seulement ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger les droits de tiers.

6. Le paragraphe 2 a) ii) ne s'applique pas:

Variante X: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, à condition que la mesure ordonnée ait été assortie d'un délai de validité ne dépassant pas [30] jours et que son exécution soit demandée avant l'expiration de ce délai.

Variante Y: à une mesure provisoire ou conservatoire qui a été ordonnée sans que la partie contre laquelle elle est invoquée en ait été informée, à condition que le tribunal arbitral la confirme après que l'autre partie a eu la possibilité de faire valoir ses arguments à son sujet.

Variante Z: si le tribunal arbitral décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation que, compte tenu des circonstances visées à l'article 17-2, la mesure provisoire ou conservatoire ne peut être efficace que si l'ordonnance d'exécution est rendue par la juridiction étatique sans que la partie contre laquelle la mesure est invoquée en soit informée."

Remarques générales

13. Le Groupe de travail a rappelé que, à sa trente-neuvième session, il avait pris un certain nombre de décisions concernant le projet d'article 17 *bis*, à savoir supprimer du projet de paragraphe 1 les mots "formée par écrit" figurant entre crochets (A/CN.9/545, par. 96), ainsi que les termes "qui satisfait aux exigences de l'article 17" et ajouter, au paragraphe 2, un autre motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 102, ainsi que par. 107 à 110). Il a également rappelé qu'il avait jugé la note de bas de page accompagnant le paragraphe 1 généralement acceptable quant au fond (A/CN.9/545, par. 97).

14. L'avis a été exprimé que le texte du projet d'article 17 *bis* posait des problèmes et était inutilement complexe. Aussi, la variante suivante (ci-après "la version abrégée proposée") a-t-elle été proposée:

"1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral est reconnue comme s'imposant aux parties et[, sauf indication contraire du tribunal arbitral,] est mise à exécution sur demande auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée.

.² La juridiction étatique compétente peut refuser de reconnaître [et] [ou] de faire exécuter une mesure provisoire ou conservatoire uniquement si:

a) À la demande de la partie contre laquelle la mesure est dirigée, elle constate:

i) Que cette partie n'a pas été dûment informée de la nomination d'un arbitre ou de la procédure arbitrale;

ii) Que cette partie n'a pas pu faire valoir ses arguments, conformément aux conditions prévues à l'article 17;

iii) Que le tribunal arbitral n'était pas habilité à ordonner une mesure provisoire ou conservatoire.

3. Si la juridiction étatique constate:

a) Que la mesure est incompatible avec les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables, à moins qu'elle ne décide de reformuler cette mesure pour l'adapter à ses propres pouvoirs;

b) Que la reconnaissance ou l'exécution de la mesure serait contraire à l'ordre public reconnu par elle."

15. On a dit que la version abrégée proposée était plus claire et aussi qu'elle évitait la possibilité de créer des règles pour la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires qui seraient plus strictes que les règles régissant la reconnaissance et l'exécution d'une sentence prononcée sur le fond de l'affaire. Un certain appui a été exprimé en faveur de cette version abrégée au motif qu'elle était concise et énonçait des règles qui visaient spécifiquement la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires, contrairement au texte du projet d'article 17 *bis*, qui reprenait pour l'essentiel les règles établies dans la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales.

16. Des réserves ont cependant été exprimées quant au caractère général de la version abrégée proposée, dont il a été dit qu'elle excluait un certain nombre de détails importants figurant dans le projet d'article 17 *bis*. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu précédemment qu'étant donné la différence entre les caractéristiques des mesures provisoires et celles des sentences définitives, les premières devaient être traitées différemment des secondes. On a indiqué que l'une des raisons de cette distinction était que les mesures provisoires, contrairement aux sentences définitives, pouvaient être modifiées au cours de la procédure d'arbitrage. Ainsi, en énonçant les règles à suivre par les juridictions étatiques pour faire exécuter de telles mesures, le Groupe de travail était convenu qu'il était important de tenir compte de ce caractère temporaire distinctif. Il a été dit aussi que la version abrégée proposée n'abordait pas des questions telles que la garantie (mentionnée au

paragraphe 2 a) i) du projet d'article 17 *bis*) ou l'obligation d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de la mesure provisoire (énoncée au paragraphe 4 du projet d'article 17 *bis*).

Paragraphe 1

17. Le Groupe de travail a noté que le texte du paragraphe 1 du projet d'article 17 *bis* et la version abrégée proposée étaient pratiquement identiques et que le premier texte devrait être adopté avec les modifications indiquées au paragraphe 22.

Paragraphe 2 a)

Sous-alinéa i)

18. Le Groupe de travail a rappelé que, à sa trente-neuvième session, entre les deux variantes figurant dans le projet de sous-alinéa, une préférence avait été exprimée en faveur du maintien de la variante 2 (A/CN.9/545, par. 105 et 106). On a indiqué que cette variante reflétait la politique du Groupe de travail consistant à rapprocher les motifs de refus de l'exécution d'une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral de ceux qui sont énoncés aux articles 35 et 36 de la Loi type ainsi que des motifs de refus de l'exécution d'une sentence qui sont indiqués à l'article V de la Convention de New York (voir A/CN.9/WG.II/WP.125, par. 12 et A/CN.9/524, par. 57).

19. Il a été convenu dans l'ensemble que la variante 2 devrait être adoptée, car elle faisait directement référence à l'article 36, au lieu de reproduire le contenu de cet article avec des modifications mineures, comme le faisait la variante 1 d'une manière qui risquait, a-t-on dit, d'être source d'ambiguïté et de confusion. Sur le plan rédactionnel, il a été suggéré de supprimer les mots "de refus", car ils pourraient être interprétés à tort comme faisant référence au refus de reconnaître ou de faire exécuter une sentence arbitrale définitive au titre de l'article 36. Il a été généralement estimé que le texte devrait indiquer plus clairement qu'il y était question du refus de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire. Pour clarifier ce point, il a été convenu de supprimer, dans la version anglaise, le mot "such" qui précède le mot "refusal".

20. Une réserve a été formulée à propos de l'emploi des mots "une question de fond se pose" et il a été indiqué que, par souci de cohérence et de clarté, il serait préférable de reprendre les termes employés ailleurs dans le projet d'article 17 *bis*, à savoir "ce refus est justifié par les motifs".

21. Il a été suggéré de faire référence à la question de la garantie, qui était expressément mentionnée dans la variante 1, mais pas dans la variante 2. L'idée selon laquelle le défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devrait être un motif de refus de reconnaître l'exécution de la mesure provisoire a recueilli un large appui. Il a été convenu que cette idée devrait apparaître à un endroit approprié dans le texte du projet d'article 17 *bis*, peut-être au paragraphe 5.

Sous-alinéa ii)

22. Le Groupe de travail a examiné les variantes 1 et 2 du sous-alinéa ii). On a fait observer que la variante 1 comportait un mécanisme, qui n'apparaissait pas à l'article 36-1 a) ii) de la Loi type, en ce qu'elle autorisait la suspension de l'exécution d'une mesure provisoire jusqu'à ce que les parties aient été dûment informées. Toutefois, par souci de cohérence avec l'approche dont il avait déjà convenu, à savoir que le cadre juridique de l'exécution des mesures provisoires devrait être analogue à celui qui était prévu pour l'exécution des sentences arbitrales à l'article 36 de la Loi type, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante 2 sans modification.

Sous-alinéa iii)

23. Le Groupe de travail est convenu de conserver la variante 2 du sous-alinéa iii).

24. Comme le Groupe de travail avait convenu de conserver la référence à l'article 36-1 a) i), ii), iii) et iv) de la Loi type au paragraphe 2 a) du projet d'article 17 *bis*, il a examiné la question de la fusion des sous-alinéas i), ii) et iii) de cet alinéa. Il est convenu de fusionner les sous-alinéas ii) et iii). L'avis a été exprimé qu'il était capital que le pouvoir du tribunal arbitral de décider de sa propre compétence soit préservé et que les juridictions étatiques ne devraient pas préjuger de la décision qu'il prendrait à cet égard. Pour cette raison, il a été suggéré de conserver tel quel le libellé actuel de la variante 2 du sous-alinéa i). Dans ce contexte, il a aussi été indiqué que, lorsqu'il examinerait le paragraphe 3 du projet d'article 17 *bis*, le Groupe de travail aurait peut-être besoin de revoir les divers motifs de refus de l'exécution énoncés dans l'article 36-1 a) ii) de la Loi type, pour éviter de donner l'impression que la décision prise lorsqu'il était demandé à une juridiction étatique de faire exécuter une mesure provisoire (par exemple décision sur le point de savoir si la partie contre laquelle la mesure provisoire était invoquée avait été dûment informée de la nomination de l'arbitre) pouvait avoir un effet au-delà de la sphère limitée de la reconnaissance et de l'exécution de cette mesure.

*Sous-alinéa iv)**Distinction entre le sous-alinéa iv) et l'article 36-1 a) v) de la Loi type*

25. Il a été proposé de remplacer le texte du sous-alinéa iv) par une référence à l'article 36-1 a) v) de la Loi type. On a fait observer, en réponse à cette proposition, qu'une telle référence induirait en erreur, car ces deux dispositions n'avaient pas le même objet et renvoyaient à des situations différentes. L'article 36-1 a) v) de la Loi type concernait la situation dans laquelle une sentence définitive avait été annulée ou pouvait faire l'objet d'une forme ou une autre de recours conformément à la loi en vertu de laquelle elle avait été prononcée. Le sous-alinéa iv), par contre, reflétait le caractère éphémère de la mesure provisoire, qui pouvait être suspendue ou annulée par le tribunal arbitral lui-même.

Effet du sous-alinéa iv)

26. On a demandé si le sous-alinéa iv) aurait pour effet de permettre à la juridiction étatique d'annuler une mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. En réponse, il a été rappelé qu'à sa précédente session, le Groupe de travail avait décidé de supprimer du paragraphe 1 la référence générale aux exigences de

l'article 17, précisément pour éviter de créer un motif supplémentaire et caché de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire (A/CN.9/545, par. 101 et 102). Il avait été convenu que la juridiction étatique ordonnant l'*exequatur* ne devait être ni obligée ni encouragée à examiner *de novo* la question de savoir si la mesure provisoire satisfaisait ou non aux exigences de l'article 17 (ibid., par. 99). Le Groupe de travail a réaffirmé cette décision à propos du sous-alinéa iv), qui ne devrait pas être interprété à tort comme créant un motif d'annulation par la juridiction étatique de la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral. Il a été rappelé que l'article 17 *bis* avait pour objectif général d'établir des règles pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires mais pas de faire pendant à l'article 34 de la Loi type en énonçant des dispositions sur l'annulation de ces mesures. On a estimé que le Groupe de travail devrait peut-être examiner plus avant la question de savoir si une mesure provisoire prononcée sous la forme d'une sentence pouvait être annulée en vertu de l'article 34 de la Loi type. Celui-ci a pris note de cet avis.

27. Au cours de cette discussion, le sentiment général a été qu'il faudrait examiner l'application du sous-alinéa iv) à la fois du point de vue d'un pays ayant adopté la Loi type et de celui d'un pays dont la législation ne se fondait pas sur elle. En particulier, comme il n'existait pas de lien direct entre les articles 17 et 17 *bis*, il ne faudrait pas déduire que l'application de l'article 17 *bis* présupposait l'existence d'une disposition semblable à l'article 17. Dans le même ordre d'idées, il faudrait essayer de ne pas laisser entendre que la reconnaissance et l'exécution par une juridiction étatique d'une mesure provisoire ordonnée par un tribunal arbitral ne seraient possibles que lorsque la mesure aurait été prononcée par un tribunal arbitral appliquant la Loi type.

“Ou par une décision d'une juridiction étatique compétente”

28. Le Groupe de travail a examiné ensuite s'il était nécessaire de se référer au cas où une mesure provisoire avait été annulée par une “juridiction étatique compétente”. Il a été rappelé que l'article 5 de la Loi type disposait que “pour toutes les questions régies par la présente Loi, les tribunaux ne peuvent intervenir que dans les cas où celle-ci le prévoit”. En conséquence, la législation des pays ayant adopté la Loi type n'habiliterait pas les juridictions étatiques à examiner la conformité d'une mesure provisoire avec l'article 17. Toutefois, selon un avis largement partagé, l'article 17 *bis* devrait énoncer une règle pour le cas où la mesure était prononcée en application de la législation d'un pays qui n'avait pas adopté la Loi type et où les juridictions étatiques étaient autorisées à examiner, en vue de son éventuelle annulation, la mesure provisoire prononcée par le tribunal arbitral.

29. Une conséquence de cette situation était que les juridictions étatiques appliquant l'article 17 *bis* pourraient être saisies d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire, même si celle-ci avait été annulée par une juridiction étatique dans un autre pays. De l'avis général, dans le cas où la mesure avait été annulée dans le pays d'origine, les juridictions de l'État adoptant devraient être autorisées à refuser de reconnaître et de faire exécuter ladite mesure. Il a aussi été convenu que, l'article 17 *bis* contenant une liste exhaustive de motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution, ce cas de figure devrait être traité dans cet article.

30. Plusieurs propositions ont été avancées sur la façon de traiter le cas en question. L'une d'entre elles était de modifier le sous-alinéa iv) de l'alinéa a) de

manière à ne pas y mentionner l'organe ayant annulé ou suspendu la mesure provisoire. Le sous-alinéa iv) serait alors libellé comme suit: "que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue". On a craint toutefois que ce libellé n'encourage les parties à rechercher le for le plus avantageux.

31. Selon une autre suggestion, fondée sur la version abrégée proposée, le sous-alinéa iv) devrait être purement et simplement supprimé. On a expliqué qu'il n'était pas nécessaire de traiter expressément de la suspension ou de l'annulation d'une mesure provisoire par un tribunal arbitral, car aucun motif ne pouvait être invoqué pour en demander la reconnaissance et l'exécution, et il n'était pas nécessaire de prévoir de dispositions particulières sur l'annulation d'une mesure provisoire par une juridiction étatique compétente, car cette annulation serait régie par les règles de procédure internes applicables. Cette suggestion n'a reçu aucun appui.

32. Selon une autre proposition encore, le sous-alinéa iv) devrait être modifié comme suit:

"vi) Que la mesure provisoire a été annulée ou suspendue par le tribunal arbitral ou, lorsqu'elle y est habilitée, par une juridiction étatique du pays dans lequel, ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée."

33. Bien que des doutes aient été émis quant à la façon dont le texte modifié s'appliquerait dans la pratique, cette proposition a été jugée acceptable dans l'ensemble pour la suite des débats. On a fait observer qu'il faudrait peut-être remplacer les mots "ou conformément à la loi duquel, cette mesure a été accordée" par une référence au pays où le tribunal arbitral avait son siège.

Propositions visant à inclure des dispositions supplémentaires au paragraphe 2 a)

Cas où le tribunal arbitral n'est pas habilité à prononcer une mesure provisoire

34. À sa précédente session, le Groupe de travail avait pris note d'une proposition visant à ajouter un motif pour lequel la juridiction étatique pourrait refuser de reconnaître et de faire exécuter une mesure provisoire, à savoir lorsque les parties, d'un commun accord, ou la loi du pays où l'arbitrage avait lieu interdisaient au tribunal arbitral de prononcer une telle mesure (A/CN.9/545, par. 107). À la session en cours, on s'est déclaré en faveur du maintien de ce motif supplémentaire. La version abrégée proposée a été examinée dans cette optique. On a fait valoir, à l'appui du maintien d'une disposition allant dans ce sens, que l'ajout était nécessaire du fait de la suppression, au paragraphe 1, de la référence aux exigences de l'article 17. On a dit également que la question n'était pas suffisamment couverte par la référence à l'article 36-1 a) iv) de la Loi type, qui renvoyait à des questions procédurales, et non à la *lex arbitri*. Il a été fait objection à cette proposition au motif qu'elle risquait d'ouvrir la voie à un réexamen de l'affaire sur le fond par les juridictions étatiques. On a dit préférer ne pas inclure le libellé supplémentaire proposé, la question étant jugée suffisamment couverte par la référence à l'article 36-1 a) et le choix de la variante 2 aux sous-alinéas i), ii) et iii) de l'alinéa a).

Immunité juridictionnelle des États

35. Il a été proposé d'envisager l'insertion d'une disposition sur la question de l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens, sur la base d'une proposition

faite à la session précédente lors de l'examen de l'article 17 (A/CN.9/545, par. 51). On a fait observer qu'il faudrait peut-être examiner cette question plus largement, par exemple dans le cadre de travaux pouvant être entrepris ultérieurement par la CNUDCI, mais non la débattre dans le contexte limité des mesures provisoires.

Paragraphe 2 b)

Sous-alinéa i)

36. Le Groupe de travail a jugé le sous-alinéa i) généralement acceptable quant au fond.

Sous-alinéa ii)

37. Le Groupe de travail est passé à l'examen des deux variantes proposées pour le sous-alinéa ii). Selon un avis largement partagé, la variante 2 devrait être retenue, car elle correspondait à l'approche adoptée au paragraphe 2 a). On a fait observer que la formulation de la variante 1 différait légèrement de celle de l'article 36-1 b) ii) de la Loi type d'une manière qu'il serait peut-être difficile d'interpréter. Par exemple, la variante 1 faisait référence à "l'ordre public reconnu par la juridiction étatique", tandis que l'article 36-1 b) ii) de la Loi type mentionnait à "l'ordre public du présent État". On a dit que cette dernière formulation était préférable, car la première pourrait être interprétée comme conférant des pouvoirs excessifs à la juridiction étatique.

38. On a demandé s'il faudrait faire référence à la fois aux sous-alinéa i) et ii) de l'article 36-1 b) de la Loi type, ou si les matières régies par ces deux dispositions, à savoir l'arbitrabilité et l'ordre public, devraient faire l'objet d'un traitement distinct dans l'article 17 *bis*.

39. Il a été suggéré d'exclure du sous-alinéa ii) la référence au sous-alinéa i) de l'article 36-1 b) de la Loi type. À l'appui de cette suggestion, on a fait valoir que, au moment où l'exécution d'une mesure provisoire était demandée, une juridiction étatique pourrait ne pas être en mesure de se prononcer sur le fond du litige. Il ne serait donc peut-être pas indiqué d'autoriser une juridiction étatique de prendre une décision sur l'arbitrabilité de l'objet du litige à ce stade de la procédure. On a toutefois fait observer que, lorsque l'objet du litige était clairement établi, et qu'il n'était pas susceptible d'être réglé par arbitrage conformément à la loi de l'État d'exécution, il serait illogique dans ce contexte que les juridictions de cet État fassent exécuter une telle mesure. Aussi a-t-il été proposé, au lieu de supprimer toute référence au sous-alinéa i) de l'article 36-1 b) de la Loi type, de modifier la variante 2 pour l'aligner sur le paragraphe 2 a) i), et de la libeller comme suit: "qu'une question de fond se pose à propos de l'un quelconque des motifs de refus exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii)."

40. Selon un avis, les préoccupations exprimées à propos de la décision sur l'arbitrabilité au moment de l'exécution étaient déjà prises en compte au paragraphe 3, qui spécifiait bien que toute décision prise par une juridiction étatique concernant l'exécution d'une mesure provisoire n'avait d'effet qu'aux fins de la demande de reconnaissance et d'exécution de ladite mesure.

41. Après un débat, le Groupe de travail a adopté le texte de la variante 2 sans modification, sous réserve de revenir sur la formulation employée pour les

références, au paragraphe 2 a) et b), à l'article 36-1 a) et b) de la Loi type, lorsqu'il aurait fini d'examiner l'article 17 *bis*.

42. À la fin du débat, le Groupe de travail a pris note de l'opinion selon laquelle, en tout état de cause, la référence, au sous-alinéa ii), à l'article 36-1 b) i) de la Loi type ne devrait pas être interprétée comme obligeant la juridiction étatique à demander des informations sur l'objet du litige pour se prononcer sur les questions d'arbitrabilité.

43. On a fait observer que, au paragraphe 2, le Groupe de travail avait conservé une référence à l'article 36-1 de la Loi type et que cet article parlait des sentences. Étant donné que le Groupe de travail avait décidé de ne pas définir la forme que devrait prendre une mesure provisoire, il a été suggéré de préciser que le terme "sentence" employé à l'article 36-1 devrait être interprété comme couvrant tous les types de mesures provisoires, et n'impliquait pas que les motifs énoncés dans cet article se limitaient aux seules mesures provisoires prononcées sous forme d'une sentence.

44. Il a été dit que, lorsqu'il élaborerait un projet révisé à examiner par le Groupe de travail, le secrétariat devrait s'efforcer de produire un texte de synthèse dont le libellé correspondrait à celui qui était employé dans la Loi type. Par exemple, il a été dit que dans le membre de phrase "les pouvoirs qui lui sont conférés par les règles qui lui sont applicables", au paragraphe 2 b) i), il faudrait remplacer la référence aux "règles qui lui sont applicables" par une référence soit à " la loi ", soit aux "règles de procédure".

Motifs supplémentaires pouvant être invoqués pour refuser la reconnaissance et l'exécution

45. Le Groupe de travail a examiné si d'autres motifs de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire devraient être ajoutés au paragraphe 2. Il a rappelé la suggestion selon laquelle le défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devrait être un motif de refus de la juridiction étatique de faire exécuter une mesure provisoire (voir par. 30). Cette suggestion a reçu un large appui. Il a été rappelé que les conséquences d'un défaut de constitution d'une garantie ordonnée par le tribunal arbitral devraient être indiquées à un endroit approprié du texte du projet d'article 17 *bis*.

46. À l'encontre de l'ajout, à la liste figurant au paragraphe 2, du non-respect d'une injonction de constitution d'une garantie, on a fait valoir que le projet d'article 17-4 de la Loi type spécifiait bien que, si un tribunal arbitral décidait d'ordonner à la partie demandant la mesure de constituer une garantie, cette condition devrait être interprétée comme une condition suspensive de l'octroi de la mesure.

47. On a fait observer que cette interprétation du projet d'article 17-4 n'était pas conforme à l'approche pratique qu'un tribunal arbitral pourrait adopter pour ordonner une mesure provisoire. Il a été dit que, bien qu'il puisse être nécessaire qu'une mesure provisoire prenne immédiatement effet, le tribunal arbitral pouvait, dans l'ordonnance de constitution d'une garantie, laisser un certain délai au demandeur pour organiser cette constitution. Pour tenir compte de cette réalité concrète, il a été suggéré que la constitution d'une garantie soit interprétée, au

projet d'article 17-4, comme une condition résolutoire et pas seulement comme une condition suspensive.

48. Il a été dit que, lorsque la mesure provisoire avait été accordée, mais que la garantie n'avait pas été constituée comme l'avait demandé le tribunal arbitral, l'actuel projet d'article 17 *bis*-2 n'autorisait pas une juridiction étatique à refuser la reconnaissance et l'exécution. Il a été suggéré de traiter cette question au paragraphe 4 du projet d'article 17 et au paragraphe 2 de l'article 17 *bis*, car ces deux articles pourraient être appliqués indépendamment par les juridictions étatiques nationales.

Paragraphe 3

49. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 3 généralement acceptable quant au fond.

50. Il a été suggéré que la variante C du paragraphe 5, qui énonçait l'important principe selon lequel la juridiction étatique auprès de laquelle l'exécution de la mesure provisoire était demandée ne devait pas examiner la mesure provisoire quant au fond, soit incluse dans le paragraphe 3. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsqu'il examinerait le paragraphe 5.

Paragraphe 4

51. Il a été rappelé que le paragraphe 4 se fondait sur le principe selon lequel une partie demandant l'exécution d'une mesure provisoire devait être tenue d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure. Il a été rappelé que le Groupe de travail dans son ensemble avait approuvé ce principe à sa trente-huitième session (A/CN.9/524, par. 35 à 39).

52. On a douté de l'utilité de ce paragraphe. Il a été dit que, si la mesure provisoire avait été suspendue ou annulée, la procédure d'exécution n'était plus d'aucune utilité. Au lieu de faire obligation à la partie ayant demandé ou obtenu la mesure provisoire d'informer la juridiction étatique de toute annulation, suspension ou modification de cette mesure, il serait préférable, a-t-on estimé, de demander à une juridiction de ne pas faire exécuter la mesure. Cet avis n'a reçu aucun appui.

53. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 4 généralement acceptable quant au fond. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer qu'il y avait apparemment un manque de concordance entre le libellé du paragraphe 4, qui se référait à l'"annulation, suspension ou modification", et celui du paragraphe 2 a) iv), qui parlait seulement de mesure "annulée ou suspendue". Il a été suggéré de modifier le projet de disposition afin d'améliorer la cohérence de l'ensemble du texte. Il a aussi été estimé que l'omission du terme "reconnaissance", au paragraphe 4, paraissait illogique par rapport au libellé d'autres dispositions. Le Groupe de travail est convenu que ces problèmes de rédaction devraient être examinés plus avant au stade final de l'élaboration du projet d'article 17 *bis*.

Paragraphe 5

54. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 5 traitait de l'importante question de savoir si et dans quelle mesure une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire devait être habilitée à ordonner au

demandeur de constituer une garantie. Il avait débattu de cette disposition à sa trente-huitième session (A/CN.9/524, par. 72 à 75). On a aussi rappelé que les quatre variantes (A à D) reflétaient les différentes vues exprimées sur la question à cette même session.

Variantes A et B

55. Selon un avis, la variante B et le deuxième membre de phrase entre crochets de la variante A semblaient autoriser une juridiction étatique à remettre en question les décisions d'un tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie. Il fallait donc donner la préférence à la variante A, avec le premier membre de phrase entre crochets, à savoir "à moins que le tribunal arbitral n'ait déjà ordonné la constitution d'une telle garantie". Ce point de vue a bénéficié d'un large soutien.

56. Il a été déclaré que, en règle générale, une juridiction étatique ne devrait pas être habilitée à examiner quant au fond une décision prise par un tribunal arbitral sur l'opportunité ou non d'ordonner la constitution d'une garantie pour l'octroi d'une mesure provisoire. Or, a-t-on fait valoir, le premier membre de phrase entre crochets dans sa rédaction actuelle pouvait laisser entendre que, si le tribunal n'avait pas jugé bon d'ordonner la constitution d'une garantie, la juridiction étatique pourrait néanmoins examiner cette décision. Si l'intention du Groupe de travail était d'exclure toute possibilité pour une juridiction étatique d'examiner la décision d'un tribunal arbitral d'ordonner ou non la constitution d'une garantie, il faudrait alors préciser le texte de la variante A. À cette fin, il a été proposé de remplacer les mots "n'ait déjà ordonné" par "n'ait déjà pris une décision" pour bien montrer qu'une juridiction étatique ne devrait pas remettre en question la décision d'un tribunal sur ce point. Cette proposition a été adoptée.

57. Selon un avis, il ne fallait pas totalement exclure la possibilité pour la juridiction étatique d'examiner d'office la question de savoir si la constitution d'une garantie devait ou non être ordonnée. À cet égard, on a dit qu'il fallait donner la préférence à l'approche adoptée dans le second membre de phrase entre crochets de la variante A, qui autorisait la juridiction à ordonner la constitution d'une garantie pour frais lorsqu'elle jugeait la mesure prise par le tribunal arbitral "inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances". Il a été déclaré que l'octroi d'un tel pouvoir aux juridictions étatiques pourrait en fait faciliter l'exécution des mesures provisoires et également donner à ces juridictions une possibilité supplémentaire de tenir compte des intérêts des tiers lorsqu'elles prenaient des décisions concernant la constitution d'une garantie. Selon un avis contraire, il fallait préciser dans le texte que la décision d'ordonner la constitution d'une garantie devait être prise "à la demande de la partie contre laquelle la mesure provisoire est invoquée" ou "à la demande de la partie contre laquelle la mesure provisoire est dirigée ou qui est touchée par cette mesure". Après en avoir débattu, le Groupe de travail n'a pas adopté ces propositions.

"Garantie pour frais"

58. Il a été convenu que le terme "garantie pour frais" était trop restrictif et devait, conformément à l'approche adoptée dans le projet d'article 17, être remplacé par les termes "garantie" ou "garantie appropriée" employés au paragraphe 4 de ce projet d'article.

“L’autre partie”

59. On a dit qu’il n’apparaissait pas clairement à quelle partie faisait référence le paragraphe 5, tel qu’il était actuellement rédigé. Il a été expliqué que, dans certains cas où l’arbitrage multipartite était utilisé, la partie tenue de constituer une garantie pouvait être différente de la partie demandant la mesure provisoire. Toutefois, comme dans la plupart des cas concevables la partie devant constituer la garantie serait celle qui demandait le prononcé d’une mesure provisoire, le texte devait se référer plus clairement au demandeur. Il a été proposé de remplacer les mots “l’autre partie” par “le demandeur”. Après un débat, le Groupe de travail a adopté cette proposition.

Variante C

60. Il a été déclaré que la variante C confirmait le principe général selon lequel la juridiction étatique ne devait refuser de reconnaître ou de faire exécuter une mesure provisoire que pour des motifs de procédure sans pouvoir réexaminer à nouveau la mesure quant au fond. On a estimé que la variante C traitait d’un problème plus large que celui de la garantie pour frais et devait donc faire l’objet d’un article distinct (voir par. 60). Après un débat, le Groupe de travail a décidé d’insérer au paragraphe 3 une seconde phrase inspirée de la variante C.

Variante D

61. Il a été dit que la variante D, qui visait seulement les décisions nécessaires pour protéger les droits de tiers, était trop circonscrite. Les mesures provisoires ordonnées par un tribunal arbitral – a-t-on indiqué – ne liaient que les parties à la procédure d’arbitrage, alors que la décision d’une juridiction étatique pouvait avoir une portée plus large et s’appliquer aux tiers. On a estimé que la variante D traitait d’un aspect important de la protection des tiers, qui pouvait éventuellement être intégré dans la variante A. Il a été convenu que le secrétariat devrait déterminer l’endroit approprié où insérer le principe énoncé dans la variante D.

Paragraphe 6

62. Le Groupe de travail a rappelé que, en raison du préjudice qu’une mesure *ex parte* pouvait causer à la partie contre laquelle elle était dirigée, l’octroi à un tribunal arbitral du pouvoir de prononcer une telle mesure ne serait acceptable que si des conditions strictes étaient imposées pour éviter tout abus (A/CN.9/523, par. 17).

63. Le texte révisé ci-après, tenant compte de cet aspect, a été proposé pour le paragraphe 6:

“L’exécution d’une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral conformément à des règles sensiblement équivalentes à celles qui sont énoncées au paragraphe 7 de l’article 17 ne sera pas refusée en application du paragraphe 2 a) ii) du présent article au motif qu’il s’agit d’une mesure *ex parte*, à condition que toute décision de la juridiction étatique de faire exécuter cette mesure soit rendue dans un délai de vingt (20) jours après la date à laquelle le tribunal a prononcé la mesure.”

64. Il a été expliqué que les mots “sensiblement équivalentes” ont été proposés pour tenir compte des modifications mineures que les pays pourraient apporter à la Loi type lorsqu’ils l’adopteraient. Il a été souligné que le délai de 20 jours prévu dans le texte révisé proposé s’appliquait au prononcé de la décision judiciaire de faire exécuter la mesure ordonnée par le tribunal arbitral et non, comme dans la variante X du texte actuel, à la demande d’exécution formée par une partie devant une juridiction étatique.

65. Parmi les variantes du texte actuel soumises à l’examen du Groupe de travail, c’est la variante X qui a eu la préférence. Le texte révisé proposé a également été appuyé. Le Groupe de travail a jugé essentielles les références aux garanties énoncées à l’article 17.

66. Étant donné le caractère temporaire d’une mesure *ex parte*, qui ou bien viendrait à expiration au bout de 20 jours ou bien serait convertie en mesure *inter partes*, on s’est demandé s’il était nécessaire d’insérer des dispositions particulières pour l’exécution de ce type de mesures.

67. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses discussions sur le paragraphe 6 en se fondant sur le texte révisé proposé, qui serait placé entre crochets, lorsqu’il aurait fini d’examiner le projet d’article 17.

IV. Projet d’article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international relatif au pouvoir d’un tribunal arbitral d’accorder des mesures provisoires ou conservatoires

Remarques générales

68. Ayant fini d’examiner le projet d’article 17 *bis*, le Groupe de travail s’est penché sur la version nouvellement révisée du projet d’article 17 de la Loi type relatif au pouvoir d’un tribunal arbitral d’accorder des mesures provisoires ou conservatoires, qui est libellé comme suit dans le document A/CN.9/WG.II/WP.128:

“1. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d’une partie, accorder des mesures provisoires ou conservatoires.

2. Une mesure provisoire ou conservatoire est toute mesure temporaire, qu’elle prenne la forme d’une sentence ou une autre forme, par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le litige, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le litige ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s’abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice;

c) De fournir un moyen [préliminaire] de [garantir] [sauvegarder] des biens qui pourront servir à l’exécution d’une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du litige.

3. La partie demandant la mesure provisoire ou conservatoire convainc le tribunal arbitral que:

a) [Un préjudice irréparable] sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle cette mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Il y a une possibilité raisonnable de voir le demandeur obtenir gain de cause sur le fond, étant entendu qu'aucune décision à cet égard ne porte atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5. Le demandeur informe sans tarder le tribunal arbitral de tout changement important des circonstances sur la base desquelles il a demandé, ou le tribunal arbitral a accordé, la mesure provisoire ou conservatoire. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie.

6. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou annuler une mesure provisoire ou conservatoire [qu'il a accordée], à tout moment, à la demande de l'une quelconque des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles, de sa propre initiative à condition d'en notifier préalablement les parties.

[6 bis) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts].

7. a) [Sauf convention contraire des parties] [Si les parties en sont expressément convenues], le tribunal arbitral peut [, exceptionnellement,] accorder une mesure provisoire ou conservatoire, sans aviser la partie contre laquelle cette mesure est dirigée, [lorsque] [si le demandeur montre que]:

i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;

ii) [Les conditions énoncées au paragraphe 3 sont réunies]; et

iii) Le demandeur [montre] [convainc le tribunal arbitral] qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;

b) Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu'elle a effet [dans la mesure appropriée, compte tenu de

toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]. Le tribunal arbitral peut ordonner le versement immédiat de dommages-intérêts;

c) Le tribunal arbitral fait obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire;

d) *Variante 1:* le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions de l'alinéa b) [et de l'alinéa c)] ci-dessus ou se rapportant à elles [à tout moment pendant la procédure d'arbitrage];

Variante 2: une partie peut, à tout moment pendant la procédure d'arbitrage, présenter une demande sur le fondement de l'alinéa b);

e) *Variante A:* la partie contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est dirigée en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral le plus rapidement possible et, en tout état de cause, dans un délai ne dépassant pas [quarante-huit] heures après la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances;

Variante B: toute partie touchée par la mesure provisoire ou conservatoire accordée en vertu du présent paragraphe en reçoit immédiatement notification et a la possibilité de présenter ses arguments devant le tribunal arbitral dans les [quarante-huit] heures de cette notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances.

f) Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe expire après vingt jours à compter de la date à laquelle le tribunal arbitral l'ordonne, à moins qu'il ne la confirme, la proroge ou la modifie [, à la demande du demandeur et] après en avoir avisé la partie contre laquelle elle est dirigée et lui avoir donné la possibilité de présenter ses arguments. Toutes les conclusions, pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral sont communiquées à l'autre partie;

g) Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe [informe le tribunal arbitral de] [présente au tribunal arbitral des informations sur] toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes lorsqu'il détermine [si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies] [s'il doit accorder la mesure].”

Paragraphe 1

69. Le Groupe de travail a jugé le paragraphe 1 généralement acceptable quant au fond.

Paragraphe 2

Chapeau “qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme”

70. Il a été suggéré de supprimer le membre de phrase “qu'elle prenne la forme d'une sentence ou une autre forme”. On a fait observer que, dans de nombreux

systèmes juridiques, une mesure provisoire ne prendrait jamais la forme d'une sentence et serait très probablement prononcée sous la forme d'une ordonnance de procédure. De plus, le fait que la sentence était le seul exemple expressément cité risquait de donner faussement l'impression qu'il s'agissait là de la forme la plus appropriée pour une mesure provisoire. On a dit que le mot "sentence" dans la définition de la mesure provisoire serait inapproprié pour les pays dont la législation définissait une sentence comme une décision du tribunal arbitral sur le fond du litige. En outre, on a fait valoir que la suppression de ce membre de phrase du paragraphe 2 b) n'enlèverait rien à l'efficacité de la disposition. On a proposé de le remplacer par des termes plus neutres, tels que "quelles que soient sa dénomination et sa forme".

71. Selon un avis contraire, il fallait conserver ce membre de phrase pour tenir compte du fait que, dans certains systèmes juridiques, une mesure provisoire devait être prononcée sous la forme d'une sentence pour être reconnue et exécutée. De même, le membre de phrase avait été considéré comme ayant une portée assez large pour englober toutes les mesures provisoires, quelle que soit leur appellation. À l'appui du maintien du membre de phrase, on a dit que celui-ci était tiré du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que les termes étaient suffisamment neutres pour traduire l'intention du Groupe de travail de ne privilégier aucune forme particulière sous laquelle ces mesures devaient être prononcées.

72. Le Groupe de travail a rappelé que ce membre de phrase avait fait l'objet d'un débat à ses trente-cinquième session en 2002 (voir A/CN.9/508, par. 65 à 68) et trente-sixième session en 2003 (voir A/CN.9/523, par. 36) et qu'il avait été généralement accepté. Après un débat, le Groupe de travail a décidé de ne pas modifier le chapeau du paragraphe 2. Dans le cadre de cette discussion, il a été suggéré que tout texte explicatif qui serait élaboré ultérieurement, éventuellement sous la forme d'un guide pour l'incorporation du projet d'article 17, indique clairement que le libellé adopté, en ce qui concerne la forme sous laquelle une mesure provisoire pouvait être prononcée, ne devait pas être interprété à tort comme une prise de position sur la question controversée de savoir si une mesure provisoire prononcée sous forme d'une sentence serait ou non exécutoire en vertu de la Convention de New York.

Alinéa c)

[Preliminaire]

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le mot "préliminaire" car celui-ci prêtait à confusion et n'ajoutait rien au sens de la disposition.

[Garantir] [sauvegarder]

74. Le Groupe de travail a déclaré qu'il préférerait conserver le mot "sauvegarder" plutôt que "garantir" car ce dernier pouvait être interprété comme un moyen particulier de protéger des biens. Il est donc convenu de supprimer "garantir" et de conserver "sauvegarder".

Injonctions antipoursuites (Anti-suit injunctions)

75. On a demandé si le paragraphe 2 de l'article 17, dans sa rédaction actuelle, pouvait être interprété comme autorisant un tribunal arbitral à prononcer une

injonction antipoursuites (autrement dit une mesure provisoire par laquelle il enjoindrait une partie de ne pas poursuivre une procédure judiciaire ou une autre procédure arbitrale). Étant donné que l'article 17-2 contenait une liste générique exhaustive de mesures provisoires (voir A/CN.9/545, par. 21), on a suggéré que le Groupe de travail indique clairement si son intention était que cette liste englobe aussi ce type d'injonction.

76. Sur le plan des principes, des réserves ont été exprimées contre le fait que l'article 17 autorise directement ou indirectement le recours à des injonctions antipoursuites. On a dit que ces injonctions étaient plutôt rares dans la pratique juridique internationale et inconnues ou inhabituelles dans de nombreux systèmes juridiques et qu'elles seraient considérées par certaines lois nationales comme contraires au droit constitutionnel fondamental d'une partie d'ester en justice. On a aussi fait valoir qu'il pouvait être dangereux de proposer une disposition visant spécifiquement ce type d'injonctions et d'y donner trop de détails. Bien que le Groupe de travail ait expressément pour but de promouvoir l'harmonisation du droit de l'arbitrage international, la reconnaissance d'une pratique juridique qui n'était pas encore établie comportait un risque inhérent. On a dit que l'insertion d'une telle disposition risquait d'en compromettre les chances d'application, voire de compromettre l'acceptabilité générale de la Loi type, en particulier dans les pays qui ne reconnaissaient pas ces injonctions. Selon un autre point de vue, on a fait remarquer que, comme la question des injonctions antipoursuites risquait de prendre de l'importance dans la pratique de l'arbitrage international, elle méritait d'être examinée attentivement – la CNUDCI pouvant notamment envisager d'élaborer un ensemble distinct de règles – mais qu'elle ne devait pas être traitée de façon indirecte et incomplète dans le cadre d'une disposition relative aux mesures provisoires ou conservatoires, car cela ne permettrait pas de rendre compte de tous les aspects de la question et risquerait de laisser croire à tort que ce type d'injonctions n'était qu'une sous-catégorie des mesures provisoires telles que définies dans le projet d'article 17.

77. Un argument avancé pour que ces injonctions soient traitées dans le projet d'article 17 a été qu'elles étaient de plus en plus fréquentes et jouaient un rôle important dans le commerce international. On a estimé que le fait qu'elles n'étaient pas encore bien connues dans certains systèmes juridiques montrait qu'il fallait les prendre en compte dans la Loi type afin de promouvoir la modernisation et l'harmonisation des pratiques juridiques. Bien qu'elles ne soient pas reconnues dans le droit d'un certain nombre de pays, on constatait que les tribunaux arbitraux siégeant dans ces pays s'y intéressaient de plus en plus. Il a aussi été dit que l'injonction antipoursuites avait pour objet de protéger la procédure arbitrale et qu'il était légitime que les tribunaux arbitraux cherchent à protéger leur propre procédure. On a fait observer que le prononcé d'une telle injonction ne devait pas être interprété comme empêchant une partie de demander à une juridiction étatique du siège de l'arbitrage de se prononcer sur la validité d'une convention d'arbitrage. Il a également été indiqué que, dans la mesure où l'acceptabilité générale des injonctions antipoursuites suscitait des préoccupations, d'autres dispositions de la Loi type pourraient offrir des garanties appropriées, par exemple dans la nature des motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution, en particulier le motif lié à la loi régissant les pouvoirs conférés à la juridiction étatique prévu au paragraphe 2 b) i) de l'article 17 *bis*, ou celui fondé sur l'ordre public visé au paragraphe 2 b) ii) de ce même projet d'article.

78. Il a été indiqué que, lors de précédentes sessions, le Groupe de travail avait dans une certaine mesure jugé préférable que les injonctions antipoursuites ne soient pas exclues du projet d'article 17. On a estimé que, même si le pouvoir de prononcer de telles injonctions n'était pas expressément mentionné au paragraphe 2 b), son existence serait néanmoins implicite, en particulier lorsque s'appliquait le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été dit que le libellé du paragraphe 2 a) du projet d'article 17 était à la fois souple et ouvert et probablement assez large pour englober ces injonctions. Il a été dit que cette interprétation avait été renforcée par la suppression, au projet d'article 17, lors d'une précédente session, de l'obligation (énoncée dans la version initiale de l'article 17 de la Loi type) de lier la mesure provisoire à l'objet du litige. On a fait observer que cette obligation était également évoquée à l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et avait été interprétée, dans certains pays, comme une limite à la possibilité de recourir aux injonctions antipoursuites. Toutefois, certaines délégations ont rappelé que le lien entre les mesures provisoires et "l'objet du litige" avaient néanmoins permis à des tribunaux arbitraux d'ordonner de telles injonctions en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

79. Par souci de clarté, il a été proposé que le paragraphe 2 confère expressément aux tribunaux arbitraux le pouvoir de prononcer des injonctions antipoursuites. Un certain nombre de propositions ont été faites sur la manière dont ces injonctions devraient être expressément visées dans le projet d'article 17. L'une d'entre elles était d'insérer une disposition autorisant expressément un tribunal arbitral à prononcer une telle injonction, accompagnée d'une note explicative indiquant que cette disposition ne s'appliquerait que dans la mesure où ce type d'injonction était autorisé par les règles de procédure du pays concerné. On a fait observer toutefois que cette proposition présentait un inconvénient en ce sens que, dans les pays qui n'adoptaient pas cette disposition expresse, le paragraphe 2 pourrait être compris comme interdisant le prononcé d'une telle injonction.

80. Selon une autre proposition, il faudrait aborder la question des injonctions antipoursuites en ajoutant au paragraphe 2 b) du projet d'article 17 un membre de phrase qui pourrait être libellé comme suit: "ou d'aggraver sérieusement le litige entre les parties". Il a été indiqué que cette formule était admise dans certains pays et qu'elle avait été utilisée dans un certain nombre d'arbitrages internationaux, y compris des arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

81. Selon une autre proposition encore, on pourrait ajouter les mots "ou porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même" à la fin du paragraphe 2 b) de l'article 17. Il a été indiqué que cette proposition clarifierait et conforterait l'interprétation exprimée par un certain nombre de délégations selon laquelle le membre de phrase "De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice" au paragraphe 2 b) visait déjà les injonctions antipoursuites.

82. Selon un avis, le débat sur la question des injonctions antipoursuites portait largement du principe que ces dernières empêcheraient une partie d'engager une action devant une juridiction étatique. Toutefois, dans certains cas, ces injonctions avaient été utilisées pour empêcher une partie d'engager une action devant un autre tribunal arbitral. Il a été proposé que le projet de texte englobe ces deux situations.

83. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa b) du paragraphe 2 comme suit: "De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, immédiatement ou sous peu un préjudice, ou de porter atteinte à la procédure arbitrale elle-même". Toutefois, notant que le Groupe de travail n'avait pas examiné dans leur intégralité les incidences du libellé proposé, il a été convenu que cette proposition serait placée entre crochets et examinée plus avant lors d'une prochaine session.

Paragraphe 3

Alinéa a) – "Préjudice irréparable"

84. Des craintes ont été exprimées au sujet de l'emploi du terme "préjudice irréparable" à l'alinéa a). Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait déjà examiné ce terme à sa trente-cinquième session (A/CN.9/508, par. 56) et à sa trente-neuvième session (A/CN.9/545, par. 29).

85. On a fait valoir que le terme "irréparable" n'était pas un concept très connu dans tous les systèmes juridiques, qu'il était susceptible d'interprétations divergentes et qu'il devait être supprimé. Une autre suggestion a été de remplacer "irréparable" par "substantiel". On a indiqué qu'une référence à un "préjudice substantiel" faciliterait la comparaison entre le degré de préjudice subi par le demandeur si la mesure provisoire n'était pas accordée et le degré de préjudice subi par la partie s'opposant à la mesure si celle-ci l'était.

86. Un large appui a toutefois été exprimé en faveur du maintien du terme "préjudice irréparable". On a dit que le paragraphe 3 a) était censé s'appliquer à un type particulier de préjudice survenant dans une situation où, même à un stade préliminaire où le tribunal n'avait pas connaissance de tous les éléments du litige, il pouvait être montré que le demandeur devait être protégé contre un préjudice ne pouvant être réparé par l'octroi de dommages-intérêts. En revanche, le terme "préjudice substantiel" laisserait à penser qu'une réparation était possible sous forme de dommages-intérêts substantiels. On a fait observer que la notion de "préjudice irréparable" ne renvoyait pas quantitativement à l'étendue des dommages, mais qualitativement à la nature même du préjudice. Divers exemples de "préjudice irréparable" ont été donnés. Outre la perte d'une œuvre d'art inestimable ou unique, déjà mentionnée à la session précédente (A/CN.9/545, par. 29), on a expliqué que des événements tels que le fait pour une entreprise de devenir insolvable, la perte d'éléments de preuve essentiels, la perte d'un débouché commercial essentiel (comme la conclusion d'un contrat important), ou un préjudice causé à la réputation d'une entreprise par suite de la contrefaçon d'une marque, donneraient lieu à un "préjudice irréparable".

87. Bien que la notion de "préjudice irréparable" soit parfaitement reconnue dans certains systèmes juridiques et soit un critère courant pour l'octroi d'une mesure provisoire, il a été admis qu'elle pouvait donner lieu à diverses interprétations, en l'occurrence dans les pays où elle n'était pas familière. Il a été proposé de remplacer le terme "préjudice irréparable" par une expression plus neutre et plus descriptive, telle que, par exemple: "préjudice ne pouvant faire l'objet d'une compensation adéquate ou d'une compensation financière", "dommage difficile à réparer", "préjudice ne pouvant faire l'objet d'une compensation", "préjudice important ne

pouvant être réparé par des dommages-intérêts”, “préjudice inévitable”, “préjudice inéluctable” ou “préjudice grave”.

88. Outre les craintes exprimées ci-dessus, on a dit que, si la Loi type devait disposer que des mesures provisoires ou conservatoires ne pouvaient être accordées que pour éviter un préjudice ne pouvant faire l’objet d’une compensation financière, il y aurait un risque d’interprétation très restrictive. Il pourrait alors être plus difficile d’obtenir de telles mesures dans le cadre d’un arbitrage que dans une procédure judiciaire, et les parties demandant leur exécution n’en devraient pas moins engager une procédure supplémentaire devant la juridiction étatique compétente. Il a été demandé si le Groupe de travail avait l’intention d’adopter une telle approche restrictive de manière à exclure potentiellement du champ des mesures provisoires toute perte susceptible d’être réparée par l’octroi de dommages-intérêts. Il a été dit aussi que, dans la pratique actuelle, il n’était pas rare qu’un tribunal arbitral ne prononce une mesure provisoire que dans des cas où il serait relativement compliqué de réparer le préjudice par des dommages-intérêts.

89. Afin de fournir un critère plus souple, une autre proposition a été faite, à savoir remplacer le terme “préjudice irréparable” par “préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l’octroi de dommages-intérêts”. On a fait valoir que cette proposition visait à répondre aux craintes selon lesquelles un préjudice irréparable pourrait constituer un seuil trop élevé et qu’elle ferait apparaître plus clairement le pouvoir d’appréciation du tribunal arbitral pour se prononcer sur l’octroi d’une mesure provisoire. Le Groupe de travail a jugé cette proposition généralement acceptable.

Alinéa a) – Interaction avec le paragraphe 2

90. Des commentaires ont été faits sur le contenu du paragraphe 3 lorsqu’il était lu en parallèle avec le paragraphe 2. Selon un avis, la référence au “préjudice”, au paragraphe 3, pouvait créer une confusion avec les mots “immédiatement ou sous peu un préjudice” figurant à l’alinéa b) du paragraphe 2 et le critère énoncé au paragraphe 3 risquerait alors d’être interprété comme s’appliquant uniquement aux mesures accordées aux fins de l’alinéa b) du paragraphe 2.

91. Plus généralement, on a exprimé la crainte que les obligations générales énoncées au paragraphe 3 ne s’appliquent pas de façon adéquate à tous les types de mesures provisoires énumérées au paragraphe 2. Par exemple, on a dit qu’il ne serait pas approprié de prévoir dans tous les cas qu’une partie demandant simplement une mesure provisoire pour sauvegarder des éléments de preuve au titre du paragraphe 2 d) doit nécessairement démontrer qu’un préjudice exceptionnel serait causé si la mesure provisoire n’était pas ordonnée, ou d’exiger de cette partie qu’elle satisfasse d’une autre manière au seuil très élevé établi au paragraphe 3. Le Groupe de travail a pris note de cette crainte et est convenu qu’il serait peut-être nécessaire de revenir sur la question à un stade ultérieur.

Paragraphe 4

92. Il a été rappelé que le Groupe de travail, lorsqu’il avait débattu du paragraphe 5 de l’article 17 *bis* (voir par. 64 à 70), avait examiné la question de savoir si la constitution d’une garantie devait être une condition de l’octroi d’une mesure provisoire. L’avis général qui s’est dégagé a été que la constitution d’une

garantie ne devrait pas être une condition suspensive de l'octroi d'une mesure provisoire. On a fait observer que ni l'article 17 de la Loi type, ni l'article 26-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne comportaient une telle condition. Diverses propositions ont été faites pour modifier le paragraphe 4 en conséquence.

93. Une proposition a été d'adopter un libellé qui pourrait être le suivant: "Le tribunal arbitral peut accorder une mesure provisoire ou conservatoire en demandant au demandeur ou à toute autre partie de fournir une garantie appropriée", ou simplement de prévoir qu'"il peut être fait obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée avant que le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire". On s'est opposé à cette proposition en disant qu'il était trop strict d'exiger la constitution d'une garantie avant qu'une mesure provisoire puisse être accordée. Une autre proposition a été de supprimer du paragraphe 4 les mots "comme condition de l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire". L'avis a toutefois été exprimé qu'il faudrait éviter de supprimer purement et simplement ces mots, car ils jouaient un rôle utile en donnant des indications aux praticiens. On a fait observer d'autre part que les propositions ci-dessus donnaient l'impression que le tribunal était habilité à demander la constitution d'une garantie sans rapport avec la mesure provisoire à tout moment de la procédure.

94. Pour répondre à la crainte de voir l'exigence d'une garantie interprétée comme une disposition indépendante autorisant le tribunal à ordonner la constitution d'une garantie à tout moment de la procédure, une proposition a été faite visant à modifier le paragraphe 4 comme suit: "Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et à toute autre partie de constituer une garantie appropriée au moment où il accorde la mesure provisoire". Une autre proposition encore a été la suivante: "Le tribunal arbitral peut faire obligation au demandeur et/ou à toute autre partie de constituer une garantie appropriée en liaison avec une telle mesure provisoire ou conservatoire". On a fait valoir que cette proposition non seulement répondait à la crainte exprimée, mais assurait aussi que le tribunal arbitral ne se limiterait pas à ordonner la constitution d'une garantie uniquement au moment où il était saisi de la demande. On a souligné que l'expression "en liaison avec" devrait être interprétée de façon étroite de manière que le sort de la mesure provisoire soit lié à la constitution de la garantie. Après un débat, le Groupe de travail a jugé la proposition acceptable.

95. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que l'emploi du mot "ou" était plus approprié que le mot "et" pour indiquer que le tribunal arbitral pouvait faire obligation soit au demandeur soit à toute autre partie de constituer une garantie appropriée. Le Groupe de travail a approuvé cette proposition.

96. En ce qui concerne la possibilité pour le tribunal arbitral de faire obligation à "toute partie" de constituer une garantie appropriée, on a souligné qu'il était essentiel de conserver la possibilité d'appliquer cette obligation au défendeur (c'est-à-dire la partie contre laquelle la mesure provisoire était dirigée). Il a été dit que cela était conforme au principe de l'égalité de traitement des parties qui présidait à une procédure d'arbitrage. Même s'il est vrai que le défendeur serait rarement tenu de constituer une garantie, on a donné des exemples de situations dans lesquelles, pour obtenir la mainlevée d'une mesure provisoire, telle que la saisie d'un navire, le défendeur déposerait une garantie.

Paragraphe 5

97. Il a été demandé si la deuxième phrase du paragraphe 5, qui faisait référence à la communication par une partie à une autre de toutes les conclusions, pièces ou informations fournies au tribunal arbitral, devait être conservée. On a fait observer que cette obligation faisait double emploi avec une obligation déjà prévue à l'article 24-3 de la Loi type. On a noté que, dans la mesure où le texte actuel ferait partie de la Loi type, il était inutile d'y faire figurer une obligation déjà contenue dans cette dernière. Il a été indiqué toutefois que l'obligation pour une partie d'informer le tribunal arbitral était mentionnée à l'article 17 et dans aucune autre partie de la Loi type. Aussi, par souci de clarté, était-il approprié de lier l'obligation d'informer le tribunal à l'obligation générale d'informer l'autre partie.

98. Diverses propositions ont été faites au sujet de cette disposition. On a suggéré d'ajouter, après les mots "sans tarder", des mots tels que "avec copie à toutes les autres parties" et de supprimer la deuxième phrase du paragraphe. Selon une autre proposition, il faudrait modifier comme suit le début du paragraphe: "Le demandeur divulgue sans tarder tout changement important (...)" et supprimer la deuxième phrase du paragraphe. On a estimé que cette approche exprimait l'obligation de façon plus neutre et évitait de tirer la conclusion que le paragraphe excluait l'obligation prévue à l'article 24-3 de la Loi type. Après un débat, le Groupe de travail a jugé la dernière proposition généralement acceptable.

Sanction pour non-respect

99. On a fait observer que, tel qu'il était rédigé, le paragraphe 5 ne prévoyait pas de sanction en cas de non-respect de l'obligation d'informer. On a suggéré d'inclure une telle sanction au paragraphe 6, de sorte que le non-respect de l'obligation de divulguer serait un motif de modification, de suspension ou d'annulation de la mesure provisoire.

100. On a dit qu'il était inutile d'inclure expressément une sanction au paragraphe 6, car en tout état de cause la sanction habituelle, en cas de non-respect de l'obligation de divulguer, était soit la suspension ou l'annulation de la mesure, soit l'octroi de dommages-intérêts. Il a été noté toutefois que l'octroi de dommages-intérêts ne serait peut-être pas une solution dans tous les cas, en particulier lorsque l'autre partie n'était pas en mesure de les verser. On a suggéré, pour mieux rendre compte de cette réalité, d'ajouter le texte ci-après à la fin du paragraphe 5: "et le non-respect de cette obligation peut être un motif de suspension ou d'annulation au titre du paragraphe 6 du présent article". Après un débat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'inclure une disposition concernant les sanctions au paragraphe 5.

Paragraphe 6

101. Sur le plan rédactionnel, on a fait observer que, dans la version anglaise, les mots employés étaient "termination, suspension or amendment of that interim measure" à l'article 17 *bis*-4 et "modify, suspend or terminate an interim measure" au paragraphe 6. Il a été convenu que les textes devraient être alignés, et une préférence a été exprimée pour le verbe "modify" au lieu de "amend".

“Qu’il a accordée”

102. Il a été rappelé que les mots “qu’il a accordée” ont été insérés pour refléter la décision du Groupe de travail de permettre au tribunal arbitral de modifier ou d’annuler uniquement la mesure provisoire qu’il avait lui-même prononcée (A/CN.9/545, par. 41). Sur cette base, il a été convenu que les mots “qu’il a accordée” devraient être conservés sans crochets.

103. On a demandé s’il fallait interdire à un tribunal arbitral de modifier une mesure provisoire prononcée par une juridiction étatique étant donné qu’une partie à une convention d’arbitrage pouvait demander une telle mesure à une juridiction étatique avant que le tribunal arbitral n’ait été constitué. On a dit qu’il pouvait y avoir, dans de telles circonstances, de bonnes raisons d’autoriser le tribunal, une fois constitué, à modifier une telle mesure. Cette opinion a recueilli un certain appui.

104. Il a été noté que la question de savoir si un tribunal arbitral pouvait être autorisé à revenir sur une mesure provisoire ordonnée par une juridiction étatique était controversée et soulevait des points délicats concernant le rôle des juridictions étatiques et l’équilibre à trouver entre le rôle d’organes arbitraux privés et ces dernières, qui avaient des pouvoirs souverains et un régime d’appel. Le Groupe de travail a noté que l’article 9 de la Loi type abordait de façon appropriée la compétence concurrente du tribunal arbitral et des juridictions étatiques et prévoyait sans ambiguïté le droit des parties de demander une mesure provisoire ou conservatoire à une juridiction étatique, avant ou pendant la procédure arbitrale. Il est convenu qu’il ne fallait pas aborder dans la Loi type la question de savoir si un tribunal arbitral pouvait revenir sur une mesure provisoire ordonnée par une juridiction étatique. À cet égard, on a souligné qu’il existait diverses techniques pour aborder cette question. Par exemple, les parties pouvaient, de leur propre initiative, s’adresser de nouveau à la juridiction étatique qui avait prononcé la mesure pour lui demander de la revoir, ou bien elles pouvaient la prier d’inclure dans la mesure le droit pour le tribunal arbitral de la modifier lorsqu’il serait constitué. En outre, le tribunal arbitral avait toujours la faculté de faire obligation aux parties de soumettre à la juridiction étatique la décision qu’il avait prise.

Paragraphe 6 bis

105. Le Groupe de travail a rappelé qu’afin de faciliter les délibérations sur le paragraphe 6 bis, le secrétariat avait établi une note (A/CN.9/WG.II/WP.127) qui contenait des informations communiquées par les États à propos des régimes de responsabilité prévus dans leur législation interne pour les mesures provisoires ou conservatoires. Il a été fait observer que les lois nationales décrites dans la note en question appliquaient le même régime de responsabilité aux mesures *inter partes* et aux mesures *ex parte*. De ce fait, a-t-on dit, les crochets entourant le paragraphe devaient être supprimés et le Groupe de travail devait examiner les améliorations pouvant être apportées à ce dernier.

106. On a jugé inutile de prévoir que la responsabilité pour les dommages et frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire s’appliquait “à compter de la date à laquelle elle a été accordée et aussi longtemps qu’elle a effet” car l’exigence que les dommages et les frais soient “causés par” la mesure limitait déjà la portée de cette responsabilité. On a également estimé que les conditions actuellement énoncées au paragraphe 6 bis risquaient de prêter à confusion et qu’il ne conviendrait peut-être

pas de subordonner la responsabilité à la décision finale sur le fond. À ce propos, il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa trente-neuvième session, on avait affirmé avec force que la décision finale sur le fond ne devait pas constituer un facteur essentiel pour déterminer si la mesure provisoire était justifiée ou non (A/CN.9/545, par. 68). Aussi a-t-il été proposé de remplacer la première phrase du paragraphe par les mots "Le demandeur est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce, la mesure n'aurait pas dû être accordée". Cette proposition a été appuyée.

107. On s'est inquiété de ce que, dans le paragraphe 6 *bis*, le pouvoir du tribunal arbitral de prescrire le versement de dommages-intérêts semblait dépendre de la constatation que la mesure provisoire n'aurait pas dû être ordonnée, ce qui ne lui laissait peut-être pas une marge d'appréciation suffisante, par exemple, pour exercer ce pouvoir lorsqu'il constatait que la mesure avait été prononcée sur la base de faits inexacts. Pour octroyer au tribunal un plus large pouvoir d'appréciation, il a été proposé de remplacer l'ensemble du paragraphe 6 *bis* par le texte suivant: "Le demandeur est responsable des dommages et des frais causés par la mesure provisoire ou conservatoire à la partie contre laquelle elle est dirigée, si le tribunal arbitral en décide ainsi, au stade de la procédure et dans la mesure qu'il juge appropriés compte tenu de toutes les circonstances pertinentes." Il a été dit que, si ce texte était accepté, la deuxième phrase du paragraphe pourrait être supprimée. La proposition a recueilli peu de suffrages. On a émis une préférence pour la première proposition, dont on a dit qu'elle répondait aux préoccupations exprimées et fournissait davantage d'orientations.

108. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 6 *bis*, il a été suggéré de supprimer l'adjectif "immédiat" car il pouvait laisser entendre à tort que les dommages-intérêts seraient accordés en même temps que la mesure provisoire. On a proposé de remanier la phrase comme suit: "Le tribunal arbitral peut ordonner le versement de dommages-intérêts à tout moment pendant la procédure après l'annulation de la mesure provisoire". Le membre de phrase "après l'annulation de la mesure provisoire" a été jugé trop restrictif car, suivant ses termes, les dommages-intérêts ne pouvaient être accordés qu'après l'annulation de la mesure. Il a été convenu de le supprimer. Il a également été convenu que tout texte explicatif accompagnant le paragraphe 6 *bis* devrait préciser que le mot "procédure" figurant dans ce paragraphe désignait la procédure arbitrale et non la procédure relative à la mesure provisoire. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a adopté le texte proposé quant au fond.

Paragraphe 7

Mesures ex parte

109. Le Groupe de travail a rappelé qu'à ses précédentes sessions il avait longuement débattu de la question de savoir s'il fallait insérer une disposition autorisant un tribunal arbitral à ordonner des mesures provisoires *ex parte* et que des points de vue opposés avaient été exprimés quant à savoir s'il fallait traiter la question dans le projet d'article 17. Il a aussi rappelé que la Commission, à sa trente-sixième session, avait pris note de l'opinion selon laquelle la question des mesures provisoires ou conservatoires prononcées *ex parte*, qui, – elle en avait

convenu – demeurait un point controversé, ne devait pas retarder la progression des travaux en vue de la finalisation du projet d'article 17 (A/58/17, par. 203).

110. À sa trente-neuvième session, le Groupe de travail avait procédé à un examen détaillé du paragraphe 7 et était convenu de débattre, à sa prochaine session, de la question de savoir si, sur le plan des principes, une disposition sur les mesures provisoires accordées *ex parte* devait être maintenue dans le projet d'article 17 (A/CN.9/545, par. 50). On a en outre fait observer que les mesures provisoires accordées *ex parte* n'étaient pas traitées de façon détaillée par les lois nationales, les principes généraux du droit et la pratique commerciale internationale. On a dit qu'il pourrait être contre-productif pour un instrument de la CNUDCI de chercher à régler une question qui n'était guère reconnue.

111. Les commentaires formulés pendant la session en cours ont montré que la question de l'insertion d'une disposition habilitant le tribunal arbitral à accorder des mesures *ex parte* restait très controversée. D'un côté, on a fait valoir que les normes et pratiques en matière de mesures *ex parte* ne faisaient pas l'objet d'un consensus mondial et que l'insertion d'une disposition sur ce point en l'absence d'un tel consensus risquait d'affaiblir le rôle de la Loi type en tant que standard international reflétant un consensus mondial.

112. D'un autre côté, il a été dit que le rôle de la CNUDCI ne s'était pas limité à l'harmonisation des lois existantes et que la Commission avait régulièrement joué un rôle moteur dans l'élaboration de règles nouvelles et modernes, en étudiant leur impact économique potentiel et en évaluant les meilleures pratiques. On a dit que le Groupe de travail avait l'occasion de prendre en compte cette nouvelle réalité que constituait la demande de mesures *ex parte* et que l'absence de règles sur ce point ne diminuerait pas l'importance de ces mesures. On a exprimé l'avis que, bien que l'on puisse douter de la nécessité d'édicter des règles concernant les mesures *ex parte*, il fallait veiller à ne pas insérer dans la Loi type des dispositions pouvant empêcher les pratiques reposant sur de telles mesures de se développer éventuellement dans l'avenir. On a appuyé l'idée selon laquelle, malgré l'absence de consensus, le Groupe de travail pourrait tenir compte du courant d'opinion actuel en faveur des mesures *ex parte* et élaborer un texte susceptible d'être utilisé par les États qui souhaitaient adopter une législation en la matière. On a en outre fait observer que plusieurs institutions d'arbitrage international avaient adopté des règles d'urgence pour permettre aux arbitres de donner suite à la demande accrue de telles mesures, par exemple dans le domaine de l'arbitrage sportif.

113. On a considéré que, dans sa rédaction actuelle, le projet de paragraphe 7, qui renforçait et augmentait les garanties contre tout recours abusif aux mesures *ex parte*, pourrait être acceptable pour le Groupe de travail.

114. Un certain nombre de variantes ont été proposées pour l'actuel projet de paragraphe 7. L'une d'elles, contenue et expliquée dans les commentaires de la Chambre de commerce internationale (A/CN.9/WG.II/WP.129), était libellée comme suit:

“a) Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral accorde une mesure provisoire ou conservatoire, sans donner à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] la possibilité [de s'y opposer] [d'être entendue], lorsque:

- i) Il y a un besoin urgent de prendre cette mesure;
 - ii) Les circonstances énoncées au paragraphe 3 sont réunies; et
 - iii) Le demandeur montre qu'il est nécessaire de procéder de cette façon pour éviter que la mesure ne soit compromise avant qu'elle soit accordée;
- b) Le demandeur:
- i) Est responsable de tous les dommages et de tous les frais causés par la mesure à la partie [contre laquelle elle est dirigée] [touchée par la mesure] [dans la mesure appropriée, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, et eu égard à la façon dont il sera finalement statué au fond sur la demande]; et
 - ii) Constitue une garantie sous la forme que le tribunal arbitral jugera appropriée [, en vue de couvrir tous les dommages et tous les frais visés au sous-alinéa i),] [comme condition de l'octroi d'une mesure au titre du présent paragraphe];
 - iii) Donne notification de la demande visant à obtenir la mesure à la partie [contre laquelle cette mesure est dirigée] [touchée par cette mesure] au moment où cette demande est présentée.
- [c] [Afin d'éviter tout doute,] le tribunal arbitral est compétent, entre autres, pour statuer sur toutes les questions soulevées par les dispositions [de l'alinéa b)] ci-dessus ou se rapportant à elles;]
- [d] La partie [contre laquelle la mesure provisoire ou conservatoire est dirigée] [touchée par la mesure accordée] en vertu du présent paragraphe a la possibilité [de s'opposer à la mesure et] d'être entendue par le tribunal arbitral [dans les quarante-huit heures de la notification ou à toutes autres date et heure appropriées dans les circonstances];]
- [e] Toute mesure provisoire ou conservatoire ordonnée en vertu du présent paragraphe est valable pour une durée maximale de vingt jours [à compter de la date à laquelle le tribunal ordonne cette mesure] [à compter de la date à laquelle cette mesure prend effet à l'égard de l'autre partie], laquelle ne peut être prolongée. Le présent alinéa ne porte pas atteinte au pouvoir du tribunal arbitral d'accorder, de confirmer, de proroger ou de modifier une mesure provisoire ou conservatoire visée au paragraphe 1 après qu'il a été donné à la partie [contre laquelle la mesure est dirigée] [touchée par la mesure] la possibilité [de s'opposer à la mesure] [et d'être entendue];]
- [f] Une partie qui demande une mesure provisoire ou conservatoire en vertu du présent paragraphe est tenue d'informer le tribunal arbitral de toutes les circonstances que celui-ci est susceptible de juger pertinentes et importantes lorsqu'il détermine si les conditions énoncées au présent paragraphe ont été remplies;]

Propositions de modifications des paragraphes 1 et 6 de l'article 17 bis

1. Une mesure provisoire ou conservatoire prononcée par un tribunal arbitral qui satisfait aux exigences de l'article 17 est, sauf s'il s'agit d'une

mesure provisoire ou conservatoire prononcée en vertu du paragraphe 7 de l'article 17, reconnue comme s'imposant aux parties et, sauf indication contraire du tribunal arbitral, est mise à exécution sur demande [formée par écrit] auprès de la juridiction étatique compétente, quel que soit le pays où elle a été prononcée, sous réserve des dispositions du présent article.

Le paragraphe 6 de l'article 17 *bis* devrait être entièrement supprimé.”

115. Une autre variante libellée comme suit a été proposée pour le paragraphe 7:

“Lorsque la divulgation préalable de la mesure demandée à la partie tenue de l'exécuter risque d'en compromettre l'exécution, le demandeur peut former sa demande sans la communiquer à aucune autre partie. Dès réception de cette demande, le tribunal arbitral la communique aux autres parties en les invitant à répondre. Il peut accompagner cette communication [d'une décision] provisoire [empêchant que les mesures demandées soient compromises]/[visant à préserver le statu quo] jusqu'à ce qu'il ait entendu les autres parties et se soit prononcé sur la demande [à condition que cette décision provisoire ait effet pour une durée maximale X jours].”

116. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas examiné ces propositions dans le détail. Il en a pris note et a décidé de poursuivre le débat à sa prochaine session en se fondant sur les documents établis pour la session en cours et sur la proposition supplémentaire, ainsi que sur toute autre proposition qui pourrait être communiquée au secrétariat en vue de cette prochaine session. On a fait observer que le Groupe de travail devrait non seulement discuter du contenu d'une disposition sur les mesures *ex parte* mais également en étudier attentivement l'emplacement. Il a notamment été proposé d'insérer celle-ci dans une note de bas de page se rapportant à l'article 17, sous la forme soit d'une clause d'option positive soit d'une clause d'option négative, pour examen par les législateurs nationaux.