

**Assemblée générale**Distr.: Limitée
2 mars 2005Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail III (Droit des transports)
Quinzième session
New York, 18-28 avril 2005

**Droit des transport: Élaboration d'un projet d'instrument
sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou
partiellement] [par mer]****Arbitrage: la pratique uniforme de l'arbitrage international et les
dispositions du projet d'instrument****Note du secrétariat**

À sa quatorzième session, le Groupe de travail III sur le droit des transports a examiné les dispositions du projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] relatives à l'arbitrage, telles qu'elles figurent au chapitre 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.32. Comme indiqué dans le rapport de cette session, le projet de chapitre 16 est repris des Règles de Hambourg, qui ont été rédigées en 1978, avant la large acceptation de normes uniformes pour l'arbitrage international (A/CN.9/572, par. 153). À l'issue des débats de cette session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'étudier les conflits éventuels entre le projet d'instrument et la pratique uniforme de l'arbitrage international, telle qu'elle est reflétée dans les instruments et les lois types de la CNUDCI (A/CN.9/572, par. 157). Faisant suite à cette demande, la présente note a été établie selon deux axes: d'une part, on a dégagé, comme cela avait été demandé, les conflits éventuels, et, de l'autre, on a recensé les principes de base de l'arbitrage international qui ne sont pas pris en compte dans le projet d'instrument.



I. Conflits éventuels entre le projet d'instrument et la pratique uniforme de l'arbitrage international, telle qu'elle est reflétée dans les instruments et les lois types de la CNUDCI

A. Article 76 des variantes A et B du projet d'instrument

1. Aux termes du projet d'article 76 du projet d'instrument, l'arbitrage fait l'objet d'un accord constaté par écrit. Cette expression peut être entendue comme signifiant que la forme écrite de la convention d'arbitrage est requise *ad probationem* [c'est-à-dire à titre de preuve] et non *ad validitatem* [à titre de validité de la convention d'arbitrage].

2. L'exigence de constater par écrit une convention d'arbitrage figure à l'article 7-2 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type") ainsi qu'à l'article II-2 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ("Convention de New York"). L'exigence de forme vise à donner une certitude quant à l'intention des parties et à faciliter des preuves ultérieures de leur volonté de soumettre leur litige à l'arbitrage.

3. L'article 7-2 de la Loi type dispose ce qui suit:

"2. La convention d'arbitrage doit se présenter sous forme écrite. Une convention est sous forme écrite si elle est consignée dans un document signé par les parties ou dans un échange de lettres, de communications télex, de télégrammes ou de tout autre moyen de télécommunications qui en atteste l'existence, ou encore dans l'échange d'une conclusion en demande et d'une conclusion en réponse dans lequel l'existence d'une telle convention est alléguée par une partie et n'est pas contestée par l'autre. La référence dans un contrat à un document contenant une clause compromissoire vaut convention d'arbitrage, à condition que ledit contrat soit sous forme écrite et que la référence soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat."

4. L'article II-2 de la Convention de New York dispose ce qui suit:

"2. On entend par convention écrite une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes."

5. Contrairement à la Loi type et à la Convention de New York, l'article 76 du projet d'instrument ne comporte pas de définition de l'exigence de l'écrit. On a fait valoir que ceci pourrait poser problème étant donné que, ces dernières années, du fait de l'émergence accrue de moyens modernes de communication, cette exigence est devenue un aspect du droit de l'arbitrage qui prête à controverse. On pourrait être conduit à se demander si cette obligation a été remplie dans certaines situations où la réponse pourrait soulever des problèmes graves, par exemple pour ce qui est de certains connaissements, notes de courtiers et autres instruments négociables, ou de contrats transférant des droits ou obligations à des parties tierces non signataires (c'est-à-dire des parties qui ne sont pas parties à la convention originelle). Le manque de clarté concernant l'exigence de l'écrit dans des situations de ce type donne lieu à des décisions plutôt disparates. L'exigence de l'écrit, sans autre définition, pourrait être interprétée d'une manière qui ne serait pas en accord avec la

pratique commerciale internationale. Par ailleurs, le Groupe de travail peut souhaiter se demander si la spécification d'une définition spéciale de la forme écrite dans le projet d'instrument aurait l'inconvénient d'introduire une différence entre l'exigence de forme telle qu'elle figure dans le droit du transport de marchandises et dans le droit le droit général de l'arbitrage. Comme indiqué ci-dessous (voir par. 22 à 26), le Groupe de travail peut souhaiter encourager les États qui envisagent de ratifier le projet d'instrument à envisager de promulguer également la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

6. Une autre question cruciale concernant les dispositions relatives à l'arbitrage du projet d'instrument est de savoir si une convention d'arbitrage, conclue de manière conforme au projet d'article 76, serait exécutoire au titre de l'article II-2 de la Convention de New York énoncé au paragraphe 4 ci-dessus. Ces exigences relatives à la conclusion d'une convention d'arbitrage valable au termes de la Convention de New York pourraient être considérées comme plus restrictives que l'exigence visée à l'article 76 du projet d'instrument. Toutefois, il peut être noté que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) n'a pas encore conclu son examen de la relation entre l'article II de la Convention de New York et les dispositions relatives à la forme de la convention d'arbitrage contenues dans d'autres lois.

7. De plus, le Groupe de travail II a pris note de l'importance qu'il y a à s'employer à faciliter une interprétation plus flexible de l'exigence de forme stricte de la convention d'arbitrage afin de ne pas décevoir les attentes des parties lorsqu'elles ont décidé de soumettre leur litige à l'arbitrage. À sa trente-sixième session (New York, 4-8 mars 2002), le Groupe de travail II a proposé un libellé révisé de l'article 7 de la Loi type, qui se lit comme suit:

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

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

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

[3) Le terme ‘message de données’ désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie.]

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

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

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

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

8. Dans le même souci de clarté concernant l'exigence de l'écrit énoncée à l'article II-2 de la Convention de New York et d'autres exigences concernant les communications écrites énoncées dans le texte de cette convention, le Groupe de travail II s'est prononcé en faveur de l'inclusion d'une référence à la Convention de New York dans l'article 19 du projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux récemment proposé par le Groupe de travail IV (Commerce électronique) (reproduit à l'annexe du document A/CN.9/571).

9. Pour renforcer la sécurité juridique concernant la validité de la convention d'arbitrage et réduire au minimum les risques de voir refuser l'exécution d'une sentence arbitrale au motif de la non-existence ou de l'invalidité d'une convention d'arbitrage, le Groupe de travail III peut souhaiter se demander s'il serait préférable d'aligner les définitions de l'exigence écrite dans le projet d'instrument sur les travaux les plus récents du Groupe de travail II. Toutefois, afin de ne pas répéter la réglementation de la question de la forme dans la Loi type (dont l'examen n'est pas conclu), le Groupe de travail III peut souhaiter conclure que l'objet des dispositions du projet d'instrument relatives à l'arbitrage devrait simplement être de donner aux parties la liberté de soumettre leur litige à l'arbitrage (ce qui, au regard de certaines lois nationales relatives au transport de marchandises par mer serait avantageux), de sorte que le projet d'article 76 pourrait être libellé en termes plus généraux.

B. Article 77 des variantes A et B du projet d'instrument

10. Aux termes de la première phrase du projet d'article 77, “ si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable a été émis, la clause ou le pacte compromissoire doivent figurer dans le document ou l'enregistrement ou y être expressément incorporés par référence.” L'incorporation d'une clause ou d'un pacte compromissoire par référence a donné lieu à des interprétations divergentes par les tribunaux, et la définition des conditions selon lesquelles une clause ou un pacte compromissoire serait considéré comme valable seulement s'il est incorporé par référence devrait être définie.

11. Le texte révisé du projet d'article 7-6 de la Loi type (voir le paragraphe 8 ci-dessus ainsi que le texte actuel de l'article 7 de la Loi type) vise un contrat comportant une référence à un document qui contient une clause compromissoire. Les dispositions selon lesquelles le contrat principal doit être écrit et que la référence “soit telle qu'elle fasse de la clause une partie du contrat” font suite à des problèmes et à des décisions judiciaires divergentes sur ce point dans le cadre de la

Convention de New York. En conséquence, pour renforcer la sécurité et l'uniformité au stade de l'exécution, le Groupe de travail III peut vouloir prendre en compte les dispositions révisées de la Loi type concernant l'incorporation d'une clause compromissoire par référence (soit en alignant le projet d'instrument sur la Loi type devant être révisée, soit en s'en remettant à la Loi type).

C. Article 78 des variantes A et B du projet d'instrument

12. Le projet d'article 78 de la variante A propose une définition du lieu où la procédure d'arbitrage est engagée, alors que la variante B n'en dit mot.

13. Pour ce qui est de la question du lieu où la procédure d'arbitrage est engagée, l'article 20 de la Loi type précise ce qui suit:

“1. Les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage. Faute d'une telle décision, ce lieu est fixé par le tribunal arbitral, compte tenu des circonstances de l'affaire, y compris les convenances des parties.

2. Nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article, le tribunal arbitral peut, sauf convention contraire des parties, se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié pour l'organisation de consultations entre ses membres, l'audition des témoins, des experts ou des parties, ou pour l'inspection de marchandises, d'autres biens ou de pièces.”

14. La tendance, en matière d'arbitrage international, est de reconnaître que les parties sont libres de décider du lieu de l'arbitrage; si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur ce point, le lieu de l'arbitrage est déterminé par le tribunal arbitral. Le lieu de l'arbitrage a une pertinence juridique dans la mesure où il détermine la loi d'arbitrage qui régit l'arbitrage et où il est l'un des facteurs possibles qui établissent le caractère international de l'arbitrage. Le lieu de l'arbitrage est le lieu d'origine de la sentence, et, à ce titre, il est pertinent au regard de la reconnaissance et de l'exécution.

15. Le projet d'article 78 de la variante A restreint à certains lieux les fors d'arbitrage. Si le Groupe de travail III considère approprié d'inclure une définition des fors possibles, il devrait être noté que le lieu où une partie substantielle des obligations de la relation doit être exécutée ou le lieu avec lequel l'objet du litige est le plus étroitement lié sont des critères plus couramment retenus que “le lieu où le contrat a été conclu”, visé au projet d'article 78-a-ii. Il va de soi que le fondement rationnel de la décision du Groupe de travail III de supprimer le lieu du contrat en tant que base pour déterminer la compétence au chapitre 15 du projet d'instrument (A/CN.9/572, par. 126) s'étendrait probablement aussi à cette disposition du chapitre relatif à l'arbitrage.

D. Article 79 des variantes A et B du projet d'instrument

16. Aux termes des variantes A et B du projet d'article 79, “l'arbitre ou le tribunal arbitral applique les règles du présent instrument.”

17. À titre de comparaison, la Loi type accorde aux parties pleine autonomie pour déterminer les règles de fond à appliquer, et, en l'absence d'accord sur ce point, confie au tribunal arbitral le soin de les déterminer. La reconnaissance de

l'autonomie des parties est très largement acceptée pour ce qui est de l'arbitrage international.

18. L'article 79 du projet d'instrument, tout en disposant apparemment du caractère obligatoire de l'instrument, semble être contraire au principe du droit privé international largement accepté selon lequel les parties sont libres de décider de l'applicabilité de la loi d'un État (y compris ses dispositions contraignantes). Le Groupe de travail III peut souhaiter envisager de supprimer le projet d'article 79 (s'en remettant ainsi, pour ce qui est de la loi applicable, au droit général de l'arbitrage) ou d'aligner le projet d'instrument sur l'arbitrage général et assurer le respect des dispositions contraignantes du projet d'instrument conformément aux principes généraux qui gouvernent l'arbitrage. L'article 28 de la Loi type, dont le libellé a été rédigé avec discernement, se lit comme suit:

“Article 28. *Règles applicables au fond du différend*

1. Le tribunal arbitral tranche le différend conformément aux règles de droit choisies par les parties comme étant applicables au fond du différend. Toute désignation de la loi ou du système juridique d'un État donné est considérée, sauf indication contraire expresse, comme désignant directement les règles juridiques de fond de cet État et non ses règles de conflit de lois.

2. À défaut d'une telle désignation par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.

3. Le tribunal arbitral statue *ex aequo et bono* ou en qualité d'amiable compositeur uniquement si les parties l'y ont expressément autorisé.

4. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.”

19. La Loi type ainsi que Règlement d'arbitrage de la CNUDCI habilite le tribunal arbitral à statuer en qualité d'“amiable compositeur” (*ex aequo et bono*) s'il y a été expressément autorisé par les parties. Les deux instruments incluent une disposition selon laquelle “dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.”

E. Article 80 des variantes A et B du projet d'instrument

20. Le projet d'article 80 de la variante A rend obligatoire l'inclusion des articles 77 et 78 à toute clause compromissoire. Le Groupe de travail III peut souhaiter examiner les incidences de cette disposition sur l'autonomie des parties et déterminer si les objectifs du projet d'instrument pourraient être réalisés de telle sorte à mieux cadrer avec cette autonomie.

F. Article 80 *bis* de la variante A et article 80 de la variante B du projet d'instrument

21. Le Groupe de travail III peut souhaiter se demander si le principe énoncé dans les projet d'article 80 *bis* de la variante A et le projet d'article 80 de la variante B serait mieux reflété dans le projet d'article 78, en remplaçant les mots "tout litige relatif au contrat de transport" par les mots "tous litiges qui se sont élevés ou pourraient s'élever".

II. Principes de base de l'arbitrage international non pris en compte dans le projet d'instrument

22. Le Groupe de travail III peut souhaiter examiner plusieurs principes de base qui ne sont pas actuellement pris en compte dans le projet d'instrument. Il se peut que le Groupe de travail préfère que le projet d'instrument ne dise mot de ces principes. Une autre possibilité serait de faire référence de manière générale à la loi d'arbitrage applicable. Ceci n'assurerait pas une conformité parfaite dans le détail. De plus, le Groupe de travail peut souhaiter déterminer s'il convient d'approfondir les travaux concernant l'arbitrage maritime afin d'établir une plus grande conformité. Le Groupe de travail peut aussi souhaiter encourager les États qui envisagent de ratifier le projet d'instrument à envisager de promulguer aussi la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international.

23. Le premier de ces principes de base est l'autonomie des parties, selon laquelle le droit de l'arbitrage définit des règles par défaut, les parties étant libres de déterminer d'un commun accord les règles de la procédure, dans le cadre des règles contraignantes internationalement acceptées. La plupart des dispositions de la Loi type et du droit moderne de l'arbitrage sont conçues comme étant des règles par défaut, qui s'appliquent à moins que les parties n'en décident autrement.

24. Un autre principe qui a été énoncé dans la plupart des instruments juridiques prévoyant l'arbitrage est un article semblable à l'article 8 de la Loi type, lequel établit la relation entre un tribunal et un tribunal arbitral lorsqu'un tribunal est saisi d'une action quant au fond qui pourrait faire l'objet d'une convention d'arbitrage.

25. Le Groupe de travail peut aussi souhaiter déterminer si les travaux en cours du Groupe de travail II concernant un ensemble de règles applicables aux mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux, et la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires ordonnées par les tribunaux arbitraux et par les tribunaux.

26. Enfin, le Groupe de travail peut souhaiter se demander s'il convient de faire explicitement référence à la Convention de New York au chapitre 18 du projet d'instrument, afin d'assurer la cohérence avec ses exigences et permettre ainsi la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales conformément à cette Convention.