



Assemblée générale

Distr.: Limitée
2 octobre 2003

Français
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Trente-neuvième session
Vienne, 10-14 novembre 2003

Règlement des litiges commerciaux

Mesures provisoires ou conservatoires

Note du secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction	1-3	2
I. 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 bis)	4-39	2
A. Texte du projet d'article 17 bis		2
B. Remarques générales concernant les nouvelles dispositions	5	5
C. Notes concernant le projet d'article 17 bis	6-39	5
II. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 ter)	40-44	12
A. Variantes soumises à l'examen du Groupe de travail	40-43	12
B. Exemples destinés à faciliter les discussions	44	13
1. Royaume-Uni – loi sur l'arbitrage de 1996 (applicable uniquement en Angleterre et au pays de Galles)		13
2. Loi allemande sur l'arbitrage – section 1033 (Code de procédure civile)		14
3. Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage (Chapitre 341 de la loi de Hong Kong)		14



Introduction

1. À sa trente-septième session (Vienne, 7-11 octobre 2002), le Groupe de travail a brièvement examiné la question de la reconnaissance et de l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires, en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 83) qui contenait un projet de texte (également reproduit au paragraphe 78 du document A/CN.9/523) (ci-après appelé "projet de disposition concernant l'exécution"). Le Groupe de travail a par ailleurs entendu un bref échange de vues (A/CN.9/523, par. 77) sur la façon dont les mesures provisoires ordonnées par des juridictions étatiques pourraient être traitées dans le contexte de la révision de l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après appelée "Loi type de la CNUDCI").

2. À sa trente-huitième session (New York, 12-16 mai 2003), le Groupe de travail a examiné la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires sur la base du projet de disposition concernant l'exécution, puis une version révisée de ce projet (ci-après appelée "le projet révisé") (reproduite au paragraphe 30 du document A/CN.9/524). Le Groupe de travail a également examiné la question d'un éventuel projet de disposition concernant le pouvoir de la juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (A/CN.9/524, par. 76 à 78).

3. La présente note, qui a été établie sur la base des délibérations et des décisions de la trente-huitième session du Groupe de travail, contient deux dispositions révisées concernant respectivement la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (partie I) et le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner de telles mesures (partie II).

I. 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 *bis*)

4. La reprise des discussions devrait être facilitée par le texte suivant, qui est une nouvelle version révisée de la disposition relative à la reconnaissance et à l'exécution des mesures provisoires ou conservatoires (ci-après appelée "projet d'article 17 *bis*").

A. Texte du projet d'article 17 *bis*

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 si:

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

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.

* 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.

Variante 2: que l'un quelconque des motifs exposés à l'article 36-1 b) i) ou ii) qui s'appliquent 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 et/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 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.

B. Remarques générales concernant les nouvelles dispositions

5. Le Groupe de travail notera que le projet d'article 17 *bis* ci-dessus et le projet d'article 17 *ter* reproduits plus loin aux paragraphes 40 et 42 seraient insérés dans la Loi type de la CNUDCI après le nouvel article 17 qui a été proposé (voir A/CN.9/WG.II/WP.123). Il voudra peut-être examiner la question de savoir si ces dispositions devront être regroupées dans un nouveau chapitre de la Loi type, qui pourrait par exemple porter le numéro IV *bis* et être intitulé "Mesures provisoires ou conservatoires". Une autre solution serait de modifier le titre actuel du chapitre IV ("Compétence du tribunal arbitral") afin de tenir compte de l'insertion de ces nouvelles dispositions.

C. Notes concernant le projet d'article 17 *bis*

Paragraphe 1 (anciens paragraphes 1 et 2 du projet révisé reproduit au paragraphe 30 du document A/CN.9/524)

6. Les paragraphes 1 et 2 du projet révisé ont été regroupés en un seul paragraphe de manière à suivre de plus près le libellé de l'article 35 de la Loi type de la CNUDCI.

7. Le paragraphe 1 du projet d'article 17 *bis* tient compte du fait que le Groupe de travail a décidé que cette disposition devrait:

- commencer par poser comme règle qu'une mesure provisoire devrait être reconnue et exécutée avant d'énoncer les motifs pour lesquels sa reconnaissance ou son exécution pouvait être refusée (A/CN.9/524, par. 28 et 34);
- comprendre le membre de phrase suivant: "Une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral, qui satisfait aux exigences de l'article 17" (voir A/CN.9/524, par. 32); et
- comprendre également les mots "quel que soit le pays dans lequel elle a été ordonnée" (voir A/CN.9/524, par. 33).

8. Les mots "sauf indication contraire du tribunal arbitral" ont été ajoutés afin de tenir compte du fait que le Groupe de travail a décidé qu'un tribunal arbitral devrait être à même d'indiquer, lorsqu'il ordonnait une mesure provisoire, que cette mesure ne faisait pas l'objet d'une demande d'exécution judiciaire (voir A/CN.9/524, par. 26 et 34).

9. Pour ce qui est du libellé, les mots "de reconnaître et" au paragraphe 2 pouvaient, selon un avis, être supprimés car l'exécution impliquait la reconnaissance. Il a toutefois été objecté qu'il fallait conserver ces mots afin d'assurer la cohérence avec les autres projets de disposition ainsi qu'avec les articles 34 et 35 de la Loi type de la CNUDCI (A/CN.9/524, par. 34). Le texte révisé rendrait apparemment cette objection caduque.

10. Les mots "formée par écrit" ont été placés entre crochets. Lorsqu'il établira le texte définitif de l'article 17 *bis*-1, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du fait que les mots "par écrit" figurent dans un certain nombre de

dispositions de la Loi type de la CNUDCI, à savoir les articles 7-2, 31-1 et 35-1. Étant donné qu'il n'y a aucune définition générale du terme "écrit" dans la Loi type et que le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision définitive concernant la révision de l'article 7-2 de la Loi type, celui-ci voudra peut-être éviter d'utiliser ce terme sauf si cela est essentiel, ou bien envisager d'ajouter une définition globale qui soit compatible avec le commerce électronique et qui se prête à une interprétation uniforme.

Note au paragraphe 1

11. Le Groupe de travail a décidé de conserver cette note, mais de remplacer les mots "sera tenu de refuser" par "peut refuser" (A/CN.9/524, par. 64 et 66).

Paragraphe 2 (ancien paragraphe 3 du projet révisé)

Remarques générales

12. À l'issue du débat sur les différents motifs de refus de rendre exécutoire une mesure provisoire prononcée par un tribunal arbitral, on a fait observer que le Groupe de travail était parvenu notamment à rapprocher un peu plus ces motifs de ceux qui étaient énumérés dans les articles 35 et 36 de la Loi type et l'article V de la Convention de New York. Il a donc été proposé de remanier ce paragraphe de sorte qu'au lieu d'énoncer chacun de ces différents motifs, il renvoie en termes plus généraux aux dispositions des articles 35 et 36 (A/CN.9/524, par. 57). Le secrétariat a été prié d'envisager la possibilité de rédiger des variantes de cette disposition de sorte que le Groupe de travail puisse s'appuyer sur des textes concrets lorsqu'il poursuivra l'examen de la question à une session ultérieure. Les alinéas a) i), ii) et iii) et b) ii) de la variante 2 donnent suite à ces suggestions. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les sous-alinéas ii) et iii) de la variante 2 du projet révisé contiennent tous les deux un renvoi à l'article 36-1 a) ii) car cette disposition traite à la fois des questions de notification et de l'impossibilité pour une partie de faire valoir ses droits.

13. Selon un autre point de vue, il faudrait éviter de faire référence aux articles 35 et 36 de la Loi type afin que les États qui n'avaient pas encore incorporé cette loi dans leur droit interne puissent plus facilement appliquer le projet de disposition concernant l'exécution. Il a été dit qu'il était préférable d'énoncer dans la Loi type des dispositions applicables à l'exécution de mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral car les principes et les règles juridiques régissant cette exécution différaient suffisamment de ceux qui régissaient l'exécution d'une sentence arbitrale (A/CN.9/524, par. 57). Les alinéas a) i), ii) et iii) et b) ii) de la variante 1 font suite à ces suggestions.

Chapeau

14. Afin d'insister sur le fait que les cas susceptibles d'entraîner un refus étaient limités, le mot "uniquement" a été ajouté avant le mot "si" (A/CN.9/524, par. 35). Afin d'harmoniser le libellé de cette disposition avec celui de l'article 36 de la Loi type de la CNUDCI ainsi que de mieux montrer les possibilités offertes à la juridiction étatique, le Groupe de travail pourrait envisager de remplacer le mot "et" par "ou".

15. La structure du paragraphe 2 tient compte de la décision prise par le Groupe de travail (A/CN.9/524, par. 62).

Alinéa a), chapeau (ancien paragraphe 1 a) du projet de disposition concernant l'exécution reproduit dans le paragraphe 78 du document A/CN.9/523)

16. Le nouveau libellé tient compte du fait qu'il a été décidé de ne pas prévoir de disposition concernant l'attribution de la charge de la preuve et de laisser à la loi applicable le soin de traiter cette question (A/CN.9/524, par. 35 et 36, 42, 58 et 60). Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le texte actuel, qui ne fait pas mention de la charge de la preuve, n'est pas incompatible avec l'approche suivie dans les articles 34 et 36 de la Loi type de la CNUDCI. Dans l'affirmative, cela pourrait conduire à des interprétations différentes, consistant par exemple à imposer la charge de la preuve à la partie demandant l'exécution ou à déduire que c'est au tribunal arbitral qu'il incombe de vérifier d'office que les conditions requises sont remplies. Si le Groupe de travail estime d'un commun accord que ce libellé différent est justifié par le fait que l'article 17 *bis* a des objectifs différents de ceux des articles 34 et 36 de la Loi type, il devrait essayer d'en exposer les raisons afin d'éviter des problèmes d'interprétation.

Alinéa a) i) (ancien alinéa a) du projet révisé et paragraphe 1 a) i) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

17. La variante 1 énonce les dispositions applicables à l'exécution de mesures provisoires prononcées par un tribunal arbitral en se fondant sur l'idée que les principes et les règles juridiques régissant l'exécution de ces mesures sont suffisamment différents de ceux régissant l'exécution d'une sentence arbitrale (A/CN.9/524, par. 57).

18. Le Groupe de travail est convenu que, pour pouvoir refuser selon son appréciation la reconnaissance et l'exécution d'une mesure provisoire, la juridiction étatique devait avoir la conviction non seulement qu'il existait un problème de fond mais aussi que ce problème était un motif de refus suffisant. Cette conception plus étendue a été largement appuyée (A/CN.9/524, par. 37). Afin d'en rendre compte de façon plus explicite, on a ajouté entre crochets dans le projet de texte une variante précisant que le problème de fond devait être de nature soit à rendre la reconnaissance ou l'exécution inappropriée, soit à rendre la mesure provisoire non exécutoire (A/CN.9/524, par. 37).

19. Il a également été noté que toute révision de l'alinéa a) du texte révisé devrait tenir compte des discussions concernant la nécessité de prévoir la constitution d'une garantie lorsqu'une mesure provisoire était accordée (A/CN.9/524, par. 39). Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si, comme cela est proposé entre crochets dans le texte, l'application de l'alinéa a) devrait être subordonné à la question de savoir si la constitution d'une garantie a été ordonnée par le tribunal arbitral en ce qui concerne la mesure provisoire dont on demande la reconnaissance et l'exécution.

Variante 2

20. Pour un compte rendu des discussions concernant cette variante, voir les paragraphes 12 et 13 plus haut.

Alinéa a) ii) (ancien paragraphe 1 a) ii) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

21. Le texte actuel comprend plusieurs variantes prévoyant que la juridiction étatique peut suspendre la procédure d'exécution jusqu'à ce que les parties:

- aient été entendues par le tribunal arbitral;
- aient eu la possibilité d'être entendues par le tribunal arbitral;
- aient été dûment informées (A/CN.9/524, par. 45).

Le Groupe de travail voudra peut-être se poser la question de savoir si les deux premières variantes n'introduisent pas une condition excessivement formaliste qui pourrait retarder inutilement l'exécution d'une mesure provisoire.

Variante 2

22. Voir les observations dont il est rendu compte plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Alinéa a) iii) (ancien paragraphe 1 a) iii) du projet de disposition concernant l'exécution)

Variante 1

23. Cet alinéa a été jugé acceptable d'une manière générale quant au fond (A/CN.9/524, par. 46). Le membre de phrase "[, 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]" a été conservé entre crochets dans cet alinéa. L'utilité de ce membre de phrase a été contestée. On a fait valoir que celui-ci décrivait uniquement l'une des nombreuses options qui seraient normalement offertes par le droit interne à une juridiction étatique lorsqu'une partie n'aurait pas eu toute possibilité de faire valoir ses droits comme l'exigeait l'article 18 de la Loi type. Il ne serait dès lors utile que dans la situation improbable où les règles de procédure du droit interne n'autoriseraient pas la juridiction étatique à ordonner la suspension de la procédure. Le Groupe de travail voudra peut-être se prononcer sur la question de savoir si ce texte devrait ou non être conservé et, dans l'affirmative, choisir entre les variantes "peut suspendre" et "suspend". Il convient de rappeler que, selon un point de vue, la variante "peut suspendre" serait préférable afin de laisser à la juridiction étatique la latitude la plus large possible (A/CN.9/524, par. 46).

Variante 2

24. Voir les observations faites plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Alinéa a) iv) (ancien paragraphe 1 a) iv) du projet de disposition concernant l'exécution)

25. Cet alinéa a été jugé acceptable d'une manière générale quant au fond. Les mots "ou par une décision d'une juridiction étatique compétente" ont été ajoutés pour tenir compte du cas où une mesure provisoire a été annulée par une juridiction étatique du pays du siège de l'arbitrage (A/CN.9/524, par. 47).

Alinéa b) i) (ancien paragraphe 1 b) i) du projet de disposition concernant l'exécution)

26. Dans la version précédente de cet alinéa, il était fait mention des "règles de procédure". Comme l'a décidé le Groupe de travail, les mots "de procédure" ont été supprimés pour tenir compte du fait que le droit procédural présentait des différences considérables d'un pays à l'autre et que les frontières entre le droit substantiel et le droit procédural variaient également selon les pays (A/CN.9/524, par. 48). On a dit par ailleurs qu'une juridiction étatique pouvait refuser de reconnaître ou d'exécuter une mesure provisoire parce qu'elle était incompatible avec les pouvoirs qui lui étaient conférés par le droit substantiel qui lui était applicable.

27. Le nouveau libellé tient compte du fait que le Groupe de travail a décidé d'intégrer dans cet alinéa le paragraphe 4 du projet de disposition concernant l'exécution qui était ainsi libellé: "en reformulant la mesure provisoire ou conservatoire en vertu du paragraphe 1 b) i), la juridiction étatique n'en modifie pas la teneur" (A/CN.9/524, par. 49).

Alinéa b) ii) (ancien paragraphe 1 b) ii) du projet de disposition concernant l'exécution)*Variante 1*

28. Comme l'a décidé le Groupe de travail, les mots "du présent État" ont été supprimés car on a estimé qu'ils étaient superflus, même s'ils apparaissaient à l'article 36 1) b) ii) de la Loi type de la CNUDCI (A/CN.9/524, par 50 et 51).

29. Dans cette disposition, le membre de phrase "ordre public du présent État" a été remplacé par "ordre public reconnu par la juridiction étatique" (A/CN.9/524, par. 38 et 52). Le Groupe de travail se souviendra que le terme "ordre public" avait été considéré comme une notion très vague qu'il n'était pas possible de définir dans un certain nombre de pays et qu'il existait au moins trois types différents d'ordres publics: l'ordre public interne, c'est-à-dire l'ensemble des dispositions impératives de la législation nationale, les règles d'ordre public expressément prévues dans la législation interne pour les relations internationales et l'ensemble très restreint de règles établies au niveau transnational, parfois appelé "ordre public international".

30. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les conséquences que pourrait avoir un éventuel manque de cohérence entre cet alinéa et d'autres dispositions de la Loi type de la CNUDCI, à savoir l'alinéa b) ii) de l'article 34 et l'alinéa b) ii) de l'article 36, et déterminer s'il conviendrait, pour contribuer à une interprétation uniforme, de définir le terme "ordre public" aux fins de la Loi type de la CNUDCI.

Variante 2

31. Voir les observations faites plus haut dans les paragraphes 12 et 13.

Paragraphe 3 (ancien paragraphe 4 du projet révisé)

32. Le nouveau libellé tient compte des préoccupations qui avaient été exprimées au sein du Groupe de travail concernant le risque qu'une juridiction étatique, en connaissant d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire, ne porte atteinte au droit du tribunal arbitral de déterminer sa propre compétence (A/CN.9/524, par. 22 et 40).

33. Le Groupe de travail a décidé d'ajouter les mots "prise par la juridiction étatique" après le mot "décision" afin qu'il apparaisse plus clairement que le paragraphe visait une juridiction étatique et non un tribunal arbitral et de mieux faire ressortir le lien entre ce paragraphe et le paragraphe 2 (ancien paragraphe 3 du texte révisé) (A/CN.9/524, par. 56).

Paragraphe 4 (ancien paragraphe 3 du projet de disposition concernant l'exécution)

34. Afin de tenir compte du fait que, conformément à ce qu'avait décidé le Groupe de travail, l'obligation de notification devait s'étendre également à la période suivant le prononcé d'une ordonnance d'exécution, le membre de phrase "la partie qui cherche à faire exécuter" a été remplacée par "la partie qui cherche à obtenir ou a obtenu une ordonnance d'exécution" (A/CN.9/524, par. 69).

Paragraphe 5 (nouvelle disposition)

35. Comme l'a demandé le Groupe de travail, cette nouvelle disposition traite de la question de savoir si une juridiction étatique saisie d'une demande d'exécution d'une mesure provisoire devrait pouvoir ordonner au demandeur de constituer une garantie (A/CN.9/524, par. 72 à 75).

36. La variante A dispose qu'une juridiction étatique a le pouvoir d'ordonner la constitution d'une garantie et comprend une option entre crochets visant à ne lui reconnaître ce pouvoir que dans les cas où un tribunal arbitral n'a pas déjà ordonné la constitution d'une telle garantie, ainsi qu'une autre option lui reconnaissant ce pouvoir lorsqu'un tribunal arbitral a déjà ordonné la constitution d'une garantie, mais qu'elle juge cette mesure inappropriée ou insuffisante compte tenu des circonstances. La variante B dispose simplement qu'une juridiction étatique peut à sa discrétion ordonner la constitution d'une garantie pour frais. Cette variante aurait pour résultat que la question de l'étendue de ce pouvoir ainsi que tout conflit éventuel avec une décision antérieure d'un tribunal arbitral concernant la constitution d'une garantie seraient réglés par la juridiction étatique en application d'une loi autre que la Loi type de la CNUDCI. Le texte de la variante C a pour objet de tenir compte de la suggestion selon laquelle le pouvoir d'une juridiction étatique devrait être limité à la question de savoir s'il faut faire exécuter ou non une mesure provisoire. Le texte proposé dispose expressément que ce pouvoir ne devrait pas inclure celui d'examiner la mesure provisoire quant au fond. Si cette variante était retenue, le projet d'article ne contiendrait aucune disposition reconnaissant expressément à la juridiction étatique le droit d'ordonner la constitution d'une garantie lors de la reconnaissance ou de l'exécution d'une mesure provisoire. La

variante D donnerait à la juridiction étatique le pouvoir d'ordonner la constitution d'une garantie uniquement pour protéger les droits des tiers. Comme le terme "tiers" n'est pas défini, le Groupe de travail souhaitera peut-être en préciser le sens si la variante D était retenue.

37. Le Groupe de travail voudra peut-être poursuivre l'examen de la question de la constitution d'une garantie pour frais ordonnée par une juridiction étatique à la lumière des Conventions de La Haye relatives à la procédure civile de 1905 et 1954, qui interdisent d'imposer la constitution de telles garanties aux nationaux des États signataires. L'article 17 de la Convention de La Haye de 1954 relative à la procédure civile est ainsi libellé:

“Aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison, soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États.

La même règle s'applique au versement, qui serait exigé des demandeurs ou intervenants, pour garantir les frais judiciaires.

Les conventions, par lesquelles les États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile, continueront à s'appliquer.”

Paragraphe 6 de la nouvelle version (ancien paragraphe 5 du projet de disposition concernant l'exécution)

38. Ce paragraphe n'a pas été examiné à la trente-huitième session du Groupe de travail.

Copie certifiée conforme

39. L'article 35-2 de la Loi type dispose que “la partie qui invoque la sentence ou qui en demande l'exécution doit en fournir l'original dûment authentifié ou une copie certifiée conforme, ainsi que l'original de la convention d'arbitrage ... ou une copie certifiée conforme”. Cet article dispose en outre que “si ladite sentence ou ladite convention n'est pas rédigée dans une langue officielle du présent État, la partie en produira une traduction dûment certifiée dans cette langue”. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'une manière générale qu'il fallait éviter, dans le libellé du paragraphe 1, “de s'écarter inutilement du texte des articles 35 et 36” (A/CN.9/524, par. 57). Par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si un libellé inspiré de l'article 35-2 devrait être inclus dans le texte actuel.

II. Projet de disposition concernant le pouvoir des juridictions étatiques d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage (destiné à être inséré dans la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international en tant que nouvel article, numéroté provisoirement 17 *ter*)

A. Variantes soumises à l'examen du Groupe de travail

40. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a examiné la question d'un éventuel projet de disposition concernant le pouvoir de la juridiction étatique d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires à l'appui d'un arbitrage, en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.119) et, en particulier, sur un projet de disposition ainsi libellé:

“La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure.”

41. L'idée d'une disposition qui conférerait à une juridiction étatique le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires, quel que soit le pays où a lieu l'arbitrage, a été généralement appuyée. Il a été souligné que le champ d'application de la disposition ne cadrerait pas avec la règle de territorialité exprimée dans la Loi type. Il a été convenu d'une manière générale que, lors de l'élaboration du texte révisé, il faudrait envisager la possibilité d'adapter le paragraphe 2 de l'article premier en vue d'étendre l'exception à l'application territoriale de la Loi type (A/CN.9/524, par. 78). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier le paragraphe 2 de l'article premier afin d'ajouter un renvoi à une disposition conférant à une juridiction étatique le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ou conservatoires même si l'arbitrage a lieu en dehors du pays où se trouve cette juridiction.

42. Les variantes ci-après sont proposées pour faciliter la poursuite des débats sur cette question.

Variante 1

“La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une procédure juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure et elle exerce ce pouvoir conformément à ses propres règles et procédures, dans la mesure où celles-ci sont adaptées aux particularités d'un arbitrage international.”

Variante 2

“La juridiction étatique dispose, pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir que celui qui lui est reconnu aux fins d'une

procédure juridictionnelle ou en relation avec une telle procédure. Ce pouvoir est exercé conformément aux dispositions énoncées à l'article 17 dans la mesure où celles-ci peuvent être appliquées."

43. Les deux variantes suivent une approche différente pour ce qui est des critères et des normes applicables aux mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique. La variante 1 vise à donner effet à la suggestion selon laquelle la juridiction étatique devrait appliquer ses propres règles de procédure et ses propres normes. La variante 2 traduit le point de vue selon lequel les critères et normes énoncés à l'article 17 devraient s'appliquer aux juridictions étatiques. Il a été reconnu d'une manière générale que toute référence à des normes existantes devrait laisser à la juridiction étatique une marge d'adaptation aux particularités de l'arbitrage international (A/CN.9/524, par. 77).

B. Exemples destinés à faciliter les discussions

44. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les dispositions législatives nationales ci-après, qui apportent des réponses différentes à la question de savoir s'il faut donner aux juridictions étatiques le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires ou conservatoires. Les points essentiels à examiner lors de l'élaboration d'une telle disposition sont les suivants: ce pouvoir doit-il être réservé uniquement aux tribunaux arbitraux ou peut-il être exercé à la fois par un tribunal arbitral et une juridiction étatique. Si cette dernière option était retenue, il faudrait s'interroger sur la répartition de ce pouvoir entre les juridictions étatiques et les tribunaux arbitraux et notamment déterminer si la juridiction étatique ne devrait l'exercer que dans les cas où le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué; si la présentation d'une demande de mesures provisoires à une juridiction étatique devrait être subordonnée au consentement des parties et notifiée au tribunal arbitral; si la juridiction étatique ne devrait pouvoir ordonner des mesures provisoires que si l'arbitre ne pouvait pas agir efficacement ou que les parties étaient convenues que l'arbitre n'était pas habilité à ordonner de telles mesures. Une autre solution pourrait être de laisser aux parties le soin de répartir ces pouvoirs (pour un compte rendu des discussions antérieures sur les mesures provisoires ordonnées par une juridiction étatique, voir A/CN.9/WG.II/WP.119, par. 19 à 33, 37 à 40, 44 à 48 et 75 à 82).

1. Royaume-Uni – loi sur l'arbitrage de 1996 (applicable uniquement en Angleterre et au pays de Galles)

"44. - 1) Sauf convention contraire des parties, la juridiction étatique dispose, aux fins d'une procédure d'arbitrage ou en relation avec une telle procédure, du même pouvoir de rendre des ordonnances concernant les matières énumérées ci-après que celui dont elle dispose aux fins d'une procédure judiciaire ou en relation avec une telle procédure.

2) Ces matières sont:

- a) l'obtention de témoignages;
- b) la sauvegarde des éléments de preuve;

c) la prise d'ordonnances concernant les biens faisant l'objet de la procédure ou au sujet desquels une question quelconque se pose lors de la procédure:

i) aux fins de l'inspection, de la photographie, de la protection, de la garde ou de la détention de ces biens, ou

ii) demandant qu'il soit procédé au prélèvement d'échantillons, à une observation quelconque ou à une expérience sur ces biens;

et autorisant à cet effet toute personne à pénétrer dans tout immeuble dont une partie à l'arbitrage a la possession ou le contrôle;

d) la vente de toute marchandise faisant l'objet de la procédure;

e) l'octroi de mesures provisoires ou la nomination d'un administrateur judiciaire.

3) Si l'affaire a un caractère urgent, la juridiction étatique peut, à la demande d'une partie à la procédure d'arbitrage engagée ou envisagée, prendre les ordonnances qu'elle juge nécessaires pour sauvegarder des éléments de preuves ou des avoirs.

4) Si l'affaire ne revêt pas un caractère urgent, la juridiction étatique n'agit que sur demande d'une partie à la procédure d'arbitrage (après information des autres parties et du tribunal arbitral) formée avec l'autorisation du tribunal arbitral ou l'accord écrit des autres parties.

5) En tout état de cause, la juridiction étatique n'agit que si ou dans la mesure où le tribunal arbitral et toute institution arbitrale ou autre ou toute personne que les parties ont investi du pouvoir à cet égard ne dispose pas de ce pouvoir ou est alors dans l'incapacité d'agir efficacement.

6) Si la juridiction étatique en décide ainsi, une ordonnance qu'elle a rendue en vertu de la présente section cesse d'avoir effet totalement ou en partie sur décision du tribunal arbitral, de toute institution arbitrale ou autre ou de toute personne habilitée à agir en ce qui concerne l'objet de cette ordonnance.

7) L'autorisation de la juridiction étatique est requise pour faire appel d'une décision rendue par celle-ci en vertu de la présente section."

2. Loi allemande sur l'arbitrage – section 1033 (Code de procédure civile)

"Convention d'arbitrage et mesures provisoires prononcées par une juridiction étatique

Le fait pour la juridiction étatique d'accorder, à la demande d'une partie, avant ou pendant une procédure arbitrale, une mesure provisoire ou conservatoire ayant trait à l'objet de l'arbitrage n'est pas incompatible avec une convention d'arbitrage."

3. Ordonnance de Hong Kong sur l'arbitrage (chapitre 341 de la loi de Hong Kong)

"1) La Cour ou un juge de la Cour peut, en ce qui concerne une procédure d'arbitrage donnée, prendre l'une quelconque des mesures ci-après:

- a) Ordonner la constitution d'une sûreté en garantie d'un montant en litige;
 - b) S'agissant des biens à prendre en considération:
 - i) d'ordonner au tribunal arbitral, à une partie à la procédure ou à un expert d'inspecter, de photographier, de protéger, de garder, de détenir ou de vendre les biens; ou
 - ii) d'ordonner qu'il soit procédé au prélèvement d'échantillons, à des observations ou à des expériences sur les biens;
 - c) Prononcer une injonction provisoire ou ordonner toute autre mesure provisoire.
- 2) Un bien est à prendre en considération aux fins de la sous-section 1) b):
- a) Si ce bien appartient à une partie à la procédure d'arbitrage ou est en sa possession; et
 - b) Si ce bien fait l'objet de la procédure ou si toute question le concernant s'est posée lors de cette procédure.
- 3) La Cour ou un juge de la Cour peut ordonner à une personne d'assister à la procédure devant un tribunal arbitral pour témoigner ou produire des documents ou d'autres éléments de preuve matériels.
- 4) La Cour ou un juge de la Cour peut également ordonner la délivrance d'un bref d'*habeas corpus ad testificandum* exigeant qu'un prisonnier soit présenté à un tribunal arbitral pour être entendu.
- 5) Les pouvoirs conférés par la présente section peuvent être exercés indépendamment de la question de savoir si des pouvoirs similaires peuvent ou non être exercés en application de la section 2GB en ce qui concerne le même litige.
- 6) La Cour ou un juge de la Cour peut refuser de rendre une ordonnance en vertu de la présente section en ce qui concerne une matière visée à la sous-section 1) au motif que
- a) Cette matière fait actuellement l'objet d'une procédure d'arbitrage; et
 - b) La Cour ou le juge considère qu'il est plus opportun que cette matière soit traitée par le tribunal arbitral compétent."
-