

**Université Paris II Panthéon-Assas  
Institut de droit comparé**

**Master 2 Recherche « Droit Européen Comparé »  
Sous la direction de Madame le Professeur Marie GORE  
2018-2019**



**UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS**

**L'OBTENTION DES PREUVES EN ARBITRAGE INTERNATIONAL :  
UN CONSENSUS ENTRE LES SYSTEMES DE *CIVIL LAW* ET DE *COMMON LAW*  
*Approche comparative des droits français et américain***

**Victoria THIEBART**

**Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Malik LAZOUZI**



**HARVARD  
LAW SCHOOL**

## RESUME

Evoquer le droit de la preuve dans une étude comparée entre les droits français et américain de l'arbitrage international nous conduit inévitablement à nous intéresser aux particularités des règles procédurales pratiquées en la matière dans les pays de *civil law* et de *common law*, généralement considérés comme les deux plus grands systèmes juridiques contemporains.

L'arbitrage international a évolué de telle manière qu'aujourd'hui cette forme de justice privée a été amenée à intégrer des éléments de ces deux traditions, à combiner des normes nationales et transnationales et à œuvrer à la mise en place progressive d'une procédure arbitrale internationale et de règles de preuves communes.

L'arbitrage international est aujourd'hui confronté à une crise de légitimité et à des dérives liées aux coûts et aux délais des procédures dénoncées par la pratique.

Dans un tel contexte, poser la question de l'obtention des preuves en arbitrage international revient à se poser d'infinies questions, à la croisée des faits et du droit, allant de la recherche de la vérité à la distinction entre le substantiel et le processuel, entre l'inquisitoire et l'accusatoire, entre légalité des preuves et liberté de la preuve. L'obtention des preuves est être une étape cruciale dans le contentieux arbitral international.

C'est sous l'angle des droits de *civil law* et de *common law*, des droits français et américain de l'arbitrage international, des règlements institutionnels et des règles codifiées en matière probatoire que seront appréhendées les tentatives d'harmonisation des règles de procédure et d'administration de preuves.

Au lendemain de l'adoption des règles de Prague proposant une alternative aux règles de l'IBA sur l'obtention des preuves, se pose également la question de la pertinence de la création d'une *Lex Mercatoria* de la preuve.

## **REMERCIEMENTS**

J'adresse mes sincères remerciements :

A Monsieur le professeur Malik Laazouzi pour avoir accepté de diriger ce mémoire de recherche, à Madame le professeur Marie Goré ainsi qu'aux autres enseignants du Master.

A Madame Le Saux et Monsieur Corbellini pour leur accueil toujours chaleureux et le temps qu'ils nous ont toujours consacrés.

A mes parents et à Alexis pour m'avoir soutenue et encouragée durant toutes ces années.

A la Harvard Law School Library et à son personnel.

A mes colocataires de Boston, Nezha, Celia, Alix et Margherita pour ce séjour inoubliable à Boston.

A toute la promotion 2018/2019 du Master Droit Européen Comparé.

## SOMMAIRE

RESUME .....	2
REMERCIEMENTS .....	3
SOMMAIRE .....	4
LISTE DES ABREVIATIONS .....	7
INTRODUCTION .....	8

### PARTIE I

<b>L'OBTENTION DES PREUVES DANS LA PRATIQUE ARBITRALE INTERNATIONALE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS .....</b>	<b>21</b>
--	-----------

#### CHAPITRE PRELIMINAIRE

<b>LES TRAITES FONDAMENTAUX DES TRADITIONS DE CIVIL LAW ET DE COMMON LAW .....</b>	<b>23</b>
--	-----------

<b>I – La conduite de l'instance dans les procédures inquisitoire et accusatoire .....</b>	<b>24</b>
--	-----------

<b>A – La conduite de l'instance dans la procédure inquisitoire .....</b>	<b>27</b>
---	-----------

1. Le rôle du juge : des pouvoirs étendus
2. Une coopération active des parties et de leurs conseils

<b>B – La conduite de l'instance dans la procédure accusatoire .....</b>	<b>29</b>
--	-----------

1. Le rôle du juge : des pouvoirs limités
2. L'influence déterminante des parties et des avocats

<b>II – L'administration de la preuve dans les procédures inquisitoriale et accusatoire .....</b>	<b>32</b>
---	-----------

<b>A – L'obtention des preuves dans la procédure inquisitoriale .....</b>	<b>33</b>
---	-----------

1. Prédominance du caractère écrit de la preuve
2. Les preuves testimoniales

<b>B – L'obtention des preuves dans la procédure accusatoire .....</b>	<b>37</b>
--	-----------

1. Rôle secondaire de la preuve documentaire dans la procédure accusatoire
2. Le rôle prépondérant des preuves testimoniales

#### CHAPITRE I

<b>LES REGLES DE PROCEDURE ARBITRALE INTERNATIONALE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS .....</b>	<b>42</b>
---	-----------

<b>I – Le cadre légal de l'arbitrage international en France et aux Etats-Unis .....</b>	<b>43</b>
--	-----------

<b>A - Les réglementations applicables en arbitrage international .....</b>	<b>44</b>
---	-----------

1. Les dispositions du droit français
2. Les dispositions du droit américain

<b>B – Quand les deux législations se rencontrent : entre coopération et blocage .....</b>	<b>49</b>
--	-----------

1. Les dispositions de l'article 28 U.S Code §1782 : un travail collectif pour une meilleure obtention de preuve
2. Les lois de blocage en France : un choc culturel

<b>II – Consécration du principe de liberté des parties dans la détermination du cadre procédural en France et aux Etats-Unis .....</b>	<b>51</b>
---	-----------

<b>A – Un large pouvoir d'appréciation conféré aux parties et au tribunal arbitral.....</b>	<b>52</b>
---	-----------

1. Les spécificités en France
2. Les spécificités aux Etats-Unis

<b>B – Les limites à la liberté contractuelle : le respect des principes fondamentaux de procédure et de l'ordre public international en droits français et américain.....</b>	<b>55</b>
--	-----------

1. Les spécificités en France
2. Les spécificités aux Etats-Unis

## **CHAPITRE II**

### **L'OBTENTION DES PREUVES DANS LES PROCEDURES ARBITRALES INTERNATIONALES**

**EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS .....59**

**I – Les modes de preuve privilégiés en France et aux Etats-Unis .....59**

**A – Les preuves documentaires : écrites et numériques .....60**

1. Les preuves écrites sur support papier

2. Les preuves écrites sur support électronique

**B – Les preuves testimoniales : témoignages et expertises .....62**

1. Les témoignages en droit français

2. Les témoignages en droit américain

**II – L'obtention des preuves dans les procédures arbitrales internationales de**

**droits français et américain .....63**

**A – Le rôle des parties en droits français et américain .....64**

**B – La production de preuves écrites .....65**

**C – La procédure de *discovery* atténuée .....66**

**D – Le contre-interrogatoire ou cross-examination .....67**

## **PARTIE II**

### **L'OBTENTION DES PREUVES DANS LA PRATIQUE ARBITRALE INTERNATIONALE**

#### **INSTITUTIONNELLE : UN LIEU DE RENCONTRE ENTRE TRADITIONS DE *CIVIL LAW* ET**

**DE *COMMON LAW* .....68**

## **CHAPITRE PRELIMINAIRE**

### **LES TENTATIVES D'HARMONISATION DES REGLES DE PROCEDURE EN ARBITRAGE**

**INTERNATIONAL .....71**

**I – Un contexte international propice à l'harmonisation .....71**

**A – L'apport des conventions de droit international .....71**

**B – L'apport des règles de *soft law* .....72**

**II - L'adoption des règlements institutionnels .....73**

**A – Un cadre rassurant pour les parties et les praticiens .....73**

**B – Un règlement en pleine évolution : aperçu de droit comparé .....74**

**III – La volonté d'harmonisation et de codification en matière de procédure**

**internationale et d'administration de la preuve .....75**

**A – L'adoption des règles IBA : *IBA rules on the Taking of Evidence*.....75**

1. Le contenu des règles IBA

2. Les caractéristiques des règles IBA

3. Objectifs des règles de l'IBA

4. Une tentative d'harmonisation testée

**B – Les règles de Prague .....78**

## **CHAPITRE I**

### **LE CONSTAT : INFLUENCES CROISEES DES DEUX SYSTEMES JURIDIQUES EN MATIERE**

**D'OBTENTION DE PREUVES .....79**

**I – Le développement d'une pratique commune en matière d'arbitrages institutionnels .....80**

**A – Le cadre procédural : une garantie de consensualisme et de prévisibilité .....81**

1. L'application des règles d'arbitrage institutionnel

2. Les ordonnances de procédure : l'accord entre les parties et le tribunal arbitral

3. Le questionnaire procédural

<b>B - Le déroulement de l'instance : une phase écrite influencée par la tradition de <i>civil law</i> et une phase orale par la tradition de <i>common law</i> .....</b>	<b>82</b>
1. Avant l'audience	
2. L'audience	
3. Après l'audience	
4. La clôture des débats	
<b>II – Les emprunts aux deux systèmes juridiques en matière probatoire .....</b>	<b>84</b>
<b>A – L'obtention des preuves documentaires : écrites et numériques .....</b>	<b>84</b>
1. Les règles de la CCI et du CIRD-AAA en matière de preuve	
2. Les règles IBA : des efforts d'harmonisation compromis	
<b>B – L'obtention des preuves testimoniales : la combinaison des deux systèmes .....</b>	<b>92</b>
1. L'influence de la tradition de <i>civil law</i>	
2. L'influence de la tradition de <i>common law</i>	
<b>CHAPITRE II</b>	
<b>LE MULTICULTURALISME JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL :</b>	
<b>UN FREIN OU UN LEVIER A LA CREATION D'UN DROIT TRANSNATIONAL DE LA PREUVE ? .....</b>	<b>98</b>
<b>I – Les règles de Prague adoptées en 2018 : alternative, aboutissement</b>	
<b>ou remise en cause des IBA Rules ?.....</b>	<b>98</b>
<b>A – Les objectifs poursuivis par les rédacteurs des règles de Prague .....</b>	<b>99</b>
1. Réduire la durée et le coût de la procédure d'arbitrage	
2. Renforcer l'efficacité	
<b>B – La question probatoire dans les règles de Prague et les règles de l'IBA :</b>	
<b>divergences, similitudes, et nouveautés .....</b>	<b>100</b>
1. Le contenu des règles de Prague	
2. Les divergences	
3. Les similitudes	
4. La nouveauté : l'assistance au règlement amiable	
<b>C – Quel avenir pour les règles de Prague ? .....</b>	<b>108</b>
<b>II– Vers la création d'une <i>Lex Mercatoria (ou droit transnational) de la preuve :</i></b>	
<b>un idéal de justice arbitrale ?.....</b>	<b>109</b>
<b>A – La pertinence d'un droit de la preuve transnational se détachant</b>	
<b>des traditions juridiques de <i>civil law</i> et de <i>common law</i>.....</b>	<b>110</b>
1. La théorie de la <i>Lex Mercatoria</i> : intérêt en droit de la preuve	
2. Des précédents en matière de contentieux international	
<b>B – L'émergence d'une <i>Lex Mercatoria</i> de la preuve :</b>	
<b>entre divergences et convergences .....</b>	<b>116</b>
1. Les critiques opposées à l'élaboration d'un véritable droit transnational de la	
preuve	
2. Des tendances en faveur d'une <i>Lex Mercatoria</i> de la preuve se dégageant	
néanmoins de la pratique arbitrale	
<b>CONCLUSION.....</b>	<b>118</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>119</b>

## LISTE DES ABREVIATIONS

<b>AAA</b>	American Arbitration Association
<b>CIRD</b>	Centre International par le Règlement des Différends
<b>CPC</b>	Code de Procédure Civile
<b>CCI</b>	Chambre de Commerce Internationale (1925)
<b>FAA</b>	Federal Arbitration Act (1925)
<b>FRCP</b>	Federal Rules of Civil Procedure (1938)
<b>IBA</b>	International Bar Association
<b>IBA Rules</b>	International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010)
<b>USA</b>	United States of America
<b>UK</b>	United Kingdom
<b>LCIA</b>	London Court of International Arbitration
<b>New York Convention</b>	Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958
<b>ONU</b>	Organisation des Nations Unies
<b>CNUDCI</b>	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International
<b>AFA</b>	Association Française de l'Arbitrage
<b>OMC</b>	Organisation Mondiale du Commerce
<b>ORD</b>	Organe de Règlement des Différends
<b>FRE</b>	Federal Rules of Evidences
<b>ILA</b>	International Law Association
<b>CPR</b>	Civil Procedure Rules (UK)

## INTRODUCTION

« Prouver c'est, de la part de l'une des parties, soumettre au juge saisi d'une contestation, des éléments de conviction propres à justifier la vérité d'un fait qu'elle allègue et que l'autre dénie, fait que sans cela le juge ne serait ni obligé, ni même autorisé à tenir pour vrai »<sup>1</sup>

*Take nothing on its looks, take everything on evidence.  
There's no better rule.*<sup>2</sup>

A l'heure où l'on songe à réformer l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui ne semble plus, pour certains, être adaptée au XXIème siècle<sup>3</sup> et où l'Organe de Résolution des Différends (ORD) est menacé de paralysie par les Etats-Unis, l'accusant de s'ériger en Cour Suprême du commerce international, le monde de l'arbitrage international est en pleine évolution. Véritable figure de proue du modernisme juridique,<sup>4</sup> cette justice privée de source conventionnelle est marquée, aujourd'hui, par la nécessité de se remettre en question et d'apporter des solutions aux dérives qui lui sont reprochées.

Ce mode privilégié de règlement des différends du commerce international ne répondrait plus aux impératifs d'efficacité et de célérité qui l'ont toujours caractérisé, notamment en raison des techniques probatoires que certains jugent inadaptées aux procédures arbitrales actuelles.

Dans un tel contexte, poser la question de l'obtention des preuves en arbitrage international revient à se poser d'infinies questions, à la croisée des faits et du droit, allant de la recherche de la vérité, à la distinction entre le substantiel et le processuel, entre l'inquisitoire et l'accusatoire, entre légalité des preuves et liberté de la preuve<sup>5</sup>.

Par principe, un droit qui ne peut être prouvé est un droit qui n'existe pas, ainsi que l'exprime l'adage *idem est non esse et non probari*<sup>6</sup>.

Que le contentieux soit judiciaire ou arbitral, la question probatoire est nécessairement au cœur des débats, même si elle revêt une importance toute particulière, lorsque le choix des règles de preuve est laissé aux parties et à défaut d'accord, au pouvoir d'appréciation des

---

<sup>1</sup> AUBRY ET RAU, Droit civil français, 6ème éd. par Paul Esmein, T. 2, Librairie Technique, 1958, p. 50.

<sup>2</sup> Ne jugez rien sur l'apparence, ne jugez jamais rien que sur des preuves. Il n'y a pas de meilleure règle. C. Dickens, *Great Expectations*.

<sup>3</sup> M.P. VIRARD, Une OMC adaptée au XXIème siècle : que devons-nous changer ? Echanges Internationaux ICC, Janvier 2019, n° 113.

<sup>4</sup> J.B. RACINE, Droit de l'arbitrage, THEMIS Droit PUF

<sup>5</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Les traditions probatoires en droit processuel* (procès civil, pénal et administratif), in *La preuve : regards croisés*. Actes du colloque organisé à la Cour de Cassation par l'Institut de Recherche pour un Droit attractif (IRDA). Editions Dalloz 2015, pp. 111-112.

<sup>6</sup> Adage latin signifiant un droit qui ne peut être prouvé est un droit qui n'existe pas.



tribunaux arbitraux. L'exercice de cette autonomie de la volonté des parties aura nécessairement des répercussions sur leurs chances de succès, la mission du tribunal arbitral, l'administration de la preuve, le rôle des témoins ou encore des experts.

Loin du cadre étatique, les parties, souvent originaires des quatre coins du monde et issues de cultures juridiques très différentes, peuvent très vite se trouver confrontées à des difficultés d'ordre pratique considérables pour obtenir les preuves utiles, qu'elles souhaitent invoquer au soutien de leurs prétentions. Pour limiter ces difficultés, elles s'efforcent d'organiser, en amont, les modalités de règlement d'un éventuel contentieux, au mieux avant que le litige ne survienne ou au pire, une fois que le différend est déjà intervenu.

Par opposition aux tribunaux judiciaires, les arbitres n'ont pas de for. C'est pourquoi, ils sont amenés, conformément à la mission qui leur a été confiée, leur nationalité et celle des parties en cause, la culture juridique prédominante, *civil law* ou *common law* ou encore le lieu où se déroule l'instance, à faire application de règles de procédure et de preuve n'émanant pas d'un seul système juridique mais plutôt d'un ensemble composite de règles transnationales.

Dans ce contexte très particulier, la mise en œuvre des techniques probatoires choisies par les parties et à défaut par les arbitres est une étape cruciale pour parvenir à la résolution du contentieux arbitral international.

L'objet de la présente étude est de dégager les principaux axes permettant de comparer, en matière d'obtention de preuves, les approches des droits français et américains de l'arbitrage international. Dans les propos introductifs qui vont suivre, nous tâcherons de donner un aperçu, parfois précis, des principaux concepts qui seront utiles pour appréhender les fonctions de l'arbitrage comme mode privilégié de résolution des litiges du commerce international (I) et le régime de la preuve dans l'arbitrage international (II), faire un point sommaire sur les tentatives d'harmonisation en matière de procédure et de règles de preuve (III) et enfin, évoquer les problématiques (IV) et annonce du plan du présent mémoire (V).

Tous nos développements auront comme finalité de nous interroger sur la pertinence ou non de créer, en matière d'arbitrage international, une *lex mercatoria* de la preuve, qui se détacherait des systèmes de *civil law* et de *common law*.

## **I – L'arbitrage : le mode privilégié de résolution des litiges du commerce international**

Si l'arbitrage international existe depuis des siècles, il s'est considérablement développé depuis l'adoption de la convention de New York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales internationales. La France et les Etats-Unis l'ont ratifiée respectivement les 26 juin 1959 et 30 septembre 1970.

L'arbitrage a connu une popularité croissante au cours des dernières décennies<sup>7</sup>, pour devenir progressivement le principal mode de résolution de conflits internationaux. C'est l'une des conséquences de la mondialisation croissante des échanges commerciaux et du développement des contrats d'investissements<sup>8</sup>.

-Définitions. L'arbitrage est, selon Charles JARROSSON, *l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci*.<sup>9</sup> Ce mode de résolution des litiges a ainsi la particularité de soustraire aux juridictions étatiques, pour le soumettre à des personnes privées librement choisies par des parties, la résolution d'un contentieux, qui donnera lieu au prononcé d'une sentence exécutoire. L'arbitrage peut être interne ou international, la notion d'arbitrage international étant, par essence, variable d'un pays à l'autre.

En droit de l'arbitrage français, les rédacteurs du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, ne précisent pas la notion d'arbitrage interne<sup>10</sup>, mais donnent en revanche une définition de l'arbitrage international aux termes de l'article 1504 du Code de Procédure Civile : « *est international, l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* ». Bien que cette définition soit sommaire, il est sous-entendu que toutes les opérations économiques impliquant des biens, des services ou des transactions financières entre un ou plusieurs Etats sont visés. La notion de commerce international est de nature économique, peu important le contenu des règles applicables au fond et à la procédure ou encore la nationalité des parties ou des arbitres. Ainsi un arbitrage peut être international, même si les deux parties en présence sont de même nationalité et que la procédure arbitrale se déroule sur ce même territoire.

- Ordre juridique arbitral. Les tribunaux arbitraux sont fréquemment présentés comme les organes juridictionnels d'un ordre juridique transnational. Cette forme de justice est, en effet, unanimement reconnue par les ordres juridiques étatiques, de même que les sentences prononcées par les tribunaux arbitraux, ce qui contribue à admettre l'arbitrage comme un ordre juridique autonome. La notion d'*ordre arbitral international* a été consacrée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 8 juillet 2015.<sup>11</sup>

- Caractéristiques de l'arbitrage. L'arbitrage présente quatre caractéristiques fondamentales : la nature alternative de l'arbitrage par rapport aux tribunaux ; la nature privée du règlement des différends<sup>12</sup> ; le fait que le processus soit contrôlé par les parties et la détermination finale et exécutoire des droits et obligations des parties. La décision est finale et exécutoire. Il en est

---

<sup>7</sup> HORACIO A. GRIGERA NAON The role of international commercial arbitration, *op. cit.* 266-277 p.3

<sup>8</sup> GARY B. BORN, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014) p. 8

<sup>9</sup> Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987 p. 372

<sup>10</sup> L'article 1442 du CPC : *La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis...*

<sup>11</sup> Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 8 avril 2015, Rev. Arb. 2015 p. 1131, note M. LAAZOUZI.

<sup>12</sup> JOSEPH RICHANI. Les Preuves dans l'arbitrage international. Droit. Université de Cergy Pontoise, 2013. p.1

ainsi, parce que les parties ont convenu qu'il devra en être ainsi, plutôt qu'en raison du pouvoir coercitif de tout État<sup>13</sup>.

Pour bien appréhender la notion d'arbitrage, il est également nécessaire de la distinguer de notions voisines, telles que la médiation, la conciliation, l'expertise, le mandat ou encore la transaction. Jean Baptiste RACINE a relevé l'existence d'un faisceau d'indices<sup>14</sup> qui permettent de caractériser l'arbitrage : la survenance d'un litige, la nature de la mission confiée à un tiers par les parties, l'objet des questions concernées - questions de droit ou questions de fait -, le caractère contraignant de la décision du tiers désigné d'un commun accord, le caractère non prévisible de la décision qui interviendra.

A la lumière de ces critères, l'arbitrage se distingue donc de la médiation ou de la conciliation (le tiers désigné n'est pas investi d'une fonction juridictionnelle), de l'expertise (l'expert émet un avis sur une question de fait), du mandat (l'arbitre a pour mission de départager les parties mais n'est pas leur mandataire) ou encore de la transaction (les parties s'entendent contractuellement pour mettre un terme définitif à leur différend et les conditions de l'arrangement convenu sont connues l'avance).

Il convient de noter que certains règlements d'arbitrage, comme celui de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), consacrent des règles applicables en matière d'arbitrage et de médiation dans un seul et même document. Il n'est donc pas inutile de distinguer l'arbitrage d'autres concepts qui lui sont proches.

. Objectifs de l'arbitrage international. A bien des égards, l'arbitrage constitue la voie privilégiée du règlement des litiges du commerce international. Il offre des solutions pour régler, hors du cadre étatique, toutes sortes de contentieux internationaux. De prime abord, il pourrait paraître surprenant qu'un système d'une mise en œuvre apparemment si simplifiée ait pu être admis si aisément dans le monde entier, tant par les particuliers que par les Etats ou les grandes entreprises, comme mode privilégié de règlement de leurs différends<sup>15</sup>.

L'un des objectifs fondamentaux de l'arbitrage international est par ailleurs, de limiter les excès de formalisme et de technicité associés aux différents systèmes juridiques<sup>16</sup>. Pour éviter que les avocats des parties ne se fondent systématiquement sur les règles de procédure de leurs tribunaux d'origine<sup>17</sup>, l'arbitrage préconise une plus grande flexibilité dans l'organisation des règles procédurales, afin d'éviter le recours à une juridiction étatique qui pourrait

---

<sup>13</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 1

<sup>14</sup> J-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, THEMIS Droit PUF 2017 p.4

<sup>15</sup> NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ET AL., REDFERN AND HUNTER on International Arbitration (Sixth Edition), 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015) pp. 1

<sup>16</sup> GARY B. BORN, International Commercial Arbitration *op.cit.* pp. 2124 - 2125

<sup>17</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration §.6.02.

favoriser une partie au détriment de l'autre<sup>18</sup>. C'est pour cette raison que l'arbitrage international est devenu le mode de règlement le plus approprié des différends commerciaux.

Dans la présente étude, nous n'aborderont que les procédures où les arbitres statuent en droit et non en équité, comme c'est le cas lorsqu'ils statuent en amiable composition.

- Source conventionnelle de l'arbitrage inspirée par l'autonomie de la volonté des parties.

L'autonomie des parties est le principe directeur pour déterminer la procédure à suivre dans un arbitrage international<sup>19</sup>. Si elles n'usent pas de cette prérogative de déterminer les règles applicables à l'instance arbitrale, ce pouvoir reviendra aux arbitres. Les parties s'entendent généralement sur la procédure applicable y compris sur les détails du processus de divulgation des preuves.<sup>20</sup> La Cour Suprême des États-Unis a reconnu expressément le principe de l'autonomie des parties dans l'arbitrage international<sup>21</sup>.

Ce principe est reconnu et garanti, notamment par la Convention de New York. Il est également garanti par les lois sur l'arbitrage dans pratiquement toutes les législations nationales et constitue l'élément central de la Loi-type de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) adoptée en matière d'arbitrage international<sup>22</sup> en 1976. Elle a été révisée, depuis, à deux reprises en 1985 et en 2006. Le Secrétariat de la CNUDCI l'a ainsi qualifiée de *Magna Carta of Arbitral Procedure*<sup>23</sup>.

- Une procédure flexible. En arbitrage international, nous constatons une volonté commune d'une part, de reconnaître aux parties le pouvoir de contrôler le processus d'arbitrage, par le biais des conventions d'arbitrage<sup>24</sup> et d'autre part, de donner aux tribunaux arbitraux une grande latitude pour décider comment l'arbitrage devra être conduit, sous réserve des exigences liées au respect des principes directeurs du procès et de l'ordre public international. Dans ce cadre les avocats quelle que soit leur culture juridique doivent se montrer conciliants à l'égard des avantages offerts par les modèles procéduraux des autres systèmes juridiques. Cette souplesse pour *façonner le processus d'arbitrage*, en fonction des spécificités de chaque

---

<sup>18</sup> GARY B. BORN, International Commercial Arbitration) *op.cit.* p.2123.

<sup>19</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 354

<sup>20</sup> Hall St. Assocs. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576, 586 (2008) ("The FAA lets parties tailor some, even many, features of arbitration by contract, including ... procedure ..."); Volt Info.Scis., Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Junior Univ., 489 U.S. 468, 476 (1989) ("There is no federal policy favoring arbitration under a certain set of procedural rules; the federal policy is simply to ensure the enforceability, according to their terms, of private agreements to arbitrate")

<sup>21</sup> Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52, 57 (1995); Glen Rauch Sec., Inc. v. Weinraub, 2 A.D.3d 301, 301 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2003)

<sup>22</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, UN GAOR, 40th sess, Supp No 17, art 19, UN Doc A/40/17 (1985) ('UNCITRAL Model Law')

<sup>23</sup> R. TRITTMANN AND B. KASOLOWSKY "Taking evidence in arbitration proceedings between common law and civil law traditions - the development of a european hybrid standard for arbitration proceedings", UNSW Law Journal (Volume 31) p. 330

<sup>24</sup> M. LAZOUZI – Droit comparé du règlement des litiges, Cours de Master 2 Droit comparé des affaires (2019)

différend est l'une des raisons pour laquelle les parties choisissent l'arbitrage, plutôt que le contentieux national.<sup>25</sup>

- Limites à l'autonomie des parties. La liberté contractuelle des parties ne doit pas contrevenir aux droits procéduraux fondamentaux du pays où se déroule l'arbitrage (*lex arbitri*), tel que le devoir de loyauté et le respect du contradictoire<sup>26</sup> ou encore l'égalité des parties qui sont consacrés dans la plupart des lois d'arbitrages et des conventions internationales<sup>27</sup>. Le principe du procès équitable est défini comme le droit des parties à l'égalité de traitement et à la possibilité d'être entendu. Il s'agit d'un principe fondamental universel, communément admis, en droit international public et dans les lois nationales. Les parties doivent, en outre, respecter l'ordre public international et l'ordre public du siège de l'arbitrage.

- Diversité des procédures arbitrales : institutionnelle et *ad hoc*. Grand nombre des différends réglés en arbitrage international le sont, soit par renvoi à une institution établie soit par une procédure *ad hoc*. La première voie, qui est la plus développée, offrent aux parties le pouvoir de confier, d'un commun accord, l'organisation de leur arbitrage à des centres acceptés et reconnus par l'ensemble des acteurs économiques internationaux. En procédant à un arbitrage institutionnel, les parties adhèrent intégralement ou partiellement aux règlements d'arbitrage dudit centre. A ce titre, on peut se féliciter que la place de Paris, le plus ancien centre d'arbitrage international, bénéficie à ce jour d'une belle réputation notamment grâce à l'existence de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Nous aborderons dans la deuxième partie, le processus d'obtention des preuves dans le cadre de l'arbitrage institutionnel.

Cependant, dans l'arbitrage *ad hoc*, les parties ne bénéficient pas de l'assistance d'une institution d'arbitrage. *L'intuitu personae* est donc plus présent dans un arbitrage *ad hoc* que dans un arbitrage institutionnel. Généralement, elles rédigent un ensemble de règles de procédure pouvant résulter de leurs lois nationales, afin de déterminer la manière dont les procédures doivent être traitées<sup>28</sup>. Lorsqu'elles nomment par la suite un tribunal arbitral, quelle que soit la méthode adoptée, ce tribunal est limité par le cadre procédural convenu. En cas de difficultés, les parties peuvent avoir recours aux tribunaux étatiques du siège d'arbitrage, s'ils sont compétents. Les parties peuvent également décider d'appliquer le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Dans ce cas, elles ont la faculté de prévoir *une autorité de nomination*

---

<sup>25</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 363 (Oxford University Press 2009).

<sup>26</sup> J.-F. POUDRET et S. BESSON, « Droit comparé de l'arbitrage international », LGDJ, Schulthess, 2002 p. 498 « cette consécration universelle n'implique cependant pas que ces droits aient partout le même sens et la même portée. Comme l'a justement observé Catherine KESSEDJIAN, *le principe de la contradiction* (selon la terminologie française) *est un principe universel à contenu national.*

<sup>27</sup> V. New York Convention Article V and UN Doc A/CN.9/264, § 6.

<sup>28</sup> Michael Moser has proposed a useful 'pre-hearing checklist' to be distributed to the parties well in advance of the hearing: M. MOSER, 'The "pre-hearing checklist": A technique for enhancing efficiency in international arbitral proceedings' (2013) 30 J Intl Arb 155.

pour les assister dans la constitution du tribunal arbitral ou dans la désignation d'un arbitre unique. La première partie sera davantage consacrée aux arbitrages *ad hoc*, dès lors que nous traiterons des droits français et américain de l'arbitrage international, législations qui ont davantage vocation à s'appliquer dans un arbitrage *ad hoc* ou le cas échéant, partiellement comme le prévoient souvent les règlements d'arbitrage institutionnel.

- Le recours à l'arbitrage en France et aux Etats-Unis. Jusqu'aux deux dernières décennies, l'arbitrage international était plus connu dans les pays de *civil law*, les Etats-Unis étant relativement réticents à son utilisation<sup>29</sup>. Cependant, depuis la ratification par les Etats Unis de la convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en 1979, ces derniers ont été de plus en plus favorables au recours à l'arbitrage.

Il est important de rappeler que chaque arbitrage est *délocalisé* par rapport à son *siège*. Les tribunaux arbitraux n'ont pas pour *for*, l'ordre juridique du siège. Le droit du siège ou *lex arbitri* n'a réellement de l'importance que dans la phase de contrôle à posteriori de la sentence. L'attrait d'un *forum neutre* est, de ce fait, fortement appréciable pour les parties, notamment pour celles qui sont issues d'un pays de *civil law* où est pratiquée une procédure de type inquisitoriale. En effet, celles-ci redoutent souvent la procédure de *discovery* connue aux États-Unis pour être une *procédure de collecte de preuves* intrusive et très contraignante. En revanche, une partie de nationalité américaine ou issue d'un pays de *common law*, qui applique une procédure accusatoire ou de type *adversarial*, sera parfaitement familiarisée avec cette technique probatoire et s'attendra certainement à ce que soit mise en place une production de preuves très extensive<sup>30</sup>. C'est précisément le recours à l'arbitrage international qui permet de neutraliser ces difficultés.

## **II – Le régime de la preuve dans l'arbitrage international**

- Preuve et recherche de la vérité. La production de preuves par les parties présente deux fonctions, non seulement, de rechercher la vérité ou plus exactement de chercher à établir la réalité des faits mais surtout aider les arbitres à constituer une conviction favorable à la thèse soutenue par chacune d'elles<sup>31</sup>. Ainsi prouver signifie *faire apparaître quelque chose comme vrai et certain*<sup>32</sup>. Cette quête de la vérité à laquelle devrait se livrer les parties et les arbitres n'a pas la même conception selon que l'on adopte l'une ou l'autre des traditions juridiques. En effet, dans les pays de *civil law*, on cherchera à prouver *le vrai* et dans les pays de *common law* plutôt *le vraisemblable*.

---

<sup>29</sup> MUSTILL, Arbitration: History and Background, 6(2) J. Int'l Arb. 43 (1989);

<sup>30</sup> SHORE, CHENG, LA CHUISA, ET AL. International Arbitration in the United States (2017)

<sup>31</sup> M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, Tome 1, 11ème éd., L.G.D.J. 1928, n°350, p. 139 ; X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, L.G.D.J., 1994, p. 80.

<sup>32</sup> A. COLIN ET H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 10ème éd. Par L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1948, p. 486.

- Notion et finalité des preuves dans la résolution du litige en arbitrage international. Le terme de *preuve* vient du latin *probare* qui signifie *vérifier, approuver, prouver*. Le rôle des parties est de démontrer la réalité des faits et de leurs prétentions et d'emporter la conviction des arbitres. C'est l'un des domaines où les divergences entre systèmes de *common law* et de *civil law* se manifestent avec le plus d'acuité<sup>33</sup>. L'arbitrage est, en effet, le terrain de prédilection pour réunir des parties et des praticiens venus de cultures juridiques très différentes.

- Le lien entre l'autonomie des parties et l'administration de la preuve. C'est dans ce cadre que l'autonomie des parties prend tout son sens. En effet, c'est dans l'exercice de cette liberté contractuelle que les parties peuvent conférer au tribunal arbitral les pouvoirs et les devoirs qu'elles jugent les plus adaptés à chaque cas d'espèce. Elles peuvent choisir des méthodes formelles ou informelles de conduite de l'arbitrage, des procédures accusatoires ou inquisitoires<sup>34</sup>, ainsi que nous l'étudierons dans le chapitre préliminaire de la première partie, ou encore des méthodes documentaires ou testimoniales de présentation des preuves. Les parties et, à défaut, les tribunaux arbitraux peuvent s'appuyer sur trois types de sources qui régissent la manière dont les preuves doivent être obtenues : les lois nationales, les règlements d'arbitrage et les conventions qu'elles ont préalablement conclues.

- Le rôle des arbitres : un pouvoir d'appréciation discrétionnaire. Les tribunaux arbitraux internationaux ont pour office notamment de relever les faits pertinents, sur lesquels ils baseront leur sentence. L'une des questions de procédure les plus importantes que les arbitres doivent résoudre concerne l'obtention des preuves<sup>35</sup> et dans ce cadre, vérifier la réalité des faits est l'une des fonctions essentielles de toutes juridictions y compris des tribunaux arbitraux.<sup>36</sup> Il est souvent essentiel qu'un certain nombre de documents soient mis à la disposition des arbitres au cours de la procédure. Ainsi lorsqu'une partie ne s'exécute pas spontanément ou qu'elle ne produit pas volontairement un document demandé, le tribunal pourra inviter une partie à en ordonner la production.

Si le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, il doit veiller, tout comme les parties, à respecter les principes directeurs du procès. Ainsi une partie qui ne se serait pas vue conférer le droit de présenter une preuve équitablement pourra contester la décision arbitrale, le cas échéant, devant un tribunal étatique.

- Les modes de preuve. Dans le domaine de l'obtention des preuves, l'expression *choc des cultures*<sup>37</sup> trouve tout son sens, tant les systèmes juridiques concernés peuvent s'opposer, en

---

<sup>33</sup> O. CAPRASSE, « la procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique », RDIDC, 2008, pp. 349 to 365

<sup>34</sup> J. PAULSSON, "Overview of Methods of Presenting Evidence in Different Legal Systems" in A. J. van den Berg (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA, Congress Series, 1996, pp.112–122.

<sup>35</sup> FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on *International Commercial Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 1999, pp. 655 - 708

<sup>36</sup> REDFERN AND HUNTER on *International Arbitration op. cit.* §6.83 at 385 (2009);

<sup>37</sup> REDFERN AND HUNTER on *International Arbitration op. cit.* p. 380

matière de hiérarchie et d'administration des preuves. Deux modes de preuves coexistent, pour permettre d'établir la réalité des faits :

. *La preuve écrite ou documentaire, sous forme papier ou sur support numérique.* Bien que les parties puissent s'appuyer sur des moyens de preuve très diversifiés, les documents occupent une place très importante, non seulement dans les procédures judiciaires, mais aussi dans l'arbitrage commercial international<sup>38</sup>. La présentation des preuves documentaires peut, selon les cas d'espèce, jouer un rôle plus déterminant que les audiences, au cours desquelles comparaissent les témoins et ce, en raison de « *la nature permanente des documents* »<sup>39</sup>.

. *La preuve orale ou testimoniale par témoins ou expertise.* Au sens du droit de l'arbitrage, le témoin est défini comme étant une personne possédant des informations pertinentes pour la procédure et devant les communiquer lors du déroulement de celle-ci<sup>40</sup>. Le rôle des témoins est d'expliquer ou de compléter les documents, afin d'aider le tribunal arbitral à s'acquitter de sa fonction d'établissement des faits<sup>41</sup>. Quant aux experts, ils peuvent, suivant les réglementations, être nommés par le tribunal arbitral ou les parties elles-mêmes.

S'il est manifeste qu'il existe des différences procédurales considérables entre les systèmes de *common law* et de *civil law* en ce qui concerne l'obtention des preuves documentaires ou testimoniales, ces différences sont beaucoup plus marquées dans le cadre des contentieux étatiques que dans l'arbitrage international<sup>42</sup>.

Néanmoins, le traitement de la preuve comportait de telles divergences dans les différends du commerce international que les praticiens furent tentés de rechercher des solutions et de rapprocher les deux traditions juridiques pour harmoniser les procédures en la matière.

### **III – Les tentatives d'harmonisation en matière de procédure et de règles de preuve**

Les éléments de preuves nécessaires à l'arbitrage international peuvent souvent se trouver dans des pays qui peuvent être différents du pays où l'arbitrage a lieu. Lorsque la preuve, qu'il s'agisse de documents ou de témoignages, est sous le contrôle de l'une des parties à l'arbitrage, l'autre partie, soit directement soit par l'entremise des arbitres, peut demander que la preuve soit remise par son adversaire. Dans d'autres situations, comme lorsque la preuve est sous le contrôle de tiers, les arbitres peuvent ne pas vouloir ou plus probablement, ne pas être mesure d'exiger la production. Dans de telles situations, la partie qui demande la preuve doit soit s'en passer, soit tenter de l'obtenir avec l'aide des autorités judiciaires du pays où se trouve la preuve.

---

<sup>38</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL Comparative International *op. cit.* 563, §22- 39.

<sup>39</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL Comparative International *op. cit.* p. 563, §22- 39.V. aussi l'adage latin *verba volant, scripta manent* signifiant *les paroles s'envolent, les écrits restent. Spoken words fly away, written words remain.*

<sup>40</sup> J. RICHANI. Les preuves dans l'arbitrage international. *op. cit.* p.204

<sup>41</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* pp. 389-390

<sup>42</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL Comparative International Commercial Arbitration, (2003) P.555-556



C'est pour répondre, d'une part, à la nécessité de favoriser le développement du commerce international en limitant les entraves imposées par les législations nationales et d'autre part, aux besoins des parties et des arbitres désireux de favoriser l'efficacité des procédures d'arbitrage, que des solutions ont été recherchées en vue d'harmoniser les différents corps de règles existants, en matière de procédure et de preuves.

Des tentatives d'harmonisation ont déjà été mises en place. L'un des objectifs principaux a été de concilier les différentes traditions juridiques. Il fallait également rechercher un équilibre entre souplesse, efficacité et célérité du processus arbitral. Si pour certains les mesures adoptées n'ont pas encore donné totalement satisfaction, il n'en reste pas moins que les parties et les praticiens ont déjà pu y puiser les bases pour *parler une langue de procédure commune*, qu'ils soient originaires ou exercent en Angleterre, en Afrique du Sud, en Colombie ou à Singapour.

Différents instruments juridiques internationaux ont participé avec force à cet effort d'harmonisation des réglementations en procédure arbitrale internationale.

- La coopération internationale entre états. Dans un premier temps, il faut saluer les initiatives des Etats conscients des difficultés pour exécuter des sentences arbitrales étrangères ou pour permettre à des parties dans le cadre d'un contentieux judiciaire d'obtenir des preuves, situées dans un Etat étranger. C'est dans ces conditions que des conventions internationales ont été signées et ont contribué, chacune dans son domaine, à former un premier pas vers une harmonisation progressive du droit de l'arbitrage international :

. dans le domaine de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales étrangères, *la convention de New York du 10 juin 1958.*

. dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, *la convention de La Haye du 18 mars 1970, ou le règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001.*

- L'harmonisation des règles applicables au droit du commerce international et en procédure civile :

. *La loi-type de la CNUDCI.* La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)<sup>43</sup> a été créée le 17 décembre 1966 par la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée Générale, pour encourager le développement des transactions commerciales et limiter autant que possible les obstacles juridiques imposés par le jeu des diverses lois nationales régissant sur son propre territoire, les opérations

---

<sup>43</sup> La CNUDCI, qui constitue le principal organe juridique des Nations Unies en matière de commerce international, se déclare avant tout, *comme l'organe à composition universelle spécialisé dans la réforme du droit partout dans le monde.* Il est manifeste que la loi modèle CNUDCI a participé avec force à cette uniformisation progressive du droit de l'arbitrage.

commerciales transfrontalières. La loi-type adoptée en 1985, remaniée en 2006, a pour vocation de favoriser l'harmonisation et l'unification progressive du droit du commerce international. Elle concerne aussi bien les arbitrages institutionnels que les arbitrages *ad hoc*. Elle est accompagnée d'un aide-mémoire sur l'organisation des procédures arbitrales, dont la deuxième édition a été révisée en 2016.

. *Les principes ALI (American Law Institute) / UNIDROIT de 2004, révisés en 2010*. Ces principes sont destinés à régler des différends commerciaux transnationaux. Nous examinerons leur rôle dans la partie II.

- Les règlements d'arbitrage institutionnel. A l'heure où le droit de l'arbitrage international est en pleine mutation, les principaux centres d'arbitrage s'inscrivent dans un vaste programme de réformes, en vue de rendre plus efficaces leurs règles de procédure. Ils ont également contribué à la mise en place progressive d'une procédure arbitrale internationale commune, ainsi que nous l'observerons, dans la partie II du présent mémoire. A l'évidence pour ces institutions, établir à l'avance des règles de procédure et de preuve est un gage d'efficacité et de célérité. Mais comment y parvenir ?

- Les règles de preuve de l'International Bar Association (IBA). Soucieuse d'aller plus loin dans la recherche d'une harmonisation en matière d'obtention des preuves, l'IBA a adopté en 1999 des règles, appelées *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Cette organisation très puissante aux Etats-Unis, considérée comme *the global voice of the legal profession*, réunit depuis 1947, date de sa création, environ 190 barreaux et associations juridiques, provenant de plus de 170 pays. L'objectif de ces règles a été de concilier les cultures juridiques et d'harmoniser les règles en matière d'obtention des preuves, sur la base de la pratique arbitrale et des règlements d'arbitrage adoptés par les institutions arbitrales ainsi que par une multitude de centres d'arbitrage régionaux, plus récemment établis en Europe, en Asie et au Moyen-Orient.

Ces règles ont été révisées en 2010 et contrairement aux règles de 1999, elles n'étaient plus exclusivement destinées à l'arbitrage commercial mais étaient, désormais, applicables à l'arbitrage investissement également. Les règles IBA ont joué un rôle essentiel dans l'arbitrage international. Pour certains, elles constituent pour les arbitres une source pour apprécier, d'une manière efficace et économique, la recevabilité et déterminer le caractère pertinent des preuves<sup>44</sup>. Pour d'autres, la portée des IBA Rules devait être remise en cause. C'est dans ces conditions que de nouvelles règles de preuves dites, Règles de Prague, ont été adoptées le 14 décembre 2018.

---

<sup>44</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* §6.95

- Les Règles de Prague. Ces nouvelles dispositions ont été rédigées par des juristes *civilistes* en grande partie originaires des pays d'Europe de l'Est pour proposer une perspective différente à l'arbitrage international. Elles s'attaquent non seulement à la question probatoire qui est, nous le savons au coeur de tous les procès qu'ils soient judiciaires ou arbitraux mais également à l'une des « institutions » les plus marquantes de la pratique arbitrale. Les règles de Prague proposent, en vue de réduire la durée et les coûts, d'exclure certains moyens de preuve ou de refuser certaines demandes des parties.

En tout état de cause, ces deux ensembles de règles, dont nous examinerons la portée dans la partie II, témoignent, suivant deux approches distinctes, d'une volonté manifeste de contribuer, à renforcer l'harmonisation des règles de preuve. La question se pose de savoir comment l'application des règles de Prague va pouvoir s'articuler dans les pays de *civil law* et de *common law* ?

#### **IV – Les problématiques : vers la création d'une *lex mercatoria de la preuve en matière d'arbitrage international* ?**

L'arbitrage international évolue de manière à combiner des caractéristiques propres aux traditions des deux grands systèmes<sup>45</sup>. C'est pourquoi, l'obtention des preuves dans l'arbitrage international fait l'objet d'un consensus entre les systèmes de *common law* et de *civil law*, qui représente un domaine d'étude particulièrement important en droit comparé, une discipline du droit qui examine l'origine des lois et des systèmes juridiques et leur place dans la société<sup>46</sup>.

Comment sommes-nous parvenus à une harmonisation en matière d'arbitrage international, et comment les systèmes de *common law* et de *civil law* ont-ils influencé cette harmonisation ? Sommes-nous en présence de normes véritablement transnationales se détachant des deux systèmes de droit ou de la primauté d'un système sur l'autre ?

En d'autres termes, ces règles harmonisées issues des codifications de l'IBA ou des Règles de Prague et des règlements institutionnels représentent-elles toujours un compromis entre les deux systèmes ou favorisent-elles une approche plutôt qu'une autre ?

Comment les parties de ces systèmes différents peuvent-elles s'entendre sur la manière de traiter la preuve en arbitrage international ?

Au lendemain de l'adoption des règles de Prague, on ne peut effectivement que s'interroger sur l'avenir du droit de la preuve en arbitrage international.

---

<sup>45</sup> J. WAINCYMER, *Procedure and evidence in International Arbitration* (2012) p. 825.

<sup>46</sup> HORACIO A. GRIGERA "The role of international commercial arbitration", *op. cit.*, pp. 266-277

## **V – Annonce du plan**

Après avoir recensé les différences procédurales majeures des systèmes de *common law* et de *civil law* dans les procès étatiques (Chapitre préliminaire), nous procéderons à l'examen des règles d'obtention des preuves, dans le cadre d'une étude comparée des droits français et américain de l'arbitrage international (Partie I), puis dans le cadre des arbitrages internationaux institutionnels et des codifications des règles de preuve adoptées en 2010 et 2018 (Partie II). A la lumière de tous ces éléments, nous tenterons de dégager, dans la conclusion, une synthèse permettant de réfléchir à l'avenir du droit de la preuve en arbitrage international.

## **PARTIE I**

### **L'OBTENTION DES PREUVES DANS LA PRATIQUE ARBITRALE INTERNATIONALE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS**

Parmi les grands systèmes juridiques contemporains, on peut distinguer la famille des droits romano-germaniques, dits continentaux ou de *civil law*, à laquelle appartient la France et la famille des droits de *common law*, qui regroupe notamment l'Angleterre et les Etats-Unis.

Le droit français est fondé sur la suprématie du droit écrit et de la loi. En revanche, le droit dans les pays anglo-saxons repose sur une philosophie très différente inspirée de règles de nature jurisprudentielle. Nous détaillerons, dans le cadre d'un chapitre préliminaire, toutes les divergences d'ordre procédural, qui existent entre ces deux traditions juridiques et leur incidence sur l'administration de la preuve dans les contentieux étatiques.

Si l'arbitrage international a évolué de telle manière, qu'aujourd'hui, il a été amené à intégrer des éléments des traditions de *civil law* et de *common law*, force est de constater que ces différences sont beaucoup moins marquées dans l'arbitrage international que dans le cadre des contentieux étatiques.<sup>47</sup>

Il est ainsi possible de tirer aujourd'hui profit des divergences entre les systèmes de *common law* et de *civil law*, en ce qui concerne le déroulement de la procédure et l'obtention des preuves. Les parties ou les arbitres peuvent déterminer les règles de leur choix les plus appropriées au litige, qu'elles résultent de l'une ou l'autre de ces deux traditions.

En droit français de l'arbitrage, les parties peuvent, si elles le jugent opportun, ne choisir aucune ou seulement certaines des règles du droit procédural français en matière d'arbitrage auxquelles elles ajoutent leurs propres règles, voire des règles étrangères, de sorte que la procédure qui en résulte peut-être un *panachage* de différents types de règles dont par exemple, des pratiques procédurales de *common law* fusionnées avec des règles françaises<sup>48</sup>.

Nous ne pourrions appréhender les particularités des droits français et américains de l'arbitrage international en matière d'obtention de preuves, sans retracer au préalable au moins dans les grandes lignes, les traits caractéristiques de ces deux grandes traditions juridiques, que sont les systèmes de *civil law* et de *common law*.

---

<sup>47</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL Comparative International Commercial Arbitration, (2003) P.555-556

<sup>48</sup> G. ROUHETTE, L'administration de la preuve *op. cit.* p. 237 ; J. Gillis Wetter, The Conduct of the Arbitration, 2 J. INT'L ARB. 7 (June 1985); ARTHUR L. MARRIOTT, Evidence in International Arbitration, 5 ARB. INT'L 280 (1989); MAURO RUBINO-SAMMARTANO, Rules of Evidence in International Arbitration – A Need for Discipline and Harmonization, 3 J. INT'L ARB. 87 (June 1986)

## CHAPITRE PRELIMINAIRE

### **LES TRAITES FONDAMENTAUX DES TRADITIONS DE CIVIL LAW ET DE COMMON LAW**

Evoquer la question probatoire dans une étude comparée entre les droits français et américain de l'arbitrage international, nous amène inévitablement à nous intéresser aux particularités des règles procédurales pratiquées en la matière dans les pays de *civil law* et de *common law*, généralement considérés comme les deux plus grands systèmes juridiques contemporains.<sup>49</sup>

Ainsi que l'a très justement souligné, Loïc Cadiet, *une culture juridique nationale se trouve marquée, par les caractéristiques sociales, propres à chaque pays, façonnée par ses institutions, ses croyances, ses usages, ses mentalités, sa morale, bref ses traditions*<sup>50</sup>.

Le clivage entre ces deux traditions juridiques est un sujet qui a toujours suscité beaucoup d'intérêt auprès des historiens du droit, comme F.W. Maitland à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et des juristes comparatistes, tant le domaine est riche en enseignements et difficile à comprendre en dehors de leurs frontières respectives.

Dans le cadre de procédures engagées devant des juges étatiques, il est observé que les divergences sont profondes puisqu'elles ont trait au rôle des magistrats et des parties dans la procédure, à la place des modes de preuve, à l'administration de la preuve ou encore au déroulement de l'instance.

Le contexte général dans lequel s'inscrit actuellement le droit de l'arbitrage international est celui d'un domaine où se rencontrent nécessairement des parties et des praticiens issus de ces deux traditions majeures.

Ainsi que nous pourrions le constater, l'arbitrage international, en particulier celui organisé par les institutions d'arbitrages, a dû emprunter et combiner, pour préserver l'efficacité de la procédure arbitrale, des caractéristiques qui sont propres à chacun des deux systèmes juridiques.

En conséquence et dans un souci de clarté, il nous a paru souhaitable de consacrer, dans cette première partie, un chapitre préliminaire destiné à comparer les règles de procédure en

---

<sup>49</sup> Les systèmes juridiques sont au nombre de 4 : les droits romano-germaniques, la *common law*, les droits coutumiers et les droits religieux.

<sup>50</sup> L. CADIET, « Culture et preuve », Association Henri Capitant in S. AMRANI MEKKI, Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif), dans *La preuve : regards croisés*. Actes du colloque du 29 novembre 2013, Editions Dalloz 2015, pp. 111-112.

matière de preuve et leur mise en œuvre dans les pays issus de ces deux grandes traditions, juridiques auxquelles appartiennent la France et les Etats-unis.

Tandis que le système de *civil law* est caractérisé par une procédure inquisitoire, c'est-à-dire principalement dirigée par les juges, le système de *common law*<sup>51</sup> est caractérisé par une procédure accusatoire, principalement dirigée par les parties.

Nous ne retiendrons, dans notre analyse, que les éléments qui présentent un intérêt direct et qui sont susceptibles d'avoir une incidence en droit de l'arbitrage international.

Nous évoquerons les particularités des procédures de nature inquisitoriale et accusatoire, en examinant le rôle du juge et des parties dans la conduite de l'instance (I) puis l'administration des preuves écrites ou orales devant les autorités judiciaires des pays de *civil law* et de *common law* (II). Il est important de noter que la majorité des ouvrages consultés en droit de l'arbitrage aux Etats-Unis font à un moment ou à un autre, référence à la distinction entre *civil law* et *common law* devant les juridictions étatiques.

## **I – La conduite de l'instance dans les procédures inquisitoire et accusatoire**

Il est important de garder à l'esprit quelques concepts pour pouvoir appréhender cette distinction procédurale.

- Notions. Selon les définitions données par G. Cornu<sup>52</sup>, *inquisitoire* vient du verbe *inquirere* qui signifie *rechercher, faire une enquête* et se dit *d'une procédure dans laquelle toute initiative vient du juge : introduction de l'instance, direction du procès, la recherche des faits et la réunion des preuves*. Par opposition, *accusatoire*, du latin *accusatorius*, se dit *d'une procédure, dans laquelle les parties ont à titre principal, voire exclusif, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction*. Il sera donc important d'examiner comment les procédures qualifiées d'inquisitoire ou d'accusatoire font référence à la méthode d'établissement des faits d'une affaire au cours de la procédure<sup>53</sup> et leur incidence en matière d'obtention des preuves.

- Sources du droit. Quelles que soient les divergences pouvant exister entre les structures des droits issus d'une même tradition juridique, l'unité est néanmoins caractérisée, lorsque leur approche en matière de sources du droit est similaire. Même s'il existe des nuances qu'il serait trop long d'évoquer, on peut dire que pour tous les pays de *civil law*, la règle de droit est

---

<sup>51</sup> *Common law* is used here from a broad and comparative point of view to refer to the municipal Law of England as opposed to the Roman Civil Law tradition or other major traditions, voir Mozley & Whiteley's Law Dictionary, Hardy Ivamy, 10th Ed., 1988, Butterworths, p. 91.

<sup>52</sup> G. Cornu, Vocabulaire juridique. PUF 9<sup>ème</sup> édition 2011.

<sup>53</sup> C. BORRIS, *Common Law and Civil Law: Fundamental Differences and Their Impact on Arbitration*, 2 Arb. & Disp. Res. L.J. 92 (1995);



principalement fondée sur la loi, alors que pour tous les pays de *common law*, la règle de droit est fondée essentiellement sur la jurisprudence. Pendant longtemps dans les pays de *civil law*, les praticiens ont été tentés de confondre *le droit* et *la loi* et de concevoir cette dernière comme l'unique source de droit.

En outre, les normes créées par l'Etat ont été compilées dans des codes à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle. Cette codification napoléonienne qui a connu un rayonnement international de grande ampleur a eu pour conséquence de favoriser le travail d'interprétation des lois par les tribunaux. A partir de là, *la jurisprudence ne s'est plus bornée, en France, à appliquer les textes de loi.*<sup>54</sup> Les sources législatives et doctrinales ne sont plus restées les sources exclusives du droit mais ont fait une part belle à l'œuvre créatrice de la jurisprudence tant en France qu'ailleurs, ainsi que les éditions successives de recueils de grands arrêts en droits français et en droit comparé ont pu le démontrer. En dépit de l'évolution des approches de la *règle de droit* dans les pays de *civil law* et de *common law*, les deux traditions restent fondamentalement attachées à la conception qui leur est propre, l'une plus axée sur un aspect législatif et doctrinal et l'autre plus dominée par l'aspect jurisprudentiel.

-Un rayonnement international d'une grande ampleur. A la faveur du développement de la colonisation et de la codification des textes de loi initiée au XIX<sup>ème</sup> siècle, la famille de droit romano-germanique s'est dispersée bien au-delà des frontières de l'ancien empire romain<sup>55</sup>. Elle rassemble une grande partie des droits de l'Europe continentale, de l'Amérique Latine à l'exclusion des Etats communistes, de l'Afrique, les pays du Proche-Orient, l'Asie notamment avec la Chine, la Corée, le Japon, le Vietnam<sup>56</sup>, le Cambodge, la Thaïlande.

Historiquement, les colons anglais, en émigrant sur le continent américain à compter de 1607, apportèrent la *common law* anglaise. Depuis, tous les Etats américains, à l'exception du système juridique de la Louisiane inspiré des codes napoléoniens, applique le droit de la *common law*. Il en est ainsi majoritairement dans les pays de langue anglaise, notamment dans les pays du Commonwealth qui est une organisation intergouvernementale constituée à la fin du XIX<sup>ème</sup> par l'Empire britannique pendant le processus de décolonisation et qui est composée aujourd'hui de 53 Etats membres. Tout comme la famille de droit romano-germanique, celle de la *common law* s'est dispersée bien au-delà des frontières de l'Angleterre et regroupe désormais des pays tels que l'Irlande, Hong-Kong, le Canada à l'exception du Québec (droit mixte), Malaisie, Sri Lanka et l'Australie.

- *Civil law* et *common law* : entre unité et diversité au sein de chaque système. Au sein des pays de tradition civiliste, il est indéniable qu'il peut exister des différences dans la manière

---

<sup>54</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, les grands systèmes de droit contemporains, 12<sup>ème</sup> Edition Dalloz, pp. 92-93

<sup>55</sup> R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI et M. GORE, Les grands systèmes de droit contemporains, 11<sup>ème</sup> Edition. Dalloz 2016, pp.25-26.

<sup>56</sup> V. D. DO, Plaidoyer pour le renvoi de la sentence à l'arbitre, alternative au recours en annulation dans les pays de « civil law », Rev. arb. 2018-n°2 pp.337-359

dont des pays comme la France, l'Argentine et l'Allemagne par exemple, organisent leur système processuel mais en dépit des apparences, une unité réelle existe dans les droits de l'ensemble de ces pays, même si effectivement, une tendance à former des sous-groupes se dessine actuellement, notamment avec le regroupement des droits asiatiques, latins, ou encore scandinaves.

Le droit français appartient donc à la famille romano-germanique, qui n'a véritablement été reconnue qu'après la seconde guerre mondiale. En effet, les juristes comparatistes s'étaient longtemps concentrés sur l'étude des disparités des droits en Europe continentale, avant de réaliser que les divergences qu'ils avaient constatées n'étaient qu'apparentes au regard de l'étendue des droits de tradition civiliste recensés dans le monde entier. Les juristes anglo-saxons, en revanche, ont toujours été conscients de l'existence d'une unité profonde entre tous les pays de *common law*.

Pour comprendre la particularité de la *common law* et de tous les autres droits nationaux qui lui sont rattachés, il convient de souligner d'une part, le rôle déterminant des cours royales de justice en Angleterre dans la création de ce corps de règles d'origine purement jurisprudentielle et d'autre part son approche casuistique<sup>57</sup> du droit.

Des juristes médiévaux témoignent de l'existence de la *common law* depuis des temps immémoriaux. Elle a été élaborée entre le XI<sup>ème</sup> et le XV<sup>ème</sup> siècles, grâce aux règles de droit créées par les cours royales (*curia regis*), sur la base des précédents jurisprudentiels. Il n'est pas dans notre propos de rentrer dans les détails mais il y a lieu d'évoquer un point qui a son importance dans la distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire. En effet, à partir du XIV<sup>ème</sup> siècle, les juges itinérants, souvent des ecclésiastiques, jugeant le droit de la *common law* trop rigide et technique, demandèrent au roi à statuer en équité, ce qui leur permettrait selon eux de mieux s'adapter aux litiges qu'ils avaient à connaître. Ces *cours d'équité*, inspirées par le droit romano-canonique, vont ainsi compléter les *cours de common law*. Les systèmes des deux juridictions d'*equity* et de *common law* fusionnent au XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>58</sup>. Les deux notions existent toujours au XXI<sup>ème</sup> siècle. Cette distinction s'apparente de façon schématique à notre distinction droit privé/droit public. Les juges anglais peuvent être amenés, selon les contentieux, à appliquer l'une ou l'autre des procédures. La procédure *equity*, écrite et inquisitoire, est généralement utilisée pour le droit des trusts ou les successions, la procédure de *common law*, orale et accusatoire, qui serait plus indiquée pour des affaires de droit des contrats, de responsabilité civile et de droit pénal.

---

<sup>57</sup> En langage juridique, *casus* signifie fait réel et concret. La casuistique est l'art d'appliquer les principes fondamentaux d'une discipline, comme le droit, à un fait réel ou supposé.

<sup>58</sup> Judicature Acts (lois judiciaires) de 1873 et 1875.

Le droit américain a conservé, pour sa part, la tradition de l'*equity*. Les droits de l'*equity* et de la common law fusionnent en 1938, après l'adoption des *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP). Les Etats de Delaware, Mississippi et Tennessee ont maintenu les juridictions d'*equity*.

- La recherche de la vérité : entre le vrai et le vraisemblable. Une autre différence qui a également son importance consiste dans la finalité du processus probatoire. Dans la tradition civiliste, les juges recherchent *le vrai* ce qui les oppose aux juges anglo-saxons qui s'attachent davantage à découvrir le *vraisemblable*. Il est manifeste que la recherche de la vérité est la mission première du juge, assisté par les parties et par des auxiliaires comme peuvent l'être les experts. Les familles de droit romano-germanique et de droit anglo-saxon ont des conceptions différentes, la première recherche le *vrai* tandis que la seconde se fonde davantage sur la recherche du *vraisemblable*, qui émane de l'idée de *due process of law*,<sup>59</sup> c'est-à-dire du procès équitable.

- Une même conception du droit lié à l'idée de justice. Il n'en reste pas moins que ces deux grandes cultures juridiques que l'on pourrait qualifier aujourd'hui d'*occidentales* ont, malgré tout ce qui les sépare, la même conception du *droit* fondée sur *l'idée de justice*. Simplement, les techniques mises en œuvre pour y parvenir ne sont pas basées sur les mêmes fondements. *La tradition civiliste a comme point de départ la loi, alors que la famille de la common law prend en premier lieu en considération les décisions judiciaires.*<sup>60</sup>

Nous examinerons, tout d'abord, les pouvoirs conférés au juge et aux parties dans la conduite des procédures de type inquisitorial (A) et de type accusatoire (B).

## **A – La conduite de l'instance dans la procédure inquisitoire**

### **1. Le rôle du juge : des pouvoirs étendus**

- L'approche inquisitoire s'inspire de l'adage romain *ius novit curia et du da mihi factum, dabo tibi ius*<sup>61</sup>. En d'autres termes, le juge identifie et applique le droit aux faits de la cause dont il est saisi. Le juge doit donner des conseils quant aux modes de preuves jugés les plus appropriés.<sup>62</sup> Il s'agit de l'un des principes fondamentaux de la procédure civile : l'autonomie du juge dans la recherche et la détermination du droit applicable au litige. Le droit comparé illustre l'importance de ce principe dans la plupart des pays de tradition civiliste<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> A. LEVASSEUR, Judge H.W. FONTENOT, Le droit de la preuve aux Etats-Unis, dans les actes du colloque « la preuve : regards croisés » du 29 novembre 2013. Editions Dalloz 2015, pp. 183-203.

<sup>60</sup> Ibid.

<sup>61</sup> "Give me the facts and I shall give you the law" ie "Donnez-moi les faits et je vous donnerai la loi".

<sup>62</sup> J. LEW, «Inquisitorial v. Adversarial Proceedings», in Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series, July 2006, pp. 167 et s.

<sup>63</sup> L. PENNEC, *L'adage Jura novit curia, dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé*, ANTR, Université de Lille3, 2011, Lille thèses.

- Le juge a pour mission d'appliquer la loi à chaque cas d'espèce<sup>64</sup>. Il est classique dans les systèmes de *civil law* d'avoir une organisation judiciaire structurée et unifiée, sans jury, confiée à des juges professionnels. En effet, les juges des pays de *civil law* ont un pouvoir d'enquête considérable<sup>65</sup>. Ils maîtrisent l'obtention de la preuve et participent activement à l'établissement de la réalité des faits. Ils ne se soucient que du droit et laissent aux parties la charge de rapporter les preuves.

- Le juge contrôle le déroulement de l'instance. Il instruit l'affaire, fixe les audiences et met en œuvre tous les moyens pour rechercher la vérité. L'échange des pièces et des écritures joue un rôle fondamental dans la présentation des arguments de fait et de droit, sur lesquels il devra statuer. A l'issue de cette présentation qui peut nécessiter l'organisation de plusieurs audiences successives, le juge aura pu prendre connaissance de tous les éléments des dossiers des parties et en tirer toutes les conséquences de fait et de droit pour trancher le litige. Une ultime audience sera fixée pour clore la procédure. Suivant le cas d'espèce et la décision du juge, des plaidoiries pourront intervenir ou le cas échéant, le simple dépôt des dossiers au tribunal. On parle souvent d'*episodic proceedings* par opposition au *day-in-court trial* des systèmes judiciaires anglo-saxons.

## **2. Une coopération active des parties et de leurs conseils**

- Les parties assistent le juge dans l'établissement des faits et du droit. Elles prennent le soin de déterminer et de formuler les allégations sur lesquelles elles souhaitent fonder leurs moyens de défense<sup>66</sup>. Elles n'ont pas l'obligation de communiquer tout document qui porterait atteinte à leurs intérêts. Par principe, la communication des pièces doit être spontanée. En effet, il n'est pas exigé que des éléments de preuve défavorables soient systématiquement produits, comme c'est le cas avec la procédure de *discovery* aux Etats-Unis et dans une certaine mesure avec la procédure de *disclosure* en Angleterre.

- Les parties échangent des observations écrites détaillées, avant d'entamer la phase de l'audience. Dans les pays de *civil law*, il y a donc une sorte de *crystallisation des questions litigieuses avant l'audience*<sup>67</sup>. Ces observations écrites couvrent tous les aspects de l'affaire, donnant un compte-rendu détaillé des faits et présentant les éléments de preuve sur lesquels les parties veulent s'appuyer pour fonder leurs prétentions. L'audience ne va donc porter que sur les questions pertinentes au litige. En effet, tous les points sur lesquels les parties se sont accordées ou les points non pertinents ne seront pas abordés.

---

<sup>64</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* §6.85 at 385

<sup>65</sup> F. LOWENFELD "The Two-Way Mirror" *op. cit.* p. 166

<sup>66</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 299

<sup>67</sup> J. GAFFNEY AND A. NDONG Procedural Approaches: Civil Law versus Common Law by, Transnational Dispute Management, [www.transnational-dispute-management.com](http://www.transnational-dispute-management.com), 1875-4120; Vol. 12, issue 6, November 2015

## **B – La conduite de l’instance dans la procédure accusatoire**

Nous venons d’évoquer les particularités de la procédure inquisitoriale, en matière d’instruction de la procédure. Il est important maintenant de les comparer avec l’approche anglo-saxonne. Dans le cadre de procédures engagées devant les juges étatiques, il existe des divergences profondes quant aux pouvoirs du juge et des parties dans le déroulement de l’instance.

### **1. Le rôle du juge : des pouvoirs limités**

- L’approche accusatoire s’inspire, pour sa part de l’adage romain, *ne procedat judex ex officio, nemo judex sine actu*. Autrement dit, *le juge ne procède pas d’office*. Le juge se voit généralement attribuer un rôle passif<sup>68</sup>, non seulement il doit être neutre en toutes circonstances mais il doit surtout être perçu comme tel<sup>69</sup>. Il doit laisser aux parties le soin de déterminer les preuves à présenter. En principe, le juge suit passivement et attentivement les présentations des parties et devra statuer au vu des argumentations présentées. Il a simplement pour mission de départager les parties. Dans le système de *common law*, les juges n’ont pas le pouvoir de procéder à des enquêtes, cette prérogative étant laissée à la discrétion des parties. Ainsi, l’étendue du pouvoir des juges est limitée car ils ne peuvent agir d’office, comme pourrait le faire un juge dans les pays de *civil law*.

- Le juge n’assiste pas aux dépositions, lors de la phase préliminaire du procès. Les dépositions sont effectuées en dehors de la présence du juge<sup>70</sup>. Les déclarations orales faites sous serment et les objections respectives des parties sont consignées par un sténographe assermenté. Le juge n’en est pas informé. Il n’y aura accès que lors du procès. Il a cependant un pouvoir de contrôle à posteriori sur les objections formulées par les avocats pendant la phase préliminaire à l’encontre des dépositions des témoins.

- Le tribunal ne pose que des questions de nature à expliquer les faits. Lors du procès, son rôle est restreint notamment dans le cadre des interrogatoires et contre-interrogatoires des témoins. Le contre-interrogatoire vise à contester la preuve directe contenue dans la déclaration du témoin et à présenter un complément d’informations, en vue d’aider le tribunal à comprendre le bien fondé des arguments contenus dans les pièces produites et à déterminer lesquels de ces documents sont les plus fiables<sup>71</sup>. Ainsi, la procédure accusatoire s’appuie fortement sur les documents présentés par les parties et elle impose plus

---

<sup>68</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* §6.84, p. 385 (Oxford University Press 2009). For this reason, common law jurisdictions tend to have detailed procedural rules on disclosure and admissibility of evidence. Id.

<sup>69</sup> G. BLANKE, “Document production in international arbitration: from civil and common law dichotomy to operational synergies”, Arbitration 2017, 83(4), pp. 423-435

<sup>70</sup> V. FRCP Title V Rules 27-32

<sup>71</sup> LEW and SHORE, “International Commercial Arbitration: Harmonizing Cultural Differences”, 54-Aug Disp Resol J 33 (1999) p. 34.

généralement des obligations éthiques de produire tous les éléments de preuve y compris les preuves défavorables<sup>72</sup>.

- La conception du système de *Common Law* est très différente en raison de l'existence d'un jury<sup>73</sup>. L'approche traditionnelle telle qu'elle a été élaborée en Angleterre confie la décision de l'affaire à un jury. Bien que l'Angleterre ait aboli ce système pour presque tous les litiges<sup>74</sup>, il est toujours en vigueur aux Etats-Unis. Le jury, composé de douze citoyens, est un véritable *juge des faits* dans la phase des procès américains. L'affaire complète doit lui être présentée et pour des raisons pratiques, le jury ne se réunit qu'une seule fois, d'où l'expression *day-in-court trial*.

Le dossier complet doit donc être présenté au jury en une seule séance et lorsque le jury se réunit, il n'est pas véritablement préparé. Il n'a pas lu les observations des parties et n'a pas eu accès à tous les documents ou procès-verbaux présentés dans le cadre de la procédure. Par conséquent, le dossier complet doit être présenté oralement et donc, contrairement à la procédure des pays de *civil law*, les questions litigieuses ne sont pas encore *crystallisées* au début de la phase d'audience.<sup>75</sup> Les parties respectives présentent donc leurs arguments dans leur intégralité. Il incombe aux membres du jury d'apprécier l'authenticité des moyens de preuve invoqués et leur force probante. Lors du prononcé du verdict, le jury est dispensé d'avoir à se justifier sur les motifs de la décision. Il convient de souligner que le procès court le risque d'être annulé, lorsque les jurés ne sont pas parvenus à se mettre d'accord à la majorité des voix, on parle de *deadlocked* ou de *hung jury*, ce qui paraît inconcevable pour les procès dans les pays de *civil law*.

- Le juge face au jury : un rôle secondaire. Le rôle du juge reste très limité, tout comme il l'est face aux avocats des parties en cause. Néanmoins, il peut avoir accès aux procès-verbaux de l'audience ainsi qu'aux éléments de l'affaire. Il est dans son pouvoir de décider que certains faits ne pourront pas être portés à la connaissance du jury, conformément au principe d'exclusion (*exclusionary principle*). Il statue sur les objections formulées par les avocats sur des questions purement factuelles et donne des instructions au jury destinées à orienter leurs délibérations en fonction de la recevabilité ou non et de la force probante de certains témoignages. Le juge a le devoir du juge de se *calquer*<sup>76</sup> sur les délibérations du jury.

---

<sup>72</sup> B.-M. CREMADES, *Managing discovery in International Arbitration*, 2003, *Dispute Resolution Journal*, P.73

<sup>73</sup> C. REYMOND, *Civil Law and Common Law Procedures: Which Is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, 5 *ARB. INT'L* 357 (1989).

<sup>74</sup> VEEDER, "Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice" in *Document Production in Arbitration*, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement 57-62.

<sup>75</sup> SIEGFRIED & TOWNSEND, "Bringing the Common Law Civil Law Divide in Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 18, No. 1

<sup>76</sup> A. LEVASSEUR, Judge H.W. FONTENOT, *Le droit de la preuve aux Etats-Unis*, dans les actes du colloque « la preuve : regards croisés » du 29 novembre 2013. Editions Dalloz 2015, pp. 183-203.

- Un rôle cependant renforcé dans les procès sans jury dits *bench trials* aux Etats-Unis. Dans le cadre des procès sans jury aux Etats-Unis, généralement dans les dossiers de moindre importance, le juge exerce un véritable pouvoir décisionnaire, à l'instar du rôle qu'il peut jouer dans le système inquisitoire. Le juge statue sur les faits, applique la loi et administre l'ensemble des preuves. Il peut convoquer des témoins, souvent des experts s'il s'estime insuffisamment informé sur des questions qui peuvent lui paraître trop complexes ou techniques ou dépassant ses compétences. On pourrait rapprocher son pouvoir à celui du juge français qui a la faculté, pour obtenir des preuves, d'ordonner des mesures d'instruction de l'article 145 du CPC français.<sup>77</sup>

S'agissant du prononcé de la sentence, le juge a également le pouvoir de reporter le prononcé de sa sentence, si les circonstances de l'affaire le justifient et ce, contrairement au jury qui doit rendre son verdict dès l'issue du procès. Enfin, il a le pouvoir de motiver le jugement à la demande d'une partie, ce qui est fondamental, en cas de recours par opposition aux membres du jury qui ne motivent pas le verdict rendu. Les civilistes pourraient y voir un gage de transparence et d'équité à l'heure de former un recours. Ce serait donc en parfaite connaissance de cause que la partie ayant perdu au procès pourrait contester les termes de la sentence et fonder ses nouveaux arguments. On constate ici un rapprochement avec le rôle du juge issu de la tradition de *civil law*.

## **2. L'influence déterminante des parties et des avocats**

- Il incombe aux parties d'établir les faits et le droit<sup>78</sup>. Le système accusatoire suit une approche différente des droits romano-germaniques. La tradition de *common law* confère, en effet, aux parties un rôle prépondérant tout au long de la procédure, comme le souligne très justement Ragnar Harbst dans son ouvrage *the truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question*<sup>79</sup>.

- Les avocats sont les maîtres incontestés de la conduite de la procédure. En effet, ils décident dans le cadre de la procédure de la *discovery* quels témoins doivent être interrogés et dans quel ordre les preuves doivent être présentées. Cette technique procédurale intervient lors de la phase préliminaire au procès devant les juridictions étatiques. Contrairement à l'approche inquisitoriale, la présentation orale des arguments lors des audiences constitue l'étape principale de la procédure.

- La procédure de *discovery* recouvre une phase procédurale d'investigation préalable à tout procès dite *pretrial*. Elle n'est pas limitée à l'obtention des preuves orales, dès lors que la

<sup>77</sup> L'article 145 du CPC français dispose que *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé.*

<sup>78</sup> J. LEW, «Inquisitorial v. Adversarial Proceedings», *op. cit.* pp. 167 et s.

<sup>79</sup> Lord Eldon, Ex Parte Lloyd [1822] Mont. 70, 72 n. in HARBST, "A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration (Jan 2015)" p. 6

production des preuves littérales sont également concernées. Dans cette approche, de loin plus intrusive que dans les pays de *civil law*, les parties qui en bénéficient, auraient une vision claire de leurs chances potentielles devant un juge avant le procès, grâce à la procédure de *discovery*<sup>80</sup>. L'objectif poursuivi est de recueillir des éléments de preuves destinés à favoriser le déroulement du procès. Les parties sont ainsi plus disposées à trouver une solution à l'amiable ou à recourir à un processus différent du litige pour réduire leurs pertes<sup>81</sup>. Cette procédure, au demeurant très coûteuse, donne en quelque sorte tous les pouvoirs à la partie qui la met en œuvre, puisqu'elle lui permet d'obtenir de la partie adverse la production forcée de pièces, des dépositions, voire de procéder à des interrogatoires et à des contre-interrogatoires.

- Les parties ont l'obligation de communiquer tous les documents en leur possession y compris ceux qui porteraient atteinte à leurs intérêts. Le système de *Common Law* tend à obliger les parties à présenter tous les éléments de preuve pertinents y compris ceux qui seraient contraires à leurs propres intérêts. Ce système prévoit également le droit de demander à la partie adverse de produire des documents afin que le tribunal soit saisi de tous les éléments de la cause, sans exception aucune, qu'ils soient préjudiciables ou non à la partie en cause.

- Les particularités de la procédure de *disclosure* applicable en Angleterre. Le système juridique américain est toujours fondé sur les procès devant jury alors que le système juridique anglais ne recourt pratiquement plus au jury dans le cadre des litiges civils. Il est permis de dire qu'à certains égards, la procédure civile anglaise s'est rapprochée du système de *civil law* à la suite des réformes Woolf de 1998.<sup>82</sup> Le régime anglais de la *discovery* a évolué. La procédure de *disclosure*<sup>83</sup> a été mise en place, suite à la révision de la procédure civile anglaise en 1999.<sup>84</sup> Depuis lors, le régime anglais fait application d'une *disclosure* dite standard<sup>85</sup> conformément aux *Civil Procedure Rules et the Practice Directions*.

## **II – L'administration de la preuve dans les procédures inquisitoriale et accusatoire**

Au regard de toutes les différences énoncées ci-dessus, il semble que le système de *common law* serait fondé sur la *découverte* de la preuve tandis que le système de *civil law* serait plutôt fondé sur la *production* de la preuve.

---

<sup>80</sup> Discovery est un terme utilisé aux Etats-Unis, défini dans les "*Federal Rules of Civil Procedure*", notamment à la Règle 26, amendé le 1<sup>er</sup> décembre 2015.

<sup>81</sup> CH. BROWER, « Discovery et production de la preuve aux Etats-Unis », in L'administration de la preuve dans la procédure arbitrale internationale, CCI, n°8, 1989, p. 25.

<sup>82</sup> H. BROWN & A. MARRIOTT, *ADR Principles and Practice* 83 (2d ed. 1999); Hobeck, Mahnken & Koebke, *Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration*, 2008 *Int'l Arb. L. Rev.* 84

<sup>83</sup> ACCESS TO JUSTICE Final Report by the Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls JULY 1996, available at: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/civil/final/index.htm> accessed on: 14.05.2019.

<sup>84</sup> *id.*

<sup>85</sup> P. ASHFORD, "Document Production in International Arbitration: A Critique from 'Across the Pond'" (2012) 10(1) *U.Chi.Int'l L.Rev.* 1-9, 5-6.



De prime abord, ces différences paraissent fondamentales, pourtant il ne faut pas négliger le risque considérable de généralisation excessive entre les deux systèmes<sup>86</sup>. Les différences sont souvent simplifiées<sup>87</sup>. Chaque système a de nombreuses variantes. En effet, les règles de procédure des Etats-Unis sont différentes de celles de l'Angleterre, comme les règles procédurales de l'Allemagne se distinguent de celles de la France. Néanmoins, il y a juste assez d'uniformité dans l'approche générale des questions relatives à la présentation de la preuve pour justifier l'utilisation de l'expression *pays de civil law* par opposition aux *pays de common law*.

## **A – L'obtention des preuves dans la procédure inquisitoriale**

### **1. Prédominance du caractère écrit de la preuve**

- L'écrit : mode de preuve privilégié dans les pays de *civil law*. Les preuves y compris les témoignages sont généralement présentés au juge sous forme écrite<sup>88</sup>, surtout si ces documents sont antérieurs à la survenance du litige. Par opposition à la preuve orale qui n'offrirait généralement aucune garantie de fiabilité, la preuve documentaire est de loin privilégiée<sup>89</sup> tant dans la présentation des arguments et la production des preuves que dans la transposition par écrit de preuves qui seraient par nature orales.<sup>90</sup>

- Absence de la procédure de *discovery* dans les systèmes de *civil law*. Cette différence entre les deux systèmes est un parfait exemple du risque de *clash culturel*, tel qu'on peut le concevoir en arbitrage<sup>91</sup> puisque dans les pays de *civil law*, cette procédure de *discovery* n'est pas admise. Chaque partie produit seulement les documents sur lesquels elle a l'intention de se baser pour défendre son argumentation. Si nécessaire, et il s'agit là d'un point commun qui existe entre les deux systèmes, le juge peut ordonner à la partie adverse de produire les preuves pertinentes. De plus, et contrairement aux pays de *common law*, les parties n'ont aucune obligation de produire des pièces qui pourraient leur être défavorables<sup>92</sup>. Selon Mauro Rubino-Sammartano, célèbre arbitre et avocat dans le domaine de l'arbitrage international, les systèmes de *civil law* restent souvent à la surface d'un matériel probatoire souvent riche<sup>93</sup>.

---

<sup>86</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 376

<sup>87</sup> C. REYMOND, Which Is the More Inquisitorial? *Op. cit.* p. 358.

<sup>88</sup> For descriptions of the approaches of some civil law practitioners to international arbitration, see BEARDSLEY, The Proof of Fact in French Civil Procedure, 34 Am. J. Comp. L. 459 (1986); BÖCKSTIEGEL, Assumptions Regarding Common Law Versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration, 2011 Schieds VZ 113, 114; ELSING, Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds, 2011 Schieds VZ 114, 123; LANDOLT, The Contribution of Civil Law Systems to International Arbitration, 2 Transnational Disp. Mgt (2011);

<sup>89</sup> D.W.SHENTON, Explanatory Note to Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration, 10 Y.B. COM. ARB. 145,148-50 (1985).

<sup>90</sup> E. JEULAND, *Le changement de rôle des témoins et des conseils dans quelques pays de droit civil et en particulier en France*, in *Common law civil law and the future of categories*, J Walker and O G Chase (ed.), LexisNexis, 2009, pp. 193-204

<sup>91</sup> B.-M. CREMADES, Managing discovery in International Arbitration, 2003, Dispute Resolution Journal

<sup>92</sup> KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, AND PHILIPPE BARTSCH. "Discovery in International Arbitration: How Much Is Too Much?" German Arbitration Journal 1 (2004) p.14.

<sup>93</sup> MAURO RUBINO-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage » *op. cit.* pp. 87

## **2. Les preuves testimoniales dans la procédure inquisitoriale**

Emile Zola écrivait *c'est folie de se mettre en enquête, c'est-à-dire de faire dépendre sa cause d'une preuve testimoniale, parce que celui qui abreuve le mieux ses témoins fait la meilleure preuve*<sup>94</sup>. En effet, il existe, dans la tradition de *civil law*, une certaine défiance à l'égard des preuves orales. Le contre-interrogatoire direct des témoins par avocat n'est pas permis car dans ce système, il est de coutume de se méfier des preuves testimoniales<sup>95</sup>.

Cette méfiance s'explique par le fait que la crédibilité des témoignages peut être entachée par de nombreux facteurs. D'une part, il y a le risque que le témoin ne soit pas objectif, surtout s'il est lié à l'une des parties, d'autre part même si le témoin est impartial, la valeur probante de son témoignage peut être remise en cause, dès lors que sa mémoire peut être défaillante<sup>96</sup>. Cette approche pourrait, dans une certaine mesure, être critiquable car le système de *Civil Law* se prive d'un mode probatoire qui a su faire ses preuves dans les pays de *Common Law*.<sup>97</sup>

### **a)- Les témoins**

- Notion de témoin. Le littré désigne, par témoin, *celui ou celle qui a vu ou entendu quelque fait et qui peut en faire rapport*, encore celui qui *communique à autrui la connaissance d'un évènement passé*.<sup>98</sup> Ce terme vient du latin *testimonium* qui signifie *témoignage* et de *testis*, témoin.

- Les auditions des témoins dans les juridictions de *civil law* sont très encadrées. L'audition des témoins est soumise à des règles très strictes. La plupart des pays de *civil law* prohibent les contacts entre les témoins et les conseils des parties. En France, les déclarations de tiers sont généralement recueillies sous forme d'attestations écrites, conformément aux articles 199 à 202 du CPC et accessoirement sous forme d'auditions recueillies par voie d'enquête aux termes des disposition de l'article 203 du CPC. Lorsqu'il est possible de recueillir directement des témoignages oraux, l'interrogatoire des témoins n'est pas mené par un avocat mais par le tribunal qui conserve un pouvoir exclusif pour déterminer les questions qui seront posées aux témoins<sup>99</sup>. C'est le cas de l'Italie où les parties doivent soumettre au juge chaque question à poser aux témoins ainsi que la liste des témoins. Le juge a la possibilité d'accepter ou de refuser une question ou exclure des témoins de la liste, à un stade de la procédure où il pourrait ne pas connaître encore tous les éléments de l'affaire et où il ne devrait pas, en

---

<sup>94</sup> E. ZOLA, Lettre préface à l'enquête médicopsychologique du Dr. Edouard Toulouse, Tome1, Introduction générale, Paris, Société d'Édition Scientifiques, 1896 cité par J. RICHANI, « Les Preuves dans l'arbitrage international ». Droit. Université de Cergy Pontoise, 2013.

<sup>95</sup> A. REDFERN, "The Standards and Burden of Proof in International Arbitration," in *Arbitration International* Vol. 10 No. 3 (1994), p. 347.

<sup>96</sup> Harbst "Differences between Common Law and Civil Law Systems" *op. cit.* p. 9

<sup>97</sup> MAURO RUBINO-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage et en particulier dans le Règlement de la Cour Européenne d'Arbitrage », textes réunis par Yves Stricker « L'arbitrage, questions contemporaines », l'Harmattan (2018) p. 85-89

<sup>98</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, PUF 2011.

<sup>99</sup> J. RUBINSTEIN, "Reflections at the Crossroads" *op.cit.* p. 308 (2004).

principe, pouvoir interférer avec le droit d'une des parties de rapporter les preuves de son argumentation.<sup>100</sup>

- Le juge est le seul maître de l'audition des témoins. Le juge est considéré comme le maître de la preuve et cela influe également sur la méthode d'obtention des preuves<sup>101</sup>. C'est le juge qui posera au témoin des *questions ouvertes et non suggestives*<sup>102</sup>. Dans les procédures judiciaires de droit civil, l'objectif de trouver la *vérité objective*<sup>103</sup>. Bien que les parties présentent des témoignages à l'appui de leurs arguments, les témoins et les experts sont convoqués par les tribunaux et sont interrogés en premier lieu par les juges. Les avocats des parties ne sont habilités qu'à poser des questions supplémentaires. Dans la tradition de *civil law*, le juge est considéré comme étant impartial et est perçu comme l'intervenant le plus qualifié pour interroger le témoin, étant précisé naturellement que ses questions ne doivent pas être influencées par les intérêts des parties.

- Rôle des avocats et présentation des témoignages. La plupart des avocats de *civil law* ont l'habitude de présenter ses arguments accompagnés d'une preuve testimoniale. Ce mode de présentation des preuves est profondément enraciné dans l'esprit des avocats de *civil law*. En l'absence de ce témoignage, les arguments développés seraient dénués de tout fondement. Dans les pays de *common law*, il est rare de présenter les preuves en même temps que l'argumentation des parties. Il importe de souligner que les avocats plaidant dans les pays de *civil law* sont souvent de simples observateurs plutôt que des intervenants actifs lors de l'audition des témoins. Lorsque les avocats interviennent dans des arbitrages internationaux, ils peuvent être souvent pénalisés et pris au dépourvu lorsqu'il s'agit de faire face à leur nouveau rôle de *participants actifs*, comme c'est le cas dans les systèmes de *common law*.

- Un contre-interrogatoire inconnu des systèmes de *civil law*. Les écrits ont toujours été considérés comme étant plus fiables que les témoignages oraux ainsi que l'exprime l'adage latin *scripta manent verba volent*<sup>104</sup>. Les témoignages étaient presque *inconnus*<sup>105</sup> et le contre-interrogatoire était considéré comme "*primitif*".<sup>106</sup> En effet, *l'interrogatoire des tiers n'ajoutait en rien aux documents déjà présentés à l'enquêteur des faits*<sup>107</sup>. Un avocat belge a écrit *en 30 ans de litiges commerciaux, je n'ai connu que deux cas où un tribunal belge a entendu des témoins.*<sup>108</sup>

---

<sup>100</sup> MAURO RUBINO-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage » *op. cit.* pp. 87

<sup>101</sup> *id.*

<sup>102</sup> BEARDSLEY, *The Proof of Fact in French Civil Procedure*, *op. cit.*, pp. 466-67 (1986)

<sup>103</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL *Comparative International op. cit.* PP.555-556

<sup>104</sup> "Les écrits restent et les paroles volent"

<sup>105</sup> JOHN A. WOLF AND KELLY M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, P.84

<sup>106</sup> VAN HOUTTE, *Counsel-Witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems*, 19 *Arb. Int'l* 457, pp. 458-459 (2003).

<sup>107</sup> JOHN A. WOLF AND KELLY M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, P.84

<sup>108</sup> VAN HOUTTE, *Counsel-Witness Relations op. cit.* p. 459 "Even in 1983, a leading French treatise on arbitration (Robert's *L'arbitrage*) contained no reference to witness testimony".

- Irrecevabilité du témoignage des parties dans les systèmes de *civil law*. La partie ne peut, en effet, faire office de témoin. La décision à intervenir ne saurait être fondée sur l'éventuel témoignage d'une partie en cause pour étayer sa propre argumentation. L'avocat ne peut appeler que la partie adverse et non son propre client. La tradition de *common law* n'impose pas de telles restrictions<sup>109</sup>. Cette différence est liée à l'appréciation qui est faite par chacun des deux systèmes concernant la crédibilité des témoins.

#### **b)- Les experts**

- Notion d'expert. Le mot expert vient du latin *experiri*, signifiant *éprouver*. Le littré indique que *c'est le nom donné à des hommes, qui ayant la chose acquise de certaines choses, sont commis pour les vérifier et pour en décider* ou encore dans une acception plus juridique, ce terme désigne *le technicien, l'homme de l'art* ou encore *le sachant commis par le juge en raison de ses lumières particulières, pour procéder à une expertise*.<sup>110</sup> L'expert est désigné par le juge qui le considère comme son auxiliaire. En effet, l'expert est nommé par le juge (ou l'arbitre), qui aura tendance à suivre son avis à moins qu'une erreur manifeste d'appréciation ait pu être commise<sup>111</sup>. Il se doit d'être neutre et n'a de comptes à rendre qu'au juge.

- Méfiance à l'égard des experts nommés par les parties dans les pays de *civil law*. Les juridictions civiles sont assez méfiantes quant à la fiabilité des experts nommés par les parties en raison du risque de partialité et de dépendance de l'expert à l'égard de la partie qui l'a désigné. Les constatations de tout expert qui n'aurait pas été désigné par le juge sont sujettes à caution. Pour les praticiens civilistes, cette pratique pourrait être jugée contraire à l'obligation de transparence et au principe du contradictoire en laissant à la partie adverse le soin de désigner un expert. Dans ce cadre, le cours des opérations d'expertise pourrait s'en trouver affecté.

- L'expert judiciaire n'est pas habilité à être appelé comme témoin par une partie. Chaque partie peut être conseillée par son propre expert, cependant il ne pourra pas l'appeler comme témoin. Si une partie conteste l'avis de l'expert judiciaire désigné par son adversaire, cela ne lui permet pas pour autant de l'interroger. Le tribunal pourra simplement nommer un autre expert.

---

<sup>109</sup> G. ROUHETTE, L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de *common law*, 1974 REV. ARB. 237

<sup>110</sup> G. CORNU, Vocabulaire Juridique, PUF 2011.

<sup>111</sup> DR. JULIAN D.M. LEWAND LAURENCE SHORE, Harmonizing Cultural Differences, *Dispute Resolution Journal*, August 1996, P.36

## **B – L’obtention des preuves dans la procédure accusatoire**

Le système des règles en matière d’obtention des preuves est beaucoup plus complexe dans les pays de *commun law* et notamment aux Etats-Unis<sup>112</sup>. Les preuves testimoniales occupent une place prépondérante.

### **1. Rôle secondaire de la preuve documentaire dans la procédure accusatoire**

Le terme de *production de documents* désigne une forme harmonisée de présentation des preuves documentaires, comme on le rencontre dans les procédures arbitrales internationales.

- Discovery et disclosure. Les termes de *discovery* employé aux Etats-Unis (articles 26-37 des *Federal Rules of Civil Procedure - FRCP*) et de *disclosure* (*Civil Procedure Rules – CPR – Part 31*) utilisé en Angleterre recouvrent des aspects procéduraux bien distincts dans les pays de *common law*.<sup>113</sup> L’étendue des obligations de communication préalable varie d’un système juridique à l’autre. Par exemple, la communication préalable est généralement plus répandue aux États-Unis qu’en Angleterre.<sup>114</sup>

- La procédure de disclosure est essentiellement fondée sur les preuves écrites. Elle est également une procédure *proactive*. La preuve écrite est privilégiée. Les parties rédigent une liste des pièces qu’elles entendent invoquer au soutien de leurs présentions, sous la forme d’un *affidavit*, terme latin signifiant *il a affirmé*. En droit anglais, le concept de *proportionnalité* régit le processus de divulgation des preuves documentaires, ce qui permet de limiter le procédé de *fishing expeditions*, si redouté aux Etats-Unis. La règle 3.6 du CPR en Angleterre limite la *disclosure* aux preuves documentaires ayant un lien direct avec le différend<sup>115</sup>.

- Particularités de la procédure de discovery. Ce système de preuve a un champ d’application très large. Il s’applique indifféremment aux preuves documentaires et aux preuves testimoniales. La procédure de divulgation préalable au procès utilisée anciennement en Angleterre et encore aujourd’hui aux États-Unis est sans aucun doute l’une des caractéristiques que les avocats continentaux trouvent les plus difficiles à accepter<sup>116</sup>. L’ensemble des moyens de preuve peuvent être obtenues suivant divers procédés selon que la preuve concernée par cette demande de divulgation est écrite ou orale. Ainsi les techniques *des depositions*, c’est-à-dire les interrogatoires formels des potentiels témoins, des

<sup>112</sup> V. aux Etats-Unis, Titre V des *Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)*, uniformisation du droit de la preuve avec la promulgation en 1975 des *Federal Rules of Evidence (FRE)*, révisées le 1<sup>er</sup> décembre 2017.

<sup>113</sup> R. Marghitola, *Document Production in International Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), pp.5–10.

<sup>114</sup> On U.S. discovery, see *Federal Rules of Civil Procedure, Rules 26-37*; for a comparison of English and American laws on this issue, see Charles N. Brower, *Discovery and Production of Evidence in the United States: theory and practice*, in *TAKING OF EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRAL PROCEEDINGS 7* (ICC Publication No. 440/8, 1990); David St. J. Sutton, *Discovery and Production of Evidence in Arbitral Proceedings – the U.S. and England distinguished*, id. at 57.

<sup>115</sup> L. DA COSTA, *Discovery, e-discovery et arbitrage international*, site web [maciuvsq.files.wordpress.com/2013/11](http://maciuvsq.files.wordpress.com/2013/11).

<sup>116</sup> MUSTILL and BOYD, *Commercial Arbitration*, p. 324.

*examinations* ou interrogatoires et des *cross-examinations à savoir les contre-interrogatoires* sont prévues pour l'obtention des preuves orales.

D'autres techniques sont utilisées spécialement pour l'obtention des preuves écrites. Il en est ainsi de la technique des *interrogatories*, qui sont des questions écrites que les parties s'échangent pour solliciter des informations écrites à la partie adverse, en vue de déterminer les faits sur lesquels seront fondés les prétentions. Les réponses écrites seront adressées sous serment, c'est-à-dire *under oath*, conformément aux dispositions des *FRCP Title V Rule 33*. Contrairement aux *depositions*, déclarations verbales également prévues par la procédure de *discovery*, qui imposent une réponse instantanée, les *interrogatories* permettent à la partie adverse de bénéficier d'un délai pour répondre. Il est possible de recourir à deux autres techniques de collecte de preuves écrites : les *requests for admissions* ou *for production* (cf. *FRCP Title V Rule 36*) ou encore les *fishing expeditions* ou *expeditions de pêche*.

Risque de *fishing expeditions*. La règle d'or en matière de présentation de documents en *common law* est de *jouer cartes sur table*<sup>117</sup> dès le début de la procédure afin d'assurer l'égalité des armes. La procédure de *discovery* dans le cadre d'un procès peut rapidement se transformer en « *fishing expedition* »<sup>118</sup>, défini comme la *tentative de découvrir la réalité des faits en recueillant le plus d'informations*<sup>119</sup>. Suivant cette procédure, une partie pourrait faire l'objet d'une perquisition dans ses bureaux, à la demande de son adversaire, sur la base du droit qui lui est conféré de rechercher par tous moyens les pièces qui lui sont favorables<sup>120</sup>. Si la partie adverse refuse cette mesure de perquisition, elle est susceptible d'encourir de lourdes sanctions. On pourrait s'interroger sur le bien-fondé de tels procédés si redoutés par les parties en causes, dans des pays où paradoxalement, l'écrit n'est pas le mode de preuve privilégié. Mais force est de constater que cette technique peut s'avérer nécessaire dans des litiges où l'une des parties est d'une telle mauvaise foi que la réalité des faits ne puisse être établie autrement. Il est à noter qu'en arbitrage international, cette procédure existe mais elle est considérablement limitée dans sa portée.

- *Discovery* et *e-discovery*. Par *e-discovery*, il faut entendre une production de preuve sur support électronique. Le monde des affaires ne pourrait plus se passer de ces avancées technologiques pour favoriser la *contractualisation* des échanges. Les Federal Rules of Civil Procedure ont été révisées en 2006 justement pour y intégrer l'*e-discovery*.<sup>121</sup> L'arbitrage international, devant répondre à des impératifs d'efficacité et de célérité, a admis ce moyen de preuve sur support numérique, mais ne reconnaît pas pour autant la procédure de *discovery*, telle qu'on l'entend aux Etats-Unis.

---

<sup>117</sup> *Davies v Eli Lilly & Co and Others* [1987] 1 W.L.R. 428 at 431;

<sup>118</sup> FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration (Kluwer Law International, 1999), 689, §1258.

<sup>119</sup> Cambridge Dictionary

<sup>120</sup> MAURO RUBINO-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage » *op. cit.* pp. 85-87

<sup>121</sup> Règles 26(a)(1)(ii), 26(b)(2)B et 34 sur les producing documents, electronically stored information.

## 2. Le rôle prépondérant des preuves testimoniales dans la procédure accusatoire

### a)- Les témoins

La preuve orale est privilégiée dans la tradition de *Common Law*, le témoignage est présenté à l'enquêteur, chargé d'établir les faits, principalement au moyen de témoignages oraux plutôt que sous forme écrite<sup>122</sup>.

- Le recours aux témoins est particulièrement ancré dans la tradition de *common law*. Les avocats de *Common Law* ont naturellement tendance à privilégier les témoignages lorsqu'il s'agit de présenter les preuves, bien qu'ils aient conscience des failles impliquées par le recours à ce mode de preuve<sup>123</sup>. Cependant, pour atténuer les difficultés rencontrées, les avocats de *common law* comptent sur le pouvoir du contre-interrogatoire (*cross-examination*)<sup>124</sup> qui permet de contrebalancer le témoignage direct. Le contre-interrogatoire est un des domaines où les traditions de droit *civil law* et de *common law* s'opposent le plus.<sup>125</sup>

- Conditions de recevabilité des témoignages. Le témoignage doit être pertinent (*aux Etats-Unis cf. Rule 403 des Federal Rules of Evidence - FRE*) et direct (*cf. rules 80, 803, 804 et 807 des FRE*). Une appréciation très stricte est faite de la preuve par *hearsay*, c'est-à-dire par *ouï-dire*. Les témoins doivent avoir une connaissance personnelle des faits invoqués. A ce titre, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, conformément à *la Rule 104 des FRE*. Dans le système de *common law*, les parties peuvent être également entendues comme témoins, si le bon déroulement de l'affaire le justifie.

- L'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins par les avocats de chaque partie. Ce procédé constitue une caractéristique des systèmes de *Common Law*.<sup>126</sup> Il est également possible de procéder à des interrogatoires avant même le début du procès.<sup>127</sup> Une place déterminante est conférée aux interrogatoires (*examinations*) et aux contre-interrogatoires (*cross-examinations*) et cela est lié à la nature conflictuelle de la tradition de *common law*<sup>128</sup>. Ce contre-interrogatoire présente l'intérêt de parvenir plus facilement à l'établissement de la réalité des faits, jugé indispensable pour découvrir la vérité<sup>129</sup> et pour déterminer la valeur probante du témoignage. C'est pour cette raison qu'il est fréquent que le contre-interrogatoire mené par l'avocat s'avère parfois extrêmement déstabilisant pour les témoins,

<sup>122</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » *op. cit.* pp. 349 to 365

<sup>123</sup> HARBST "Differences between Common Law and Civil Law Systems in Regard to Witness Examination" in "A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration" (Jan 2015) p. 9

<sup>124</sup> Lawrence NEWMAN, "Evidence in Arbitration," in the *New York Law Journal*, Vol. 3 (1999), p. 30-31.

<sup>125</sup> LEW, MISTELIS AND KROLL *Comparative International op. cit.* PP.574-575

<sup>126</sup> JOHN P. MADDEN, How to present witness evidence in an arbitration – American style, 1993 *BULL. ASA* 438.

<sup>127</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » *op. cit.* pp. 349 to 365

<sup>128</sup> JOHN A. WOLF AND KELLY M. PRETEROTI, "Written Witness Statements—A Practical Bridge of the Cultural Divide"

*Dispute Resolution Journal* (May/July 2007), P.84

<sup>129</sup> J. RUBINSTEIN, "Reflections at the Crossroads" *op.cit.* p. 308 (2004)

à moins que ces derniers ne bénéficient d'une excellente préparation par les avocats des parties.

Le juge ne peut pas prendre part aux interrogatoires lors du procès. Le système de *Common Law* ne laisse pas de place au juge pour procéder aux interrogatoires, ni aux contre-interrogatoires. Il ne mène pas les débats et doit rester focalisé sur la décision à rendre. Dans l'arrêt *Jones v. National Coal Board* de 1957, il est souligné, s'agissant des intervenants au litige, *qu'un juge qui ouvre la bouche ferme son esprit*<sup>130</sup>. Cet arrêt démontre bien la conception du juge dans les Etats de *Common Law*. Par ailleurs, l'essentiel de l'approche de la *common law* en matière d'obtention des preuves a été fort justement décrit par Lord Greene, qui a observé que le juge qui prendrait une part active à l'interrogatoire des témoins, *descendrait dans l'arène et risquerait d'obscurcir sa vision par la poussière du conflit*<sup>131</sup>. Il a un devoir de neutralité à l'égard du jury et des parties en cause lors des auditions. A ce titre, comme en ce qui concerne les preuves écrites, le juge a la faculté de donner des instructions au jury destinées à orienter leurs délibérations.

#### **b)- Les experts**

On assiste à une approche plus pragmatique dans les pays de *common law*. Chaque individu peut être amené à témoigner. Chaque partie peut appeler son propre expert à témoigner. Son rôle est d'emporter la conviction du juge<sup>132</sup>. Le recours aux experts nommés par les parties est très fréquent et cette pratique est admise en arbitrage international ainsi que le prévoit la CCI dans son règlement.

---

<sup>130</sup> *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q. B. 55.

<sup>131</sup> *He descends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of conflict*, *Yuill v. Yuill* [1945] P. 15, at 20 in Harbst *A Counsel's Guide to Examining*, *op. cit.* p. 7

<sup>132</sup> KREINDLER, *Benefiting From Oral Testimony of Expert Witnesses: Traditional and Emerging Techniques*, in L. Lévy & V. Veeder, *Arbitration and Oral Evidence* 87 (2004).



■

En guise de conclusion, nous pouvons souligner que bien que les systèmes aient encore des approches très différentes, notamment en ce qui concerne le rôle du juge et des parties et les questions probatoires, les divergences ont en réalité tendance à évoluer et à se dissiper. Les particularités qui subsistent, tiennent essentiellement, à la perception qu'à chacun des systèmes de ses propres valeurs culturelles, politiques et procédurales qui sont par certains égards opposées. En revanche, on constate une convergence des deux systèmes, notamment avec l'augmentation importante du nombre de lois au Royaume-Uni. A titre d'exemple, le nouveau Code de Procédure Civile anglais de 1998 privilégie les experts nommés par les tribunaux plutôt que les experts nommés par les parties. Qui plus est, les juges ont plus de contrôle sur les procédures qu'ils ne l'avaient auparavant<sup>133</sup>.

Il nous a paru intéressant d'insister sur les divergences entre les systèmes de *civil law* et de *common law* pour que l'on puisse apprécier, à sa juste mesure, l'influence de ces deux traditions sur les procédures arbitrales internationales.

---

<sup>133</sup> HARBST, Differences between common law and civil law systems in regard to witness examination in "A Counsel's Guide to Examining" *op. cit.* note 1

## CHAPITRE I

### **LES REGLES DE PROCEDURE ARBITRALE INTERNATIONALE EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS**

Les différences entre les systèmes de *civil law* et de *common law*, bien que plus nuancées en arbitrage international, sont vécues au quotidien dans les litiges du commerce international, où elles sont parfois à l'origine de grandes difficultés<sup>134</sup>. Ces difficultés sont dues, dans une large mesure, aux différentes législations existantes en matière de procédure civile mais également à la pratique d'avocats nationaux confrontés pour la première fois à d'autres réglementations qu'ils ne maîtrisent pas toujours parfaitement.

La pratique de l'arbitrage international implique la résolution de litiges entre des parties situées dans des pays différents<sup>135</sup>, ayant très souvent des nationalités et de ce fait, des cultures juridiques distinctes<sup>136</sup>.

Dans quasiment tous les ordres juridiques nationaux, on trouve des lois régissant le droit de l'arbitrage. En France, le droit de l'arbitrage interne et international est régi par les dispositions du décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011, codifiés dans le Code de Procédure Civile et aux Etats-Unis, par le *Federal Arbitration Act* promulgué en 1925. La loi donne un cadre, mais en vertu du principe d'autonomie de la volonté, les parties ont le choix d'intégrer ou non, ces dispositions nationales, en matière de règles de procédure ou de techniques probatoires qu'elles souhaitent voir appliquer par le tribunal arbitral.

Les dispositions légales françaises et américaines ont vocation à s'appliquer, comme toutes les autres réglementations, soit dans les arbitrages ad hoc intégralement ou partiellement, soit en complément de règles institutionnelles ou de règles plus spécifiquement consacrées à l'administration des preuves. A ce titre, parallèlement aux règles de l'International Bar Association, *the Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* révisées en 2010, il est possible d'avoir recours aux nouvelles Règles de Prague publiées en décembre 2018. Les premières seraient plus fondées sur des pratiques anglo-saxonnes et les secondes sur des principes de droit appliqués dans les pays de *civil law*. Nous aurons l'occasion d'y revenir ultérieurement.

Nous procèderons, dans les chapitres I et II, à une étude comparative des règles applicables en France et aux Etats-Unis en matière d'organisation de la procédure arbitrale internationale (chapitre I) puis en matière d'obtention de preuves (chapitre II).

---

<sup>134</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* pp. 376

<sup>135</sup> J. RUBINSTEIN, "International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions." Chicago Journal of International Law 5, No. 1 (June 1, 2004) p. 303.

<sup>136</sup> BERGER, The International Arbitrators' Application of Precedents, 9(4) J. Int'l Arb. 5 (1992); BERNARDINI, The Role of the International Arbitrator, 20 Arb. International 113 (2004).

Nous n'aborderons pas ici la question du recours aux règlements d'arbitrage institutionnels, comme notamment celui du Centre International de Résolution des Différends de l'Association d'Arbitrage Américaine, c'est-à-dire du CIRD-AAA, de la Chambre du Commerce Internationale de Paris (CCI) ou encore les règles de la CNUDCI. Ces règlementations seront étudiées dans la deuxième partie.

## **I – Le cadre légal de l'arbitrage international en France et aux Etats-Unis**

Aux Etats-Unis, les règles de procédure arbitrale sont beaucoup moins développées qu'en France. La jurisprudence détaille certains aspects de la Loi Fédérale sur l'arbitrage qui reste générale, quant aux règles de procédure à suivre. Nous nous attacherons, après en avoir présenté le contenu, à étudier les particularités qui existent entre les règles d'arbitrage en droit français et celles en droit américain (A) et comment s'exprime, dans un tel contexte, le principe d'autonomie de la volonté des parties et le rôle du tribunal arbitral (B).

### **A – Les règlementations applicables en arbitrage international**

#### **1. Les dispositions de droit français**

##### **a) -Présentation de l'arbitrage en France**

La France est une nation fondée sur le respect de l'Etat de droit, qui adhère aux principes de justice et d'équité applicables à tous. Ces principes ont une valeur universelle et sont consacrés dans le Pacte International Relatif aux droits civils et politiques des Nations Unis et dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Le droit français est, en général, très favorable à l'arbitrage et les tribunaux sont reconnus comme étant l'une des juridictions les plus favorables à l'arbitrage dans le monde<sup>137</sup>. C'est en France que *les marchands de paix*, un groupe de visionnaires français, composé du Ministre du Commerce et de grands industriels, prirent l'initiative au lendemain de la première guerre mondiale, de créer la Chambre de Commerce Internationale en 1919, inspirés par « la nécessité d'inventer de nouveaux outils propices au développement des échanges économiques, à la production de richesses et à l'épanouissement de la confiance et de la sécurité dans les contrats »<sup>138</sup>. La suite nous la connaissons, avec la création de la Cour Internationale d'Arbitrage et l'adoption de nombreuses règlementations souvent appliquées dans les milieux de l'arbitrage international.

---

<sup>137</sup> A-S. DUFÊTRE, J.-Ch.HONLET, B. LEGUM, *GAR International Commercial Arbitration*, Know-How, France (2015), <http://globalarbitrationreview.com/know-how/topics/61/jurisdictions/28/france/>.

<sup>138</sup> B. CASTELLANE. *Une brève histoire de la Cour d'Arbitrage ICC, in Echanges internationaux, dossier sur l'arbitrage ICC, l'outil majeur de règlement des différends commerciaux internationaux*, janvier 2018, n° 110, p.18.

## **b) -Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011**

Le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 a réformé l'arbitrage international en France. Cette réforme avait pour objectif principal de rendre le droit français de l'arbitrage international plus accessible aux utilisateurs internationaux et plus prévisible<sup>139</sup>.

En France, cet ensemble de règles régissant les procédures d'arbitrage internes ou internationales ont été codifiées dans le Code de Procédure Civile. On y retrouve les solutions adoptées par la jurisprudence depuis quelques décennies. Ainsi, pour les parties souhaitant recourir à l'arbitrage de droit français, il leur est proposé un ensemble de règles pour toute procédure d'arbitrage se déroulant en France mais aussi à l'étranger.

Le droit français de l'arbitrage se caractérise par sa division en deux branches, à savoir l'arbitrage international et l'arbitrage interne. L'arbitrage international de droit français est régi par les articles 1504 et suivants du Code de Procédure Civile. Il est important de souligner que le Code de Procédure Civile opère souvent par renvois entre les dispositions de droit interne et les dispositions de droit international, marquant ainsi la volonté du législateur d'adopter sous certains aspects, un régime commun.

Comme nous l'avons vu précédemment, l'article 1504 du CPC précise qu'*est international, l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*. Le fond et la pratique du droit français de l'arbitrage interne ont un lien de plus en plus étroit avec son pendant international. S'il existe encore en droit français une distinction arbitrage interne/international, il ne s'agit pas d'une distinction fondamentale, elle tend essentiellement à mettre l'accent pour les parties et les praticiens sur la nécessité d'accorder plus de souplesse aux arbitrages internationaux.

## **2. Les dispositions de droit américain**

### **a)- Présentation de l'arbitrage aux Etats-Unis**

- Le droit processuel aux Etats-Unis est fondé sur un système juridictionnel pluraliste<sup>140</sup> « où cohabitent des juridictions étatiques et des juridictions fédérales, les circuits juridictionnels peuvent parfois se croiser ». La Cour Suprême a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la primauté du droit fédéral en matière d'arbitrage et sur les conditions de validité des conventions d'arbitrage.

---

<sup>139</sup> C. PRÉVOT. "The taking of evidence in international commercial arbitration: a compromise between common law and civil law" (mémoire rédigé à Fordham Law School)

<sup>140</sup> M. PELLETIER, Commentaires de l'arrêt de la Cour Suprême « Kindred Nursing Centers » du 15 mai 2017. Revue de l'arbitrage 2017 n° 3, p.1003-1009.

Il convient de souligner que la procédure d'arbitrage et la procédure judiciaire aux Etats-Unis sont très différentes l'une de l'autre. En effet, l'une des caractéristiques de la procédure arbitrale est qu'elle a considérablement gagné en souplesse comparé aux procédures étatiques. En outre, dans les arbitrages menés aux Etats-Unis, il n'est pas nécessaire de suivre les règles légales formelles telles qu'elles seraient appliquées dans les procédures judiciaires.<sup>141</sup> Les seules limites posées concernent le respect des droits fondamentaux.

- On ne peut nier que les États-Unis soient un lieu particulièrement favorable à l'arbitrage. Certains auteurs estiment que les avantages de l'arbitrage sont parfois exagérés.<sup>142</sup> Jusqu'à la première moitié du siècle dernier, l'arbitrage était une discipline éloignée et obscure du droit américain. Dans la plupart des cas, son utilisation se limitait à des domaines hautement spécialisés comme le droit de l'amirauté et les industries automobiles. Les tribunaux et les législations des États-Unis dénigraient beaucoup l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des litiges.<sup>143</sup> Les juges américains, soucieux de conserver leur monopole, n'avaient aucun scrupule à ignorer les conventions d'arbitrage ou les clauses dites compromissaires.<sup>144</sup> L'approche juridique américaine de l'arbitrage a depuis considérablement évolué. Aujourd'hui, les tribunaux américains affirment régulièrement une « *politique nationale forte* » en faveur de l'arbitrage comme alternative à la justice étatique.<sup>145</sup>

- Plusieurs sièges aux Etats-Unis sont devenus des chefs de file dans la conduite de la procédure arbitrale. La longue tradition de New York de faire respecter les termes du contrat pour une meilleure sécurité juridique des parties<sup>146</sup> ont contribué à faire de cette place financière, le siège emblématique de l'arbitrage international aux Etats-Unis<sup>147</sup>. Le droit New Yorkais est le droit applicable le plus souvent mis en œuvre par les sociétés américaines<sup>148</sup>.

- Les Etats-Unis offrent, par ailleurs, un cadre multiculturel propice à l'arbitrage. Il permet la sélection d'arbitres et d'avocats ayant des traditions juridiques et culturelles diverses. Cette nation, qui représente environ un tiers du Produit Intérieur Brut (PIB) mondial, offre des services d'arbitrage et de conseillers juridiques spécialisés dans pratiquement tous les secteurs d'activité. La riche tradition du contentieux aux Etats-Unis, tant judiciaire qu'arbitral,

---

<sup>141</sup> AAA Commercial Rules R 34 (a) ("Conformity to legal rules of evidence shall not be necessary." "The Tribunal is not required to apply the rules of evidence used in judicial proceedings."); ("Parties that have chosen to remedy their disputes through arbitration rather than litigation should not expect the same procedures they would find in the judicial arena.").

<sup>142</sup> SHORE, CHENG, LA CHUISA, ET AL. International Arbitration in the United States (2017)

<sup>143</sup> T. E. CARBONNEAU, *The Revolution in Law through Arbitration*, 56 Clev. St. L. Rev. 233, 244 (2008).

<sup>144</sup> *Ins. Co. v. Morse*, 87 U.S. 445, 452 (1874) : L'argument le plus souvent invoqué par les tribunaux du XIXe siècle était que " les accords préalables visant à évincer les tribunaux de la juridiction conférée par la loi sont illégaux et nuls ".

<sup>145</sup> *AT & T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333, 346 (2011).

<sup>146</sup> J. S. KAYE, *New York and International Arbitration: A View from the State Bench*, 8(1) N.Y. Dispute Resol. Lawyer (Spring 2016) (Judge Kaye sat on New York's highest court for 25 years, 15 of them as Chief Judge).

<sup>147</sup> Au Centre international pour le règlement des différends (" CIRDI ") en 2014, deux fois plus d'arbitrages ont eu lieu à New York qu'à Miami, le deuxième siège le plus populaire, et six fois plus qu'à Los Angeles, le troisième siège le plus populaire. Au sein de l'équipe de la CCI basée à New York en 2015, deux fois plus d'arbitrages ont eu lieu à New York qu'à San Francisco, le deuxième siège le plus populaire, et quatre fois plus qu'à Miami, le troisième siège le plus populaire.

<sup>148</sup> Queen Mary University of London and White & Case, 2010 International Arbitrations Survey: Choices in International Arbitration p. 14, available at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2010/>

a également permis l'apparition de nombreux réseaux de traducteurs, de sténographes judiciaires<sup>149</sup> très qualifiés et de divers organismes d'aide à la justice.

#### **b)- La réglementation applicable aux Etats-Unis**

L'arbitrage international est régi par le *Federal Arbitration Act* de 1925, révisé en 1990 et est complété en matière de preuves par trois textes d'une importance considérable : d'abord par les *Federal Rules of Civil Procedure* et son article 26 qui prévoit une *discovery* aménagée ; ensuite par les *Federal Rules of Evidence*, révisées le 1<sup>er</sup> décembre 2017, enfin par l'*article 28 U.S. Code §1782* qui prévoit une coopération internationale en matière de preuve. Toutes ces réglementations présentent un point commun, à savoir celui de favoriser l'obtention des preuves aux Etats-Unis.

- Adoptée en 1925, la loi fédérale régissant les arbitrages effectués aux Etats-Unis est le *Federal Arbitration Act (FAA)*<sup>150</sup>. Cette réglementation a précisé certaines irrégularités procédurales qui peuvent servir de motifs d'annulation d'une sentence, tel que le refus abusif de reporter une audience ou encore le refus d'entendre une preuve pertinente. Elle impose également des normes procédurales *standards* aux arbitrages visés par la loi<sup>151</sup>. Les tribunaux reconnaissent, toutefois, que les arbitres disposent d'un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité pour traiter les questions de procédure comme bon leur semble, sous réserve d'une référence expresse à une loi applicable, à l'accord des parties et au droit fondamental de chaque partie d'être entendue.

En promulguant la *Federal Arbitration Act (FAA)* en 1925, il est manifeste que le Congrès américain s'est prononcé en faveur de l'arbitrage international<sup>152</sup>. Les arrêts de la Cour Suprême *Scherk v. Alberto-Culver*<sup>153</sup> (1974) et *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.*<sup>154</sup> (1985) ont réaffirmé, pour les autorités judiciaires américaines, 60 ans après sa promulgation, l'intérêt suscité, par l'arbitrage et en particulier par l'arbitrage international<sup>155</sup>.

- Les arbitres peuvent obliger toute personne à comparaître et à produire des preuves. La Section 7 de la *FAA* dispose que *les arbitres peuvent assigner par écrit toute personne à comparaître devant lui ou devant l'un d'entre eux en qualité de témoin et dans les délais suivants une affaire appropriée pour apporter avec lui ou elle tout, dossier, document ou papier qui peut être jugées importantes comme éléments de preuve dans l'affaire.*<sup>156</sup> Les

<sup>149</sup> F. LOWENFELD "The Two-Way Mirror" *op. cit.* p. 167

<sup>150</sup> 9 U.S.C. §§ 1-16.

<sup>151</sup> *Id.*

<sup>152</sup> *Southland Corp. v. Keating*, 465 U.S. 1, 10 (1984); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1740, 1745 (2011); *KPMG LLP v. Cocchi*, 132 S. Ct. 23, 25 (2011); *Compucredit Corp. v. Greenwood*, 132 S. Ct. 665, 669 (2012).

<sup>153</sup> 417 U.S. 506 (1974).

<sup>154</sup> 105 S. Ct. 3346 (1985).

<sup>155</sup> Supreme Court, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*

<sup>156</sup> 9 U.S.C. § 7.

tribunaux sont divisés sur la question de savoir si ce pouvoir s'étend aux tiers à l'étape de la conférence préparatoire à l'audience (*pre-hearing stage*)<sup>157</sup>. Les tribunaux arbitraux peuvent demander l'assistance et l'aide des tribunaux américains dans la collecte de preuve. Elle permet également aux parties et aux arbitres de demander l'exécution judiciaire des assignations à témoigner ou à produire des documents, que l'ordonnance soit rendue contre une partie ou un tiers à l'arbitrage.<sup>158</sup>

- La FAA permet à un tribunal d'annuler une sentence lorsque les arbitres ont refusé d'entendre une preuve *pertinente et importante*. Mais les tribunaux s'en remettent presque toujours aux décisions des arbitres sur les questions de pertinence et d'importance. Par exemple, les tribunaux ont statué que les arbitres n'ont pas à tenir compte des témoignages oraux à l'audience s'ils considèrent qu'ils peuvent rendre leur décision sur la base d'un motif qui peut être déterminé par des observations écrites.<sup>159</sup> La Cour Suprême des États-Unis a récemment affirmé dans l'affaire *AT&T Mobility v. Concepcion* (2011) que l'objet de la FAA est de faciliter *l'établissement de procédures efficaces et rationalisées*.<sup>160</sup> À la lumière de cette décision, les dispositions du droit des États permettant aux tribunaux arbitraux d'ordonner une communication préalable de grande envergure à l'américaine qui dépasse largement la portée de l'article 7. Ces dispositions peuvent être écartées à moins que les parties n'y aient expressément consenti.<sup>161</sup> L'arrêt *Concepcion* a été suivi depuis par de nombreux tribunaux fédéraux et étatiques.<sup>162</sup>

Les Federal Rules of Civil Procedure (Art. 26) : Une procédure de *discovery* limitée. La procédure de *discovery* est régie par l'article 26 des Règles fédérales de Procédure Civile (les "Règles FRCP"), ainsi que nous venons de l'évoquer. En vertu de cette Règle 26, la communication préalable, au civil, est autorisée en demande ou en défense pour toute *preuve pertinente et proportionnelle aux besoins de l'affaire*. Les *Federal Rules of Civil Procedure* des États-Unis prévoient une grande diversité de mécanismes de communication préalable, concernant notamment la communication de documents, les dépositions orales et écrites, les interrogatoires et les demandes d'admission.<sup>163</sup>

---

<sup>157</sup> *In re Sec. Life Ins. Co. of Am.*, 228 F.3d 865, 870-71 (8th Cir. 2000)

<sup>158</sup> *Burton v. Bush*, 614 F.2d389,390 (4thCir.1980) ; *Meadows Indem. Co. v. NutmegIns. Co.*, 157 F.R.D. 42,44-45 (M.D.Tenn.1994);

<sup>159</sup> *Howard Univ. v. Metro. Campus Police Officer's Union*, 512F.3d716,721722 (D.C.Cir.2008)

<sup>160</sup> *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 131 S. Ct. 1748, 1751 (2011): holding that class arbitration interferes with "fundamental attributes of arbitration" because it is more formal, more costly, slower, more likely to create procedural problems, and poses more risks to defendants than bilateral arbitration. Not enforcing the class arbitration waiver, in other words, interferes with arbitration); voir également *National Broad. Co. v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 190-91 (2d Cir. 1999) ("The popularity of arbitration rests in considerable part on its asserted efficiency and cost-effectiveness—characteristics said to be at odds with full-scale litigation in the courts, and especially at odds with the broad-ranging discovery made possible by the Federal Rules of Civil Procedure.").

<sup>161</sup> *Im Clone Sys., Inc. v. Waksal*, 22 A.D.3d 387, 387 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2005) (assuming that section 7 of the FAA preempts state law procedural rules on disclosure in arbitration); GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration* *op.cit* n. 35 (Kluwer Law International 2009).

<sup>162</sup> *Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown*, 132 S. Ct. 1201, 1203 (U.S. 2012)

<sup>163</sup> U.S. Federal Rules of Civil Procedure, R. 26.

Distinction primordiale entre la procédure de discovery et la production de document. Pour comprendre la véritable notion et les limites de la production de documents aux Etats-Unis, il convient d'examiner les Règles Fédérales de Procédure Civile qui définissent le processus et les limites de la production de documents. La règle 26 FRCP (*Federal Rules of Civil Procedure*)<sup>164</sup> n'utilise pas le terme de production de documents mais le terme de discovery. Ce n'est pas un hasard si les FRCP utilisent un terme différent car la procédure de *discovery* est très différente du processus de production de documents utilisé dans les pays de *civil law*<sup>165</sup>. La procédure de *discovery* comprend les types de production de document les plus étendus, elle permet aux parties *d'obtenir une communication préalable concernant toute question pertinente, non couverte par le secret confidentiel (privilege) en demande ou en défense à la réclamation ou à la défense de l'une d'entre elles*<sup>166</sup> et comprend davantage d'outils de collecte de preuves tels que les dépositions, les aveux etc.

- La règle du *meet and confer*. Il s'agit de la réunion des parties en amont pour discuter des questions de divulgation et l'élaboration d'un plan de communication préalable. Aux États-Unis, la règle 26(f) des Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) relative au *meet and confer* exige que les parties se réunissent initialement pour discuter des questions de préservation, de divulgation des documents et de dispense de communication (secret confidentiel). Elles élaborent conjointement un plan de communication préalable, comportant des propositions et des limites.

- Nécessité de fixer de nouvelles règles en raison de l'augmentation des coûts des procédures de divulgation. Au cours des dernières années, plusieurs modifications ont été apportées aux règles fixant les limites et la notion de *discovery* aux Etats-Unis. En 2010, une conférence sur le contentieux civil a été organisée aux Etats-Unis,<sup>167</sup> regroupent de très nombreux avocats y compris des spécialistes en droit de l'arbitrage. Tous les participants sont arrivés à la conclusion que *dans de nombreux cas, les litiges civils étaient devenus trop coûteux, longs et conflictuels, ce qui entravait l'accès aux tribunaux*<sup>168</sup>. Pour tenter de remédier à l'augmentation des coûts des procédures de divulgation, les Etats-Unis ont entrepris de réformer leur procédure civile.

- Une réforme des FRCP très attendue. Entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2015, les nouvelles dispositions adoptées concernaient, notamment, les critères d'acceptation en matière de demandes de communication préalable, ce qui devait en pratique limiter l'étendue des

---

<sup>164</sup> Federal Rules of Civil Procedure, la Règle 26, amendée le 1er décembre 2015, disponible à : <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>

<sup>165</sup> P. ASHFORD, "Document Production in International Arbitration: A Critique from 'Across the Pond'" (2012) 10(1) U.Chi.International L.Rev. 1–9, 5–6.

<sup>166</sup> U.S. Federal Rules of Civil Procedure, R. 26(b)(1).

<sup>167</sup> 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, available at: <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2015year-endreport.pdf> accessed on: 12.05.2019.

<sup>168</sup> 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, *op. cit.* p.4



productions de pièces et en réduire les coûts. Par ailleurs, la réforme introduisait, dans les règles des FRCP,<sup>169</sup> un principe de proportionnalité, destiné à fixer des limites raisonnables en matière de communication préalable. Désormais, il y a un accès limité des parties aux preuves détenues par les parties adverses. Le juge évalue si *le fardeau relatif aux coûts éventuels de la communication préalable l'emporte sur son avantage probable*.<sup>170</sup> Cette réforme a représenté une avancée majeure *vers un meilleur système judiciaire fédéral*.<sup>171</sup> Les Etats-Unis ont fait un pas important pour changer leur procédure civile et la raison en est l'augmentation des coûts des procédures de divulgation, bien que l'on ignore comment les règles modifiées réduiront les coûts et la durée des contentieux.

## **B – Quand les deux législations se rencontrent : entre coopération et blocage.**

### **1. Les dispositions de l'article 28 U.S. Code § 1782 : un travail collectif pour une meilleure obtention de preuves**

Les dispositions de l'article 28 U.S Code § 1782 sont applicables aux tribunaux arbitraux. Elles permettent aux parties situées à l'étranger d'obtenir au moyen d'une procédure simplifiée, du juge américain qu'il ordonne à une partie établie aux Etats-Unis, de produire certains documents ou de fournir son témoignage. La demande peut se faire par voie de requête sans débat contradictoire.

- Un outil d'enquête préalable très efficace. La section 1782<sup>172</sup> du titre 28 du Code des Etats-Unis est un puissant outil d'enquête préalable qui permet aux parties à une procédure étrangère d'obtenir des éléments de preuve<sup>173</sup> situés aux États-Unis qui, autrement, ne leur seraient pas accessibles par les mécanismes d'enquête préalable existant dans la procédure étrangère<sup>174</sup>. Elle permet à un tribunal de district d'ordonner à une personne résidant dans son district de « témoigner ou de faire une déclaration ou de produire un document ou autre objet pour être utilisé dans une procédure d'un tribunal étranger ou international ». <sup>175</sup> La loi permet que de telles ordonnances soient rendues à la demande du tribunal étranger ou à la demande de toute partie intéressée.

- Un large pouvoir conféré aux tribunaux fédéraux. Bien que le statut soit clair sur les exigences légales qu'une demande présentée en 1782 doit contenir, la Cour Suprême des États-Unis a

---

<sup>169</sup> 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary, *op. cit.* p.6.

<sup>170</sup> *id.*

<sup>171</sup> Gregory Brown, Amended Rule 26's Proportionality Standard: The First 60 Days, disponible: <https://www.law360.com/articles/758189/amended-rule-26-s-proportionality-standard-the-first-60-days>

<sup>172</sup> 9 U.S.C. §1782.

<sup>173</sup> 'Chapter 17: 28 U.S.C. Section 1782: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings', in Laurence Shore, Tai-Heng Cheng, et al. (eds), *International Arbitration in the United States*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2017) pp. 393 - 394

<sup>174</sup> *id.* pp. 411 - 412

<sup>175</sup> 28 U.S.C.Sect.1782 (a).

conféré aux tribunaux fédéraux américains un large pouvoir discrétionnaire pour accorder ou rejeter ces demandes de communication préalable.

- Notion de *tribunal*. Dans sa seule décision concernant l'article 1782, *Intelcorporation v. Advanced Micro Devices, Idc* de 2004, la Cour Suprême a défini le terme *tribunal* au sens de cette disposition. L'arrêt affirmait que l'article 1782 était applicable aux tribunaux arbitraux au même titre que les autres tribunaux judiciaires.<sup>176</sup> Si la mention des tribunaux arbitraux dans la définition a été dictée pour les besoins du litige concernant *Intelcorporation*, la mention des tribunaux arbitraux n'a cependant pas fait l'unanimité des autres tribunaux. Il convient d'indiquer que cet article est de plus en plus invoqué par les parties dans l'arbitrage international.

- Possibilité pour les tribunaux américains d'ordonner la *discovery* à l'appui d'arbitrage privés étrangers. Concrètement, l'article 1782 permet aux tribunaux américains d'ordonner la communication préalable à l'appui d'arbitrages privés étrangers, du moins s'ils estiment qu'il existe une possibilité de contrôle judiciaire de la sentence ou lorsque les parties arbitrent en vertu des règles de la CNUDCI.

## **2. Les lois de blocage en France : un choc culturel**

Nous ne nous attarderons pas sur cette question. Mais il est important de noter que la France avait adopté une loi de blocage n° 68-678 du 26 juillet 1968, le *french blocking statute*, relative aux modalités de communication à des autorités situées à l'étranger, de documents et de renseignements d'ordre économique, commercial, industriel et financier considérés comme étant de la plus haute importance. Ce dispositif a été renforcé en 1980.

Sous réserve des traités ou accords internationaux, il était fait interdiction aux ressortissants français (particuliers ou entreprises) de communiquer de telles informations à l'étranger sous peine de sanctions. Les demandes d'obtention d'informations *extraterritoriales* se heurtaient donc à un refus de la part des autorités françaises. Ces législations ont naturellement fait l'objet de controverses liées notamment au non-respect de la convention de La Haye de 1970, ou de l'article 26 des règles Fédérales de Procédure Civile américaine (FRCP) concernant la *pre-trial discovery*.

Dans une affaire jugée par la High Court de Londres en 1993, le Royaume Uni avait considéré que l'application de la loi de blocage française devait être écartée. En 2013, une autre juridiction britannique a tranché, dans la continuité de sa première décision, en faveur d'une divulgation extensive d'informations à l'encontre de deux sociétés françaises.<sup>177</sup> La High Court

---

<sup>176</sup> *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004) as "including investigating magistrates, administrative and arbitral tribunals, and quasi-judicial agencies, as well as conventional civil, commercial, criminal, and administrative courts"

<sup>177</sup> High Court d'Angleterre et du Pays de Galles – décision du 11 avril 2013, *National Grid Electricity transmission PLC v. ABB & ors* [2013] EWHC 822 (Ch)

avait considéré que *l'existence de la loi de blocage française ne constituait pas un motif suffisant pour ne pas ordonner la communication des documents dans cette affaire, eu égard à la faible probabilité de sanctions à l'encontre des défendeurs français.*<sup>178</sup>

Après avoir consacré ces développements au cadre légal français et américain concernant la procédure d'arbitrage internationale, nous aborderons la question du choix par les parties du cadre procédural en matière d'arbitrage international.

## **II - Consécration du principe de liberté des parties dans la détermination du cadre procédural en France et aux Etats-Unis**

En droit français, les parties peuvent, si elles le jugent opportun, ne choisir aucune ou seulement certaines des règles du droit procédural français en matière d'arbitrage, ce à quoi elles peuvent ajouter leurs propres règles, voire des règles étrangères, de sorte que la procédure qui en résulte peut-être un panachage de différents types de règles dont par exemple, des pratiques procédurales de *common law* fusionnées avec des règles françaises<sup>179</sup>. Il est ainsi possible de tirer profit des différences entre les systèmes de *Common Law* et de *Civil Law* en ce qui concerne le déroulement de la procédure et l'obtention des preuves. Les parties ou les arbitres peuvent donc choisir les règles qui s'adaptent le mieux, aux circonstances du litige.

Tout comme en France, les parties et le tribunal arbitral disposent, aux Etats-Unis, d'une grande liberté en matière de choix des règles de procédure. Ainsi de part et d'autre de l'Atlantique, un large pouvoir d'appréciation est conféré aux parties et au tribunal arbitral pour déterminer les règles applicables à la procédure de l'arbitrage.

### **A – Un large pouvoir d'appréciation conféré aux parties et au tribunal arbitral**

- La procédure est généralement organisée dans le cadre d'un dialogue permanent entre les parties et les arbitres<sup>180</sup>. Chacun contribue à ce dialogue qui permet de mettre en place, en l'absence d'accord entre les parties, une procédure flexible dans laquelle des éléments de cultures juridiques différentes peuvent être pris en compte<sup>181</sup>. Le tribunal arbitral se doit donc, d'une part, d'interpréter le silence des parties dans le cadre de la convention d'arbitrage et

---

<sup>178</sup> Site internet du pôle arbitrage du Cabinet d'Avocats ALTANA, *Discovery anglaise vs. Loi de blocage Français*, 5 juin 2013, <http://actuarbitragealtana.wordpress.com>.

<sup>179</sup> G. ROUHETTE, L'administration de la preuve *op. cit.* p. 237 ; J. Gillis Wetter, The Conduct of the Arbitration, 2 J. INT'L ARB. 7 (June 1985); ARTHUR L. MARRIOTT, Evidence in International Arbitration, 5 ARB. INT'L 280 (1989)

<sup>180</sup> L. KIFFER National Report for France (2013 through 2018), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration (Bosman (ed.); Jun 2018) p.44

<sup>181</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* pp. 358-359

faire, une fois le litige survenu, le choix de la procédure la mieux appropriée, à défaut d'accord entre les parties.

- Plusieurs options sont laissées à l'appréciation des parties et à défaut à celle de l'arbitre, dans le choix de la procédure arbitrale à mettre en oeuvre :

- . Les lois nationales applicables en fonction de la nationalité, de la tradition juridique des parties ou encore des intérêts en cause ;
- . Les règles non étatiques ou la *Lex Mercatoria* ou les règles de *soft law* applicables ;
- . Les règles codifiées en matière d'obtention de preuve (IBA Rules, Règles de Prague) ;
- . Les règlements d'arbitrage ;
- . La création par les parties à l'arbitrage et à défaut par le tribunal arbitral, d'un nouveau corps de règles sur-mesure, résultant du *panachage* de plusieurs règles préexistantes qu'ils estiment être les plus appropriées aux circonstances du litige.

### 1. En France

- Le tribunal arbitral est un acteur majeur dans la détermination des règles de procédure et de preuve, à défaut d'accord des parties et dans la conduite la procédure arbitrale. Les termes de son acte de mission et le calendrier procédural qui sera établi formeront le cadre dans lequel il pourra exercer ses fonctions juridictionnelles. Les dispositions de *l'article 1467 alinéa 3 du CPC par renvoi de l'article 1506.3° du CPC* confèrent à l'arbitre international le pouvoir d'ordonner des mesures d'instruction et de procéder à des injonctions de production de pièces. Il est important de souligner que si aucune règle de la procédure ne l'impose au tribunal arbitral, ce dernier aura la faculté de refuser le dossier de plaidoiries. Il convient enfin de rappeler qu'il ne dispose pas de *l'imperium* des tribunaux judiciaires, c'est-à-dire du « pouvoir de donner des ordres ». Il ne résulte pas non plus pour l'arbitre un devoir de coopération avec les juridictions étatiques.

- L'article 1464 alinéa 1<sup>er</sup> du CPC. Il donne la faculté aux arbitres de conduire la procédure d'arbitrage sans être liés par les règles formelles applicables dans les procédures judiciaires, à moins que les parties n'en conviennent ainsi (Article 1464 alinéa 1<sup>er</sup>). Le tribunal arbitral doit se conformer à la procédure convenue par les parties<sup>182</sup>. Si une convention d'arbitrage ne fait pas référence à un règlement d'arbitrage, qu'il soit institutionnel ou ad hoc, ou ne précise pas directement de particularités procédurales, les arbitres ont la charge de déterminer la procédure applicable<sup>183</sup>. Autrement dit, les arbitres doivent respecter la liberté contractuelle des parties et toutes les stipulations relatives à la procédure qu'elles entendent suivre<sup>184</sup>. A défaut, les arbitres organiseront la procédure qui devra être respectée par les parties.

---

<sup>182</sup> Paris, 19.05.1998, Société Torno Sp Av. Société Kagumai Gumi Co Ltd, Rev. arb. 1999. 601, note C. Jarrosson.

<sup>183</sup> L. KIFFER National Report for France *op. cit.* p. 43

<sup>184</sup> Civ.1ère, 8 mars 1988, SOFIDIF et autres v. O.I.A.E.T.I.et autre, Rev.arb.1989.481, note C. Jarrosson.

- Le pendant international de l'article 1464 alinéa 1<sup>er</sup> est l'article 1509 alinéa 2<sup>nd</sup> du CPC. Il énonce *dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.* Ainsi, la procédure d'arbitrage international est déterminée en premier lieu par les parties, et à défaut, par les arbitres. C'est également le cas lorsqu'un arbitrage international est régi par le droit procédural français. Les arbitrages internationaux sont régis par le droit procédural français, par la volonté des parties et conformément à l'ancien article 1495 du Code de procédure civile. Précédemment, les dispositions légales nationales étaient de nature complémentaire et ne s'appliquaient qu'en l'absence d'accord particulier entre les parties<sup>185</sup>. Le nouvel article 1506 du CPC précise les dispositions légales internes applicables à l'arbitrage international, que les parties aient choisi ou non le droit procédural français mais dans la mesure où les parties n'en ont pas convenu autrement.

- L'article 1509 du CPC. Il précise que le droit français ne régit pas nécessairement la procédure lorsque le siège de l'arbitrage est en France. Ainsi, les parties ou les arbitres peuvent déterminer la procédure directement ou par référence à une loi procédurale ou à des règles d'arbitrage.

- L'article 1467 du CPC. Il dispose que *le tribunal arbitral peut prendre toutes les mesures nécessaires en matière de preuve y compris appeler toute personne à témoigner ou enjoindre à une partie de produire des preuves.* Ainsi, un large éventail d'éléments de preuve semble généralement admissible<sup>186</sup>. Les arbitres sont entièrement libres dans leurs décisions en ce qui concerne les preuves, leur recevabilité, leur caractère pertinent ou encore leur importance. Par ailleurs, le tribunal arbitral peut ordonner aux parties toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Cependant, la juridiction de l'Etat est la seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires.

## **2. Aux Etats-Unis**

Le tribunal arbitral joue, aux côtés des parties, un rôle déterminant dans la conduite de la procédure arbitrale qui est dominée par la phase préalable. Les principales caractéristiques de la procédure peuvent être résumées comme suit :

- Le caractère complexe du cadre juridique de l'arbitrage aux Etats-Unis. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, l'arbitrage aux Etats-Unis est régi à deux niveaux, sur le plan étatique et sur le plan fédéral. Très peu d'Etats ont adopté des lois sur l'arbitrage international. Aux Etats-Unis, les lois sur l'arbitrage et les décisions des tribunaux imposent peu d'exigences particulières quant à l'arbitrage. Certains Etats ont même fondé, ne serait-ce que partiellement, leur

---

<sup>185</sup> Paris, 03.12.1998, Société Interpipe c. Hunting Oilfield Services (HOS), Rev. arb. 1999.601, note C.Jarrosion ; Paris, 15.05.1985, Raffineries de Pétrole d'Homs et de Banias c. Chambre de Commerce Internationale, Rev. arb. 1985.141, note Fouchard, p. 5

<sup>186</sup> A.-S. DUFÊTRE, J.-C. HONLET, B. LEGUM, GAR International Commercial Arbitration, Know-How, France (2015)

règlementation en matière d'arbitrage sur la loi-type de la CNUDCI. D'autres ont décidé de rendre le droit fédéral directement applicable à l'arbitrage international conduit dans les Etats.

- Une procédure qui laisse aux parties la faculté de produire toutes les preuves utiles à l'établissement des faits. Aux Etats-Unis, les juges et les parties veulent obtenir la « vérité factuelle et objective » du litige. La procédure donne aux parties une marge de manœuvre très large pour produire leurs preuves. Pour ce faire, les parties doivent prendre connaissance de tous les faits qui peuvent être prouvés par tous moyens. Aux Etats-Unis, les instruments de preuve ne se limitent pas à la preuve documentaire. De nombreux autres moyens de preuves sont autorisés tels que la déposition et le témoignage de tiers (experts et autres), les interrogatoires écrits, l'inspection physique d'objets ou de biens, ou encore l'examen physique ou mental de personnes.

- Le pouvoir discrétionnaire des arbitres. A moins que des règles de preuve n'aient été prévues par les conventions d'arbitrage ou les conclusions, ou règlementé par la loi, les arbitres ont un pouvoir discrétionnaire général quant au mode de conduite des procédures. Le principe de l'autonomie des parties dans le choix de leurs règles de procédure et de preuves est applicable à l'arbitrage international.

On observe une volonté, aux Etats-Unis, de favoriser l'efficacité de la procédure tant en termes de temps que de coût. Le district sud de New-York a précisé, à ce titre, dans un arrêt important de 1985 que « *les arbitres comme les tribunaux peuvent mettre en balance la valeur probante du témoignage et le risque de perte du temps, de prolonger les audiences et de confondre les questions. Les arbitres sont chargés de déterminer la pertinence de la preuve* »<sup>187</sup>.

- Interaction entre les arbitres et les avocats au cours de l'audience préliminaire. Tout d'abord, on assiste à une consultation entre les arbitres afin de cerner les questions particulières soulevées par le différend dont ils sont saisis. Le processus d'arbitrage commence généralement par la présentation aux avocats, d'un ordre du jour concernant cette phase préalable à l'audience. Dans les affaires d'une importance majeure, cette audience préliminaire se déroule souvent en personne, mais elle peut se dérouler par téléphone en tenant compte de la préférence des parties, surtout lorsque les avocats et les parties se trouvent dans des régions du monde très éloignées. De nombreux tribunaux invitent les représentants des parties à y assister et suggèrent que les avocats s'entretiennent entre eux, sur les points soulevés afin de rendre la séance plus productive.

- Les objectifs de l'audience préliminaire. Elle a pour objectifs de permettre, dans un premier temps, une meilleure compréhension par le tribunal des questions du litige. Les discussions

---

<sup>187</sup> Iron Ore Company of Canada v. Argonaut Shipping, Inc., (S.D.N.Y; 1985), ICCA Yearbook XII 173 (1987).

avec les parties donnent l'occasion au tribunal de guider le processus d'arbitrage de la manière la plus appropriée, d'identifier les questions importantes et enfin amener le tribunal à décourager les parties de déposer des requêtes dénuées de réel fondement. Ces discussions permettent ainsi d'éviter des manœuvres dilatoires, coûteuses et inutiles.

Dans un second temps, l'audience préliminaire permet l'établissement du calendrier et du processus d'arbitrage, en organisant notamment le dépôt des déclarations des témoins ainsi que les pièces sur lesquelles le témoin s'appuie, les mémoires et les rapports d'experts, le cas échéant. Généralement, la présentation se fait comme suit : d'abord le mémoire du demandeur puis le contre mémoire du défendeur et dans de nombreux cas, les mémoires en réponse du demandeur puis du défendeur.

Ainsi bien avant l'audience, le tribunal et la partie adverse reçoivent une présentation complète des arguments des parties à un stade antérieur à l'audience<sup>188</sup>. Cela constitue encore une autre différence par rapport aux procédures étatiques ou aux arbitrages nationaux américains. Ces présentations servent à raccourcir la durée de l'audience puisque les déclarations écrites des témoins remplacent les témoignages directs.

## **B – Limites à la liberté contractuelle : le respect des principes fondamentaux de procédure et de l'ordre public international en droits français et américain**

Il existe des principes fondamentaux auxquels ni les parties, ni les arbitres ne peuvent contrevenir, sous peine de sanction. Ces principes sont universels. Ainsi en est-il du principe de loyauté inspiré de l'adage latin, *pacta sunt servanda* c'est-à-dire *le contrat est la loi des parties*, auquel il est si souvent fait référence dans les relations contractuelles. Les règlements d'arbitrage institutionnel font référence à cette obligation de bonne foi, notamment l'article 17.4 de la loi-type CNUDCI ou l'article 18 du règlement CIRD-AAA (principal centre d'arbitrage américain) ou les articles 13 et 15 du règlement LCIA de Londres.

### **1. Spécificités en droit français**

Ces principes fondamentaux sont universels. Nous ne retiendrons que les spécificités significatives que l'on rencontre en droits français et américain.

#### **a)- Les principes directeurs du procès**

- Il existe des principes directeurs du procès<sup>189</sup> auxquels les arbitres ne peuvent pas déroger. Bien que les arbitres ne soient pas liés par les règles régissant les procédures judiciaires, ces

---

<sup>188</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* 390-91 (5th ed., 2009).

<sup>189</sup> BOLARD, G., "Les principes directeurs du procès arbitral", *Rev. arb.* 2004.511. Those procedural principles are in line with the requirements of fair trial (procès équitable) provided by the European Convention on Human Rights (ECHR) (Jarrosson, Ch., "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. arb.* 1989.573). However, the ECHR only applies

principes constituent une limite légale substantielle à la possibilité offerte aux arbitres de régler la procédure arbitrale sans être tenue de suivre les règles établies pour les tribunaux judiciaires. Ils participent avec force à la *relativisation du concept de « justice privée » de l'arbitrage*<sup>190</sup>.

Si aucune disposition ne précise expressément les conditions, concernant l'application par les arbitres, des principes directeurs du procès, ils sont, pour le moins, mentionnés à l'article 1464, alinéa 2 du Code de procédure civile applicable à l'arbitrage interne. En effet, les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, 11 (alinéa 1) et 13 à 21 du Code de Procédure Civile sont toujours applicables aux instances arbitrales<sup>191</sup>. Ce sont des principes fondamentaux de procédure qui relèvent des droits de la défense et du procès équitable<sup>192</sup>. Ils ont vocation à s'appliquer à l'arbitrage international.

- Les parties se doivent de respecter le devoir de loyauté, lors de l'instruction de la procédure, conformément aux dispositions des articles 10 et 11 du Code Civil. Ils prévoient que « chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité ». En ce sens, selon l'article 1464 alinéa 3 les parties et les arbitres doivent agir avec diligence et bonne foi<sup>193</sup>. Cette dernière disposition est particulièrement importante en matière de preuve. Cette obligation de coopérer de bonne foi dans l'arbitrage est également applicable à l'arbitrage international<sup>194</sup>.

#### **b)-Le principe de la contradiction**

Le principe de la contradiction (ou du contradictoire) est un autre principe fondamental reconnu universellement tant dans les systèmes civilistes que dans les pays anglo-saxons et également sur le plan international<sup>195</sup>. Ce principe est applicable aux arbitrages<sup>196</sup>. Le nouvel article 1510 du CPC, qui a été introduit par le décret du 13 janvier 2011, dispose que dans l'arbitrage international, « quelle que soit la procédure adoptée, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction. » Ce principe suppose, tout d'abord, le droit pour une partie à être appelée au procès (article 14 du CPC) et ensuite, celui d'être informée de tous les éléments de la procédure pour pouvoir invoquer ses moyens de défense et être en mesure de « contredire » valablement l'argumentation adverse (15 du CPC)<sup>197</sup>.

---

to States and State courts and not to arbitration (Civ. 1ère, 20.02.2001, Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de commerce internationale, Rev. arb. 2001.511, n. Clay, Gaz. Pal. 2001.somm.1893, n. Niboyet, RCDIP 2002.124, n. Seraglini).

<sup>190</sup> O. POMIES - Dictionnaire de l'arbitrage, Collecton « Didact droit », Presses Universitaires de Rennes (PUR), p. 150

<sup>191</sup> 1464 alinéa 2 du Code de Procédure Civile

<sup>192</sup> S. GUINCHARD "L'arbitre et le respect du principe du contradictoire" Rev.arb.1997

<sup>193</sup> "While the duty to act in good faith always existed, French courts have expressly introduced in arbitration the rule of estoppel originated from common law", Civ. 1ère, 06.07.2005, Rev. arb. 2005.993, n. Pinsolle

<sup>194</sup> Par renvoi de l'article 1506.3° du CPC à l'article 1464 du CPC.

<sup>195</sup> Articles 18,24.3 et 34.2.a.ii de la loi-type de la CNUDCI et les règlements d'arbitrage

<sup>196</sup> Principe réaffirmé par l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 16 janvier 2003, Rev. Arb. P. 369, note L. JAEGER.

<sup>197</sup> J.B. RACINE, *Le droit de l'arbitrage, les deux composantes du principe de la contradiction*, pp. 393-403.



Il est logique et souhaitable, d'ailleurs, que ni les parties, ni les arbitres qui sont investis d'une fonction juridictionnelle, ne puissent y déroger, sans encourir de sanctions<sup>198</sup>, telles que l'annulation de la sentence (*article 1520-4° du CPC*) ou sur le plan international, le refus d'exequatur de la sentence (*article V.1.b de la Convention de NY du 10 juin 1958*).

### **c)-Le principe d'égalité des parties**

L'article 1510 du CPC prévoit, au même titre, que le respect du principe de la contradiction, celui de l'égalité des parties. Toutes les parties doivent être traitées sur un plan d'égalité, aucun avantage ne saurait être conféré à l'une des parties qui lui permettrait d'obtenir gain de cause. La méconnaissance de cet autre principe fondamental encoure les mêmes sanctions que la violation du principe de la contradiction (*article 1520-5° CPC*).

La Cour d'appel de Paris a réaffirmé, dans l'arrêt *Société CIC International Ltd c. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne* du 19 janvier 1999, l'obligation de respecter et de faire respecter le principe d'égalité des parties et de ce fait, le droit à un procès équitable. En particulier, l'arbitre a l'obligation de s'assurer que les parties ont été traitées sur un pied d'égalité et qu'elles ont été en mesure de présenter leurs arguments en fait et en droit, de connaître ceux de leur adversaire et d'en discuter à chaque étape de la procédure. La Cour d'Appel précise que ce principe n'a pas été violé par l'arbitre, qui a décidé, par une décision motivée et après un débat contradictoire, de rejeter la demande d'une partie d'ordonner à l'autre partie de communiquer toute sa correspondance.<sup>199</sup>

Au-delà de la définition de l'objet du litige et des règles d'instruction de l'affaire, ces dispositions qui garantissent le principe de la contradiction et l'égalité des parties<sup>200</sup> sont également applicables à l'arbitrage international. Le tribunal doit veiller à ce que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et à ce qu'elles respectent le principe d'une procédure équitable. A ce titre, il a été jugé, dans un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de Cassation en 2012, qu'il n'y avait pas eu violation du droit à un *due process* (procès équitable) lorsque les parties ont été traitées sur un pied d'égalité<sup>201</sup>.

### **d)-L'ordre public international**

Si les parties doivent respecter les principes fondamentaux liés aux droits de la défense dans le procès arbitral, elles ne sauraient méconnaître non plus, « les principes de justice universelle dotés de valeur internationale absolue » que représente l'Ordre Public

---

<sup>198</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup> du 26 juin 2013, Rev. Arb. 2013, note M. Laazouzi.

<sup>199</sup> CA Paris, 19 janvier 1999, *Société CIC International Ltd c. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne*, Rev. arbitrage 1999, p.601, note Ch. JARROSSON

<sup>200</sup> Paris, 15 juin 2006, *République du Gabon v. Société Prodoil Gabon SA*, Rev. arb. 2006.1002, note GARAUD and de TAFFIN

<sup>201</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 06 juin 2012, n°11-18.252.

International<sup>202</sup>. La clause compromissoire est, certes, autonome au regard des lois étatiques, mais elles ne pourraient pas s'affranchir des dispositions de l'ordre public international, ainsi que le prévoit l'article 1514 du CPC, au titre de la reconnaissance et de l'exécution des sentences arbitrales internationales.

## 2) Spécificités aux Etats-Unis

Les principes que nous venons d'évoquer sont applicables aux parties et aux arbitres dans les procédures d'arbitrage international en droit américain. Mais celui qui est le principe qui est respecté avec le plus de force est le principe d'équité, c'est-à-dire de *due process*.

La Cour Suprême, dans son arrêt *Berhardft v. Polygraphic Co* en 1956, a convenu que les arbitres ne sont pas liés par les règles formelles de procédure et de preuve, et la norme de contrôle judiciaire des procédures d'arbitrages consiste simplement à déterminer si une partie s'est vu refuser un procès fondamentalement équitable.<sup>203</sup>

Le seul critère de contrôle d'une procédure arbitrale consiste à savoir si une partie à un arbitrage a été privée ou non d'une audience fondamentalement équitable.<sup>204</sup> Le droit à un procès équitable est un principe fondamental du droit processuel aux Etats-Unis, c'est l'idée de *due process*. Il constitue une garantie substantielle pour les justiciables, ayant recours à cette *autre justice*<sup>205</sup>. Bien que la réglementation concernant la mise en œuvre de la procédure arbitrale puisse encore comporter des imprécisions, les arbitres doivent impérativement se conformer au principe fondamental du *due process*, c'est-à-dire au droit à un procès équitable. Dans son arrêt *Moses F Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp* de 1983, la Cour Suprême énonce qu'une sentence peut être annulée lorsque les arbitres ont eu un comportement préjudiciable aux droits de l'une des parties, par exemple, si elles ont refusé de reporter l'audience sur présentation d'un motif suffisant, ou refusé d'entendre des éléments de preuve pertinents, ou de tout autre comportement préjudiciable aux droits de l'une des parties.<sup>206</sup> A ce titre, les arbitres, désireux d'assurer un procès équitable, s'efforcent d'être sensibles aux différences culturelles dès lors qu'elles peuvent influencer sur la présentation des preuves.

---

<sup>202</sup> Chambre civile 25 mai 1948 Arrêt Lautour concernant une demande d'indemnisation en droit international privé.

<sup>203</sup> *Berhardft v. Polygraphic Co. of Am.*, 350 U.S. 198, 203 (US SCt 1956); *DEI, Inc v. Ohio and Vicinity Regional Council of Carpenters*, 155 Fed. Appx 164, 170 (6th Cir. 2005).

<sup>204</sup> *Id.*

<sup>205</sup> O. POMIES, Dictionnaire de l'arbitrage, procès équitable.

<sup>206</sup> *Moses F Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24 (1983).

## **CHAPITRE II**

### **L'OBTENTION DES PREUVES DANS LES PROCEDURES ARBITRALES INTERNATIONALES EN FRANCE ET AUX ETATS-UNIS**

Tant en France qu'aux Etats-Unis, la charge de la preuve incombe aux parties, en vertu du principe communément admis *actori incumbit probatio*. Les parties doivent rapporter la preuve des faits et des prétentions invoquées. Tous les règlements d'arbitrages y font généralement référence, comme notamment l'article 27.1 du règlement CNUDCI ou encore l'article 19 du règlement de l'American Arbitration Association (AAA), pour ne citer qu'eux.

#### **I – Les modes de preuve privilégiés en France et aux Etats-Unis**

En France et aux Etats-Unis, la preuve peut être rapportée par tout moyen. De tradition civiliste, les tribunaux français privilégient les preuves écrites, tandis que les Etats-Unis, en ligne représentante de la tradition de *common law*, les preuves orales, ainsi que nous l'avons étudié précédemment. Il sera intéressant de voir comment cette distinction s'opère en arbitrage international.

En France, conformément aux nouvelles dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve et en particulier aux termes de l'article 1353 du Code Civil, « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

En complément des Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), révisées en 2015, les Federal Rules of Evidence (FRE), révisées le 1<sup>er</sup> décembre 2017, régissent le droit de la preuve aux Etats-Unis. Il appartient également aux parties de rapporter la preuve des faits qu'elles allèguent. Si la France et les Etats-Unis s'accordent sur ce point, les procédés mis en œuvre pour y parvenir diffèrent considérablement.

#### **A – Les preuves documentaires : écrites et numériques**

En arbitrage international, il n'existe pas de règles spécifiques en matière de preuve documentaire. Comme dans l'arbitrage interne, dans l'arbitrage international, un tribunal arbitral peut enjoindre à une partie de produire un élément de preuve en sa possession (article 1467 al 3) et une partie, sur autorisation du tribunal arbitral, demander à un tiers d'être cité par le président du Tribunal de Grande Instance, afin d'obtenir une copie ou la production des preuves en la possession du tiers concerné (article 1469). Dans la pratique, les parties et les

arbitres s'inspirent fréquemment des règles de l'IBA sur l'obtention des preuves dans l'arbitrage commercial international et des règles d'arbitrages institutionnels.

## **1. Les preuves écrites sur support papier**

### **a)- En droit français**

Conformément aux nouvelles dispositions de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles 1364 et 1365 du Code Civil disposent que « la preuve d'un acte juridique peut être préconstituée par un écrit en la forme authentique ou sous signature privée » et que « l'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support. » La preuve écrite ou littérale est le mode de preuve le plus fréquemment utilisé en France, comme dans les pays de tradition de *civil law*.

On observe, à ce titre, que pour les législateurs français, la force de l'écrit est telle que même s'il s'agit de déclarations de témoins (article 202 du CPC) ou de parties, l'écrit peut l'emporter. Ainsi, aux termes de l'article 1362 du Code Civil, il est précisé que peuvent être considérées par le Juge, comme équivalent à un commencement de *preuve par écrit, les déclarations faites par une partie, lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution.*

### **b)- En droit américain : la procédure de *discovery***

La procédure de *discovery* permet à une partie de demander à la partie adverse, dans le cadre de la phase de recherche de preuves, tous les éléments susceptibles d'établir ses prétentions, y compris si ces éléments lui sont défavorables. Cette procédure est redoutée par les parties et les conseils issus notamment des pays de *civil law*, qui ne sont pas familiarisés avec de telles procédures de divulgation. Nous avons déjà eu un aperçu des procédés recouverts par la procédure de *discovery*, qui comprend notamment la technique des *interrogatories* (FRCP Title V Rule 33), des *requests for admissions* (FRCP Title V Rule 36) ou encore des *fishing expeditions*.

## **2. Les preuves écrites sur support électronique**

### **a)- Les spécificités juridiques**

- En droit français : L'article 1366 du Code civil précise que l'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.

- En droit américain : la procédure permettant d'obtenir la production de preuves électroniques est la procédure de e-discovery, incorporée aux dispositions de l'article 26 des Federal Rules of Civil Procedure en 2004.

#### **b)- Présentation des modes de preuves numériques**

Grâce aux avancées technologiques et au développement notamment du e-commerce, de nouveaux procédés de signature électronique ont permis de garantir, dans le processus de conclusion de transactions internationales, le respect des principes de sécurité juridique et de conformité aux exigences de rapidité, de flexibilité, d'économie et d'efficacité.

En effet, les technologies numériques du XXIème ont modifié le concept même de commerce international en le rendant plus accessible et plus performant. On a pu observer le recours notamment à des mécanismes tels que les systèmes de contractualisation en ligne, notamment *DocuSign*, *eSignOnline*, *CertEurop*, les solutions sécurisées de stockage et de partage de fichiers de type *dropbox*, l'utilisation des métadonnées ou Metadata, c'est-à-dire des données permettant de se renseigner sur d'autres données électroniques telles que les créations des fichiers, leurs auteurs, les destinataires, les modifications et suppressions apportées.

Les tribunaux qu'ils soient judiciaires ou arbitraux ont reconnu l'équivalence entre preuves écrites et preuves électroniques et ont pu, à ce titre, requalifier des documents électroniques en contrats, en avant-contrats, voire en lettres d'intention. Il n'en reste pas moins que l'utilisation de la preuve électronique reste soumise à des contraintes, à savoir la nécessité d'un archivage préalable et sécurisé des données. Elle peut présenter des risques, notamment en raison de manœuvres déloyales de parties tendant à empêcher la localisation, l'accessibilité ou la récupération de données effacées et les communications par inadvertance. Le recours à des données électroniques peut également faire l'objet de restrictions légales concernant le traitement informatique des données personnelles.<sup>207</sup>

### **B – Les preuves testimoniales : témoignages et expertises**

#### **1. Les témoignages en droit français**

- Le droit français donne quelques précisions sur les moyens de preuve admissibles en matière d'arbitrage international. L'article 1467 du CPC énonce que les arbitres peuvent demander à toute personne de témoigner ou d'enjoindre une partie de produire des preuves. Cette disposition s'applique également à l'arbitrage international. Dans ce cadre, le Conseil de

---

<sup>207</sup> Nombreuses sont les réglementations qui ont été adoptées en France, de la loi n° 78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés du 6 janvier 1978, dite loi Informatique et Liberté, réécrite le 12 décembre 2018, en passant par le RGDP, Règlement Général sur la protection des Données adopté le 27 avril 2016 (Règlement 2016/679) applicable à compter 25 mai 2018.

l'Ordre des Avocats de Paris a adopté une résolution confirmant que la préparation d'un témoin par un membre du Barreau de Paris, avant sa déposition, ne viole pas les principes essentiels de la profession d'avocat. Cela fait partie d'une pratique courante selon laquelle les avocats doivent avoir la possibilité de s'acquitter pleinement de leurs obligations de défendre leurs clients<sup>208</sup>.

- Les témoins ne peuvent pas prêter serment. Bien qu'il soit normal de rappeler aux témoins qu'ils doivent dire la vérité, les arbitres ne peuvent obliger les témoins à comparaître<sup>209</sup>. Les parties et le tribunal arbitral sont donc libres d'organiser l'audition des témoins comme ils le souhaitent, en recourant à toute méthode d'interrogatoire qu'ils jugent appropriée. Le tribunal arbitral ne peut contraindre un témoin potentiel à comparaître et à témoigner, ni à produire tout document qu'il pourrait avoir en sa possession.

## **2. Les témoignages en droit américain**

- La procédure de *discovery*. Pour Robert S. RIFKIND, une audition de témoins aux Etats-Unis, est un genre de *drame spécialisé*<sup>210</sup>, selon sa théorie, *chaque avocat est le metteur en scène d'une petite pièce de théâtre. Il doit chorégraphier les entrées et les sorties des joueurs et obtenir leurs réponses dans un ordre qui donne un récit cohérent, compréhensible, persuasif et, si possible, intéressant pour l'enquêteur*<sup>211</sup>. Dans une telle production théâtrale, les documents et autres preuves tangibles peuvent être des éléments fondamentaux, mais le récit de l'organisation est fourni par témoignage oral<sup>212</sup>.

Dans sa phase de recherche de preuves orales, la procédure de *discovery* est très étendue, Les contre-interrogatoires sont souvent très déstabilisants, c'est pourquoi les avocats jouent un rôle déterminant de la préparation des parties ou des témoins.

- Témoignage oral ou écrit ? Certains tribunaux américains acceptent les déclarations écrites de témoins. Cela reste conforme au point de vue de la *common law*, selon lequel le témoignage des tiers est essentiel à la présentation et à la détermination du bien-fondé de l'affaire. Les arbitres ont le pouvoir de permettre, voire d'exiger, que les parties présentent la déclaration écrite d'un témoin au lieu de le faire témoigner directement à l'audience, dans cette hypothèse, ces déclarations soumises par écrit font office de témoignage direct.

---

<sup>208</sup> "L'avocat et le témoin dans l'arbitrage international", Bulletin du Barreau de Paris, No.9, 4 Mars 2008, pp. 45-46.

<sup>209</sup> Selon certains auteurs, le président de la procédure sommaire du TGI (ou du TC) peut être invité à ordonner la comparution d'un témoin, mais il n'existe pas de jurisprudence sur ce point. La loi ne prévoit l'assistance judiciaire dans la procédure arbitrale qu'en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral (art. 1451, 1452, 1453, 1454 et 1455), la révocation, la récusation ou le retrait d'un arbitre (art. 1456 et 1457, al. 2) et la prolongation du délai de prononcé de la sentence (art. 1463, al. 2). Un argument contre l'intervention judiciaire dans la procédure arbitrale sur d'autres points que ceux qui précèdent est que cela ne serait pas compatible avec la nature contractuelle de l'arbitrage. La question est cependant ouverte.

<sup>210</sup> R.S. RIFKIND, « *Preparing the witness for cross-examination* » de Newman et Sheppard, *Take the Witness: Cross-examination in International Arbitration* (2010)

<sup>211</sup> *Id.*

<sup>212</sup> *Id.*

Aux Etats-Unis, les personnes susceptibles d'être intéressées par l'issue d'une affaire, telles qu'une partie ou son employé, sont autorisés à être témoins et le tribunal arbitral peut tenir compte de cet intérêt lorsqu'il examine le témoignage. Cette pratique diffère de celle de nombreux pays de *civil law* où toutes les personnes concernées ne sont pas autorisées à témoigner.

## **II – L'obtention des preuves dans les procédures arbitrales internationales de droits français et américain**

Nous ne retiendrons ici que quelques particularités significatives des droits français et américain, qui n'auraient pas été d'ores et déjà évoqués au titre des différences entre pays de *civil law* et *common law* ou qui ne seront pas traités dans la deuxième partie.

Il importe de rappeler que la charge de la preuve incombe aux parties<sup>213</sup>. Selon l'article 9 du Code de Procédure Civile « *chaque partie est tenue de prouver, conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». L'expression *prouver conformément à la loi* suppose qu'une preuve doit être juridiquement admissible. A la différence des contentieux étatiques et d'arbitrage interne, les conditions de recevabilité des preuves en arbitrage international bénéficient d'un régime plus favorable.

### **A - Le rôle des parties en droits français et américain**

#### **1- En droit français**

Les parties ont le devoir de rapporter la preuve des faits et des prétentions invoquées. La communication des pièces doit être spontanée. En cas d'incident, les parties ont recours au tribunal arbitral qui pourra ordonner la production des pièces ou des mesures d'instruction.

#### **2- En droit américain**

La procédure est beaucoup plus complexe. De larges pouvoirs sont conférés aux parties pour réunir tous les moyens de preuves utiles à la démonstration de leurs prétentions.<sup>214</sup>

---

<sup>213</sup> G. FLÉCHEUX, « La preuve dans les arbitrages internationaux », in L'internationalisation dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey, Pedone, 1995 p. 323.

<sup>214</sup> Cf. procédures de discovery et e-discovery pour exemple, l'article 21 du règlement CIRD-AAA, bien que l'objet du présent chapitre n'est pas d'évoquer les arbitrages institutionnels.

## **B- La production de preuves écrites**

- La production de preuves écrites est le mode de preuve le plus fréquemment utilisé en France. La communication des pièces, quel qu'en soit le support, sur laquelle une partie fonde ses prétentions doit être par principe spontanée. Il convient de rappeler que les systèmes de *civil law*, comme celui de la France, n'ont pas de processus de communication préalable avant le procès, comparable à la procédure de *discovery* qu'elle soit aménagée ou non. La production d'un document ne peut être ordonnée que si une partie a le droit d'obtenir des preuves documentaires fondées sur un contrat ou la loi.

- En matière d'administration de la preuve, de larges pouvoirs d'appréciation sont accordés au tribunal arbitral. Il apprécie l'admissibilité des preuves, leur valeur probante, leur caractère pertinent, les dispenses invoquées par les parties au regard des dispositions relevant de l'ordre public international, de la confidentialité, du respect de la vie privée, du secret des affaires, de la mauvaise foi des parties invoquant la prescription liée aux délais légaux de conservation des documents, pour se soustraire à toute demande de production de pièces (France), sur l'incidence de la défaillance d'une partie (abstention, refus, réticence dolosive, mauvaise foi), ou encore sur son intervention pour prononcer des injonctions de production forcée de pièces détenues par la partie adverse<sup>215</sup>, ou par les tiers.<sup>216</sup> En effet, si l'une des parties souhaite se prévaloir des preuves détenues par un tiers, le décret de 2011 prévoit désormais qu'elle peut, sur autorisation du tribunal arbitral, se faire citer par le Président du Tribunal de Grande Instance, afin d'obtenir la production de ces preuves (Article 1469 du CPC).

- Les arbitres ont le pouvoir de sanctionner la défaillance d'une partie. Ils ont le pouvoir de la contraindre à produire les pièces concernées, si nécessaire, sous astreinte. Il découle des principes directeurs du procès que les parties doivent se conformer à toute mesure d'instruction ordonnée par les arbitres. A défaut, les arbitres pourront toujours tirer toutes les conséquences de fait et de droit des manquements constatés chez l'une ou l'autre des parties, ce qui revient sensiblement à rapporter, par la partie récalcitrante, une preuve de son omission, ce qui lui serait défavorable pour l'issue du litige.

- La pratique des bordereaux de communication de pièces. Il est procédé à l'établissement de bordereaux de communications de pièces, signés et retournés par leurs destinataires, afin de se ménager la preuve du respect du principe du contradictoire. Les arbitres ne pourront se fonder sur des pièces non communiquées, sauf à risquer de voir leur sentence annulée pour non-respect du principe du contradictoire.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> Voir les articles 1467 al.3 et 1469 al.1 du CPC, applicables à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506.3° du CPC.

<sup>216</sup> Voir les articles 1469 al.1 du CPC, applicable à l'arbitrage international par renvoi de l'article 1506.3° du CPC

<sup>217</sup> O.POMIES - Dictionnaire de l'arbitrage, *op. cit.* p. 62



- Les arbitres peuvent refuser la production de documents sans enfreindre le principe du *due process*.<sup>218</sup> Ils se fondent sur des critères tels que l'absence de pertinence ou du caractère disproportionné de la production sollicitée. Mais en vertu de ce principe, les arbitres n'ont d'autre choix que de ne pas tenir compte des documents non soumis à l'autre partie.<sup>219</sup>

### **C - La procédure de *discovery* atténuée**

Comme on l'a vu précédemment, les systèmes de *civil law* n'ont pas de processus de communication préalable avant le procès, comparable à la procédure de *discovery* que l'on trouve en *common law*. La production d'un document ne peut être contrainte que si une partie a le droit d'obtenir des preuves documentaires fondées sur un contrat ou la loi.

- Un recours restreint à la procédure de *discovery*. A la différence du contentieux étatique, les parties aux Etats-Unis ne peuvent pas bénéficier, au titre de la réglementation en arbitrage international, de la procédure de *discovery*, entendue sous sa forme extensive. Les outils de communication préalable des litiges américains ne sont pas admis en arbitrage, tels que les dépositions ou les interrogatoires<sup>220</sup>. On sait néanmoins que les parties à un arbitrage international peuvent librement choisir une loi nationale comme la loi américaine avec tout ce qu'elle peut comporter comme contraintes.

Pour les Etats-Unis et d'autres pays anglo-saxons, sans nul doute, ce procédé de divulgation des preuves constitue une garantie pour le respect des droits de la défense. Selon leur approche, la phase préalable du procès est essentielle et est indispensable pour un procès équitable. C'est généralement une phase longue et coûteuse, ce qui explique pourquoi les américains décrivent la façon dont l'arbitrage national est devenu si proche du contentieux étatique dans sa phase préliminaire de divulgation.

Nous savons que le litige aux États-Unis est particulièrement connu pour sa *discovery* extensive<sup>221</sup>, dans le cadre de laquelle les tribunaux accueillent régulièrement les demandes de divulgation détaillées des parties<sup>222</sup>, alors qu'en France la confidentialité et la vie privée des parties sont davantage préservées. Les parties issues de la tradition civiliste seront davantage soucieuses de limiter l'étendue de cette communication préalable dans leur clause d'arbitrage et à défaut d'accord entre les parties, les arbitres devront décider de l'étendue de celle-ci, le cas échéant en fondant leur décision sur l'intention initiale des parties ou sur tout accord des parties intervenu postérieurement au litige.

---

<sup>218</sup> Société Nu Swift PLC v. Société White Knight et autres, Rev. arb. 1997.429, n. Derains.

<sup>219</sup> Civ. 2ème, 23.10.2003, Société Cofinance vs. Société Castorama, Bull.civ.II, No.316.

<sup>220</sup> J. GARDINER et al., Discovery, in *International Commercial Arbitration in New York op. cit.* p. 273

<sup>221</sup> L. B. KIMMELMANN AND D. C. MACGRATH, "Document Production in the United States" in Document Production in Arbitration, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement pp. 43-56

<sup>222</sup> J. GARDINER et al., Discovery, in *International Commercial Arbitration in New York op. cit.* p. 269

## **D - Le contre-interrogatoire ou *cross-examination***

*Le contre-interrogatoire a été décrit comme une arme puissante et précieuse pour tester la véracité d'un témoin et l'exactitude et l'exhaustivité de son histoire*<sup>223</sup>.

### **1. Avant le contre-interrogatoire**

Il incombe à la partie qui présente une déclaration de témoin de s'assurer que le témoin est disponible pour le contre-interrogatoire<sup>224</sup>. Si le témoin n'est pas disponible, le tribunal peut rejeter sa déclaration. En règle générale, seuls les témoins que la partie adverse cherche à faire comparaître à l'audience pour contre-interrogatoire sont présentés en direct à l'audience. Les avocats choisissent parfois de ne pas faire comparaître certains témoins qui pourraient être trop importants pour la partie adverse. L'arbitre dispose d'un pouvoir d'appréciation pour autoriser ou non la présentation, même brève, de témoins dont le contre-interrogatoire n'aurait pas été demandé par la partie adverse. Une courte période de préparation est généralement accordée au témoin avant le début du contre-interrogatoire.

### **2. L'importance du contre-interrogatoire**

Les contre-interrogatoires, tels qu'ils sont menés par des avocats formés aux Etats-Unis, ont fréquemment été dénoncés car jugés trop *agressifs* et *intrusifs, voire offensants*<sup>225</sup>. Des techniques de contre-interrogatoires ont été mises en place par des avocats, afin d'atténuer les différences culturelles et également de tenir compte de la tradition juridique des arbitres devant lesquels ils comparaissent. Comme le contre-interrogatoire est devenu la norme dans les arbitrages internationaux où qu'ils se déroulent<sup>226</sup>, il existe une obligation de contre-interroger le témoin<sup>227</sup>. Cela découle de la règle énoncée dans *l'affaire anglaise Browne V. Dunn* (1893) où Lord Herschell a soutenu que *la raison du contre-interrogatoire était de s'assurer que le témoin avait la capacité de défendre son témoignage*.

Il serait inéquitable, en effet, que la partie adverse, une fois que le témoin n'est plus disponible puisse mettre en doute sa crédibilité dans une affaire où il n'a pas eu l'occasion de fournir toutes les explications utiles<sup>228</sup>. Une partie ne peut donc pas se fonder sur des éléments preuve qui contredisent la déposition d'un témoin sans d'abord lui donner l'opportunité d'expliquer la contradiction dans le cadre d'un contre-interrogatoire<sup>229</sup>. A défaut, cela

<sup>223</sup> R. v Maynard (1979) 69 Cr. App. R. 309.

<sup>224</sup> Article 4 (7) of the IBA Evidence Rules énonce: "*If a witness whose appearance has been requested... fails without a valid reason to appear for testimony at an Evidentiary Hearing, the Arbitral Tribunal shall disregard any witness statement related to that Evidentiary Hearing by that witness unless, in exceptional circumstances, the Arbitral Tribunal decides otherwise.*"

<sup>225</sup> SHORE, CHENG, LA CHUISA, ET AL. International Arbitration in the United States (2017)

<sup>226</sup> BERGSTEN, The Americanization of International Arbitration, 18 Pace Int'l L. Rev. 289, 294, p. 301 (2006);

<sup>227</sup> Browne V. Dunn (1893) 6 R. 67 HL (p. 70/71)

<sup>228</sup> J. A. WOLF AND K. M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, P.85

<sup>229</sup> Une contestation fondée sur ce motif a été rejetée dans *Generica Ltd v. Pharmaceutical Basics, Inc.*, 125 F. 3d 1123 (7th Cir 1997).

porterait atteinte aux règles de déontologie professionnelles et au principe de *fairplay* et de traitement équitable des témoins. Ainsi, le fait de renoncer à procéder au contre-interrogatoire d'un témoin équivaut à admettre la preuve comme étant recevable et bien-fondée.

Bien que le contre-interrogatoire soit également pratiqué devant les cours royales d'Angleterre et les tribunaux d'autres pays de *common law*, lorsqu'on recherche des conseils pratiques sur la façon de procéder à un contre-interrogatoire judiciaire, la plupart des sources proviennent des Etats-Unis. Parmi ces sources on peut trouver des articles universitaires sur le droit applicable à l'interrogatoire des témoins, mais également des guides pratiques<sup>230</sup>, du matériel pédagogique ainsi que de nombreuses études en psychologie.

L'une des particularités de l'arbitrage international et pour beaucoup l'un de ses avantages majeurs, est l'absence de jury. C'est là une garantie fondamentale pour préserver un cadre privé et confidentiel.<sup>231</sup> L'objectif principal, poursuivi par l'avocat plaidant américain, est d'emporter la conviction du jury lorsqu'il mène un contre-interrogatoire, l'avocat en arbitrage international s'efforce, quant à lui, de convaincre les arbitres.

■

En conclusion, nous pouvons observer qu'il existe encore des divergences procédurales entre les approches de *civil law* et de *common law* et par voie de conséquence entre les approches de la France et des Etats-Unis, notamment en matière d'organisation des procédures et d'administration de la preuve. Mais ces différences ont tendance, aujourd'hui, à s'estomper à la faveur des réformes entreprises notamment en Angleterre et aux Etats-Unis. C'est dans ces conditions que la pratique arbitrale s'est efforcée d'emprunter, à chacune de ces deux traditions, leurs meilleures contributions en matière procédurale, pour les combiner et créer de nouvelles normes transnationales, destinées à être appliquées, en toutes circonstances, quelles que soient l'origine et la culture juridique des parties et de l'arbitre.

---

<sup>230</sup> Comme par exemple l'ouvrage de Harbst "A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration" (2015)

<sup>231</sup> F. LOWENFELD "The Two-Way Mirror" *op. cit.* p. 164

## **PARTIE II**

**L'OBTENTION DES PREUVES DANS LA PRATIQUE ARBITRALE  
INTERNATIONALE INSTITUTIONNELLE : UN LIEU DE RENCONTRE  
ENTRE TRADITIONS DE *CIVIL LAW* ET DE *COMMON LAW***

*« Dans les affaires internationales, les tribunaux s'efforcent de rechercher des solutions interculturelles[...] L'élan salutaire pour répondre aux attentes légitimes conduit à l'harmonisation et à la renonciation aux spécificités du droit national. »<sup>232</sup>*

*Jan Paulsson*

*“Court procedures vary greatly between common and civil law countries, but international arbitration is borrowing the best elements from both and combining them to create its own unique style”<sup>233</sup>.*

*Audley Sheppard*

---

<sup>232</sup> J.PAULSSON, Differing Approaches in International Arbitration Procedures: A Harmonization of Basic Notions, 1 ADR Currents 17, 18-19 (1996). J. Paulsson est un universitaire et un praticien dans le domaine de l'arbitrage international.

<sup>233</sup> A. SHEPPARD The best of both worlds, Euro. Law. 2004, 43, 33 p.1 - *Les procédures judiciaires varient considérablement entre les pays de common law et les pays de droit civil, mais l'arbitrage international emprunte les meilleurs éléments aux deux systèmes, en les combinant pour créer son propre style unique*

## CHAPITRE PRELIMINAIRE

### **LES TENTATIVES D’HARMONISATION DES REGLES DE PROCEDURE EN ARBITRAGE INTERNATIONAL**

La procédure et la pratique arbitrales internationales ont évolué en adaptant et en harmonisant des éléments des traditions de *common law* et de *civil law*, éléments qui résultent d’une interaction complexe entre le droit matériel, les règles institutionnelles applicables, le droit du siège de l’arbitrage, les règles de conflit de lois et l’ordre public<sup>234</sup>.

#### **I – Un contexte international propice à l’harmonisation**

Pour comprendre les raisons qui ont motivé les tentatives d’harmonisation en matière de règles de preuves, nous devons examiner le contexte international dans lequel s’est inscrit ce processus.

#### **A – L’apport des conventions de droit international**

- Une coopération internationale pour harmoniser les pratiques nationales en matière d’arbitrage. A l’origine des tentatives d’harmonisation, il est utile de souligner la volonté de nombreux Etats de mettre en place, entre les deux guerres mondiales, une coopération internationale, vue de favoriser les relations d’affaires et de promouvoir l’efficacité des procédures arbitrales par-delà les frontières. *L’équation était simple*, ainsi que l’observe J.B. Racine,<sup>235</sup> *pour favoriser le commerce international, il fallait favoriser l’arbitrage*. Cette prise de conscience s’est tout d’abord manifestée par la voie de conventions internationales, telles que celles adoptées à Genève sous l’égide de la Société des Nations les 24 septembre 1923 sur les clauses d’arbitrage et 26 septembre 1927 sur l’exécution des sentences arbitrales. Ces deux conventions allaient ouvrir la voie à d’autres conventions qui allaient jouer un rôle déterminant, encore de nos jours, sur la scène de l’arbitrage international.

- La convention de New York du 10 juin 1958. Elle a été conclue, sous l’égide des Nations-Unies, pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères. L’objectif poursuivi était principalement, sans oublier la reconnaissance de la validité des conventions d’arbitrage, de limiter les entraves à l’exécution des sentences, notamment par une réduction du nombre des griefs justifiant le refus d’exécution. A ce jour, 156 états ont ratifié la convention de New York<sup>236</sup> dont la France et les Etats-Unis.

---

<sup>234</sup> B.-M. CREMADES, *Managing discovery in International Arbitration*, 2003, *Dispute Resolution Journal*

<sup>235</sup> J.B. RACINE, *Droit de l’arbitrage*, Themis Droit, PUF 2016.

<sup>236</sup> Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales

- D'autres conventions internationales ont suivi cette voie. Il en est ainsi de la Convention de Washington du 18 mars 1965, conclue sous l'égide de la Banque Mondiale, pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats<sup>237</sup>, ainsi que d'autres conventions, dans un cadre plus régional<sup>238</sup>. Il convient de souligner l'initiative d'un certain nombre d'Etats africains soucieux d'adopter des dispositions communes destinées à uniformiser le droit des Affaires et de l'Arbitrage, appelées droit OHADA (Organisation de l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires). Le traité fondateur a été signé le 17 octobre 1993 suivi le 11 mars 1999 par l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage. On constate que le phénomène est loin d'être nouveau et qu'il rend compte de la nécessité, pour tous les acteurs du commerce international, de créer une approche plus homogène des différends transfrontaliers, ce qui a conduit, ainsi que nous allons l'évoquer, à un panachage de diverses traditions juridiques et culturelles.

## **B – L'apport des règles de *soft law***

Cet effort d'harmonisation a, également, pu être observé au sein des institutions internationales d'arbitrage, dans le cadre d'organisations internationales comme l'International Bar Association (IBA). Cet effort a été poursuivi par les règles de Prague qui seront étudiées ultérieurement. Chacune de ces institutions a participé à l'élaboration de documents de référence, communément décrits sous l'appellation de *Soft Law*. Ce terme désigne un ensemble de règles non contraignantes, dynamiques et adaptables qui occupent une place de plus en plus importante en droit du commerce international et en arbitrage international. Ces instruments dits de *soft law*, dont la juridicité a souvent été remise en cause, a permis de codifier des normes internationalement reconnues.

La prise de conscience s'est donc généralisée. Le monde de l'arbitrage international qui, à l'heure actuelle, est en pleine évolution, a bénéficié des faveurs de cet instrument non étatique que constitue ce « *droit mou* », communément désigné sous le terme de *soft law*, par opposition au *hard law*, à savoir *le droit dur* ou le droit positif qui désigne pour sa part les sources formelles du droit international, telles que les traités.

---

<sup>237</sup> Cette convention a créé le CIRDI (Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements) pour mettre en place un arbitrage spécifique à la résolution des litiges en matière d'investissements.

<sup>238</sup> Dans ce cadre ont été adoptés, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international de Genève en date du 21 avril 1961, l'*Arrangement de Paris*, conclu à l'initiative du conseil de l'Europe, pour préciser certaines des dispositions de la convention de 1961, la Convention de Moscou du 26 mai 1972, la Convention interaméricaine de Panama, en date du 30 janvier 1975 ou encore la convention arabe sur l'arbitrage commercial d'Amman, conclue en 1987, dans J.B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Themis Droit PUF 2016, p.61.

## **II - L'adoption des règlements institutionnels**

A la suite du protocole de Genève du 24 septembre 1923, de la création de la Cour d'arbitrage de la chambre de commerce internationale en 1919 et de la loi du 31 décembre 1925, qui a reconnu la clause compromissoire en droit commercial, l'arbitrage allait connaître un succès considérable. Comme le souligne, à juste titre, R. David, le XXème siècle a permis de *sortir d'une conception artisanale de l'arbitrage*,<sup>239</sup> pour en faire *par un double mouvement d'institutionnalisation et de systématisation, ce qu'il est aujourd'hui : la justice de droit commun d'une économie mondialisée*.<sup>240</sup>

### **A – Un cadre juridique rassurant pour les parties et les praticiens**

- Les parties peuvent décider de confier l'organisation de la procédure d'arbitrage à une institution d'arbitrage. En fonction de la place arbitrale choisie, le règlement de cette institution s'appliquera, par défaut, à la procédure applicable aux parties. Dans pratiquement tous les systèmes juridiques, les accords entre les parties concernant les règles de procédure prévaudront sur la volonté des arbitres, dans les limites de la loi applicable à l'arbitrage. Cependant les règles institutionnelles s'abstiennent de fixer des règles de procédures spécifiques. La plupart des institutions arbitrales ont adopté des règles de procédure qui s'appliquent aux arbitrages, lorsque les parties ont adopté ces règles dans leur convention d'arbitrage. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, le Règlement de la CNUDCI peut être choisi par les parties qui souhaitent un arbitrage essentiellement *ad hoc*.

- Les institutions les plus influentes dans le domaine de l'arbitrage international : CIRD-AAA et CCI. De nos jours, la Chambre de Commerce Internationale, ainsi que le Centre International de Règlement des Différends CIRD-AAA, que nous prendrons comme éléments de référence, peuvent être considérés comme les institutions les plus influentes dans le domaine de l'arbitrage international. Bien que les deux institutions partagent le même succès à en juger par leur charge de travail, elles ont adopté des solutions différentes pour les règles concernant la production des documents et la preuve testimoniale.

- La CCI : La Chambre de Commerce Internationale a été créée en 1919. Après sa création, les premières règles d'arbitrage de la CCI ont été adoptées en 1922, suivies par la création de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI en 1923. Depuis lors, les règles ont été révisées à plusieurs reprises, mais la version actuelle a été adoptée le 1<sup>er</sup> mars 2017. Cette dernière version a mis en place une procédure accélérée notamment, pour les litiges ne dépassant pas 2 millions d'euros. La charge de travail de la Cour d'arbitrage de la CCI est très impressionnante, car depuis sa création, elle a administré plus de 20 000 différends impliquant des parties et des arbitres de quelques 200 pays et territoires indépendants. Ainsi

---

<sup>239</sup> R. DAVID, Arbitrage du XIXème siècle et Arbitrage du XXème siècle, in Mélanges R. SAVATIER, 1965, pp.219-222

<sup>240</sup> J.B. RACINE, Droit de l'arbitrage, THEMIS Droit PUF p.46



ont été recensés en 2016, 966 demandes d'arbitrage déposées auprès de la Cour de la CCI impliquant 3.000 parties originaires de 137 pays et territoires indépendants.<sup>241</sup>

- L'ICDR-AAA. L'American Arbitration Association (AAA) est le plus important centre d'arbitrage des Etats-Unis qui a une compétence en droit interne mais également en droit international par le biais de son Centre International pour le Règlement des Différends (CIRD), qui constitue la division internationale de l'AAA. Ce centre dispose d'une trentaine de bureaux dans le monde<sup>242</sup>. Le CIRD a son siège social à New York et possède également des bureaux au Mexique, en Irlande, à Bahreïn et à Singapour. Dans toute l'Europe, le CIRD, créé en 1996, se distingue par le nombre de cas qu'il traite. Ce centre a conclu des accords de coopération avec des institutions d'arbitrage du monde entier, ce qui permet de prendre en charge des affaires presque partout dans le monde.

## **B - Une réglementation en pleine évolution : aperçu de droit comparé**

<u>Règlement d'Arbitrage</u>	<u>Sigle</u>	<u>Date de révision</u>
Chambre de commerce internationale	CCI	01/03/2017
International Center for Dispute Resolution	ICDR-AAA	01/06/2014
London Court of International Arbitration	LCIA	01/10/2014
Hong Kong International Arbitration Center	HKIAC	01/11/2018

## **III – La volonté d'harmonisation et de codification en matière de procédure internationale et d'administration de la preuve**

Nous avons déjà pu nous rendre compte de l'importance des nombreuses initiatives qui ont été prises pour tenter d'harmoniser et de codifier le droit de l'arbitrage international. Parmi celles-ci, on peut trouver les Notes de la CNUDCI sur l'organisation de la procédure arbitrale, les techniques de la CCI pour contrôler le temps et les coûts dans l'arbitrage, les principes UNIDROIT et règles de procédure civile transnationales. Nous nous attarderons davantage sur les règles de preuve de l'International Bar Association, révisées en 2010.

### **A - L'adoption des règles IBA : IBA Rules on the Taking of Evidence**

Nous nous attacherons ici à présenter les règles sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, élaborées par l'International Bar Association.

<sup>241</sup> Echanges internationaux – ICC de janvier 2018, n° 110 – Dossier sur l'arbitrage ICC

<sup>242</sup> O. POMIES - Dictionnaire de l'arbitrage, op. cit. p. 16

## **1. Le contenu des règles de l'IBA**

Les règles de l'IBA comportent 9 articles :

**Article 1** : Champ d'application

**Article 2** : Consultation sur les questions de preuve

**Article 3** : Documents

**Article 4** : Témoins de faits

**Article 5** : Experts désignés par une partie

**Article 6** : Experts désignés par le Tribunal

**Article 7** : Inspection

**Article 8** : Audience sur la preuve

**Article 9** : Recevabilité et valeur probante des preuves

Les règles élaborées par l'IBA en 1999 concernent l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international, sans pour autant constituer un ensemble complet de règles de procédure. Depuis 2010, le terme « commercial » a été supprimé, les nouvelles règles allaient pouvoir désormais s'appliquer à l'arbitrage d'investissement.

## **2. Caractéristiques des règles de l'IBA**

Les règles de l'IBA ont été initialement adoptées en 1983 en tant que règles supplémentaires régissant l'administration des preuves dans l'arbitrage commercial international. Depuis elles ont été révisées à deux reprises en 1999 et en 2010.

- Caractère hybride des règles de l'IBA Les Règles IBA marquaient donc une volonté d'harmonisation entre les pratiques de *civil law* et de *common law* dans le domaine de l'arbitrage international, notamment en ce qui concerne la présentation de preuves documentaires. Les praticiens n'aient pas manqué de relever le caractère hybride des Règles de l'IBA en raison des emprunts opérés dans ces deux systèmes. Elles contiennent, en effet, des Règles initialement adoptées dans les systèmes de *civil law*, dans les systèmes de *common law* y compris dans les procédures d'arbitrage international.<sup>243</sup>

- Caractère consensuel et complémentaire des règles de l'IBA. Ces dispositions ne sont pas des règles de droit impératives, elles sont non contraignantes<sup>244</sup>. Par conséquent, elles ne prendront effet que si les participants à l'arbitrage s'accordent sur leur application. Les règles de l'IBA rentrent en vigueur de deux façons : d'une part si les parties le prévoient expressément dans leur convention et d'autre part si à défaut d'accord des parties, le tribunal considère approprié de s'y référer au vu des circonstances particulières du litige.

Il était prévu que ces règles viennent combler, le cas échéant, les lacunes constatées dans les dispositions d'autres règles d'arbitrage procédurales applicables sur des questions de preuves

---

<sup>243</sup> 1999 IBA Working Party and 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, "Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules" available on the official website of the IBA.

<sup>244</sup> R.R. Dev. Corp. (U.S.A.) v. Repub. of Guatemala, Decision on Provisional Measures in ICSID Case No. ARB/07/23 of 15 October 2008, §15.

bien précises<sup>245</sup>, comme le fardeau de la preuve ou encore les questions ayant trait à la confidentialité des documents. Elles énoncent également des principes généraux comme la bonne foi. Toutefois, ces règles ne sont que des lignes directrices et ne règlent pas dans les détails tous les aspects de l'obtention des preuves.

### **3. Objectifs des règles de l'IBA**

L'IBA souhaitait combler le fossé entre les différentes règles des systèmes juridiques relatives à l'obtention des preuves, et plus particulièrement entre les systèmes de *civil law* et celui de *common law*.

- Le préambule des règles de l'IBA. Le comité d'arbitrage de l'IBA précisait, en effet, dans l'avant-propos de la version de 2010, que les règles sur l'administration de la preuve ont été établies « en vue de fournir aux parties et aux arbitres un moyen d'assurer une procédure efficace, économique et équitable pour l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. Les règles prévoient des mécanismes pour la production de documents, la présentation de témoins de faits et de témoins experts, la réalisation d'inspections, ainsi que la tenue des audiences sur la preuve »<sup>246</sup>. Tant l'avant-propos que le préambule (§ 1) précisent que ces règles ont été « conçues pour compléter les dispositions légales et les règlements d'arbitrage institutionnel, *ad hoc*, ou autres règlements ou procédures » pouvant être applicables dans le cadre d'arbitrages internationaux.

Dans les deux versions de 1999 et 2010, l'objectif poursuivi par l'International Bar Association était, certes, d'établir une procédure *efficace, économique et équitable d'administration de la preuve*, mais surtout de *combinaison des règles de procédure en vigueur dans de nombreux systèmes juridiques afin de pouvoir répondre aux besoins des parties de traditions juridiques différentes*, c'est-à-dire majoritairement issues de pays de *civil law* et de *common law*.

Dans le §2 du préambule, l'IBA précise cependant que ces règles ne revêtent aucun caractère contraignant de façon à ne pas porter atteinte à la flexibilité inhérente à l'arbitrage international. Les parties et le cas échéant, des tribunaux arbitraux, sont donc libres de les adapter en fonction des circonstances du litige à savoir, les incorporer en tout ou en partie ou les utiliser comme simples principes directeurs pour permettre une élaboration individualisée de règles de procédure qui seront choisies pour régir l'arbitrage.

L'IBA recommandait aux parties souhaitant intégrer les règles sur la preuve, dans leur clause d'arbitrage, la formule suivante :

---

<sup>245</sup> SIMPSON, THACHER & BARTLETT, *Comparison of International Arbitration Rules*, Juris Publishing Inc. (2013).

<sup>246</sup> Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010, *Avant-propos*, pp.2-3. Téléchargeables à l'adresse suivante : <http://tinyurl.com/iba-arbitration-guidelines>.

« Les parties conviennent, qu'outre les règles prévues par [*le règlement institutionnel, ad hoc, ou autre choisi par les parties*], l'arbitrage se déroulera conformément aux règles de l'IBA sur la preuve en vigueur à la date [*des présentes / à laquelle la procédure d'arbitrage a été engagée*].

En 2010, l'IBA considérait qu'il fallait répondre à la nécessité de trouver un terrain d'entente entre les parties originaires de deux systèmes juridiques différents. Les auteurs de l'ouvrage *International Arbitration in the United States* relèvent à juste titre que *les tribunaux arbitraux sont souvent composés d'arbitres issus de cultures juridiques multiples, reflétant la diversité des origines des parties elles-mêmes*<sup>247</sup>. Afin de répondre aux besoins de parties issues de systèmes juridiques différents, il était apparu nécessaire qu'elles puissent trouver un terrain d'entente. Les Règles de l'IBA, en proposant aux parties et aux arbitres des solutions pour le choix des règles de preuves, étaient considérées comme un *compromis procédural*<sup>248</sup> entre les traditions de *common law* et de *civil law*. Selon certains auteurs, les règles de l'IBA représentaient une véritable fusion des différents systèmes<sup>249</sup>.

Elles avaient été conçues à l'origine pour fournir un ensemble de règles neutres destinées à obtenir des preuves testimoniales et documentaires de manière à assurer un compromis équitable, tant pour les parties de *civil law* que de *common law*<sup>250</sup>, dans le respect des sensibilités culturelles des parties au litige et de leurs conseils.

#### **4. Une tentative d'harmonisation contestée.**

Depuis près de deux décennies, les règles IBA ont bénéficié d'une large reconnaissance auprès des parties et des praticiens de l'arbitrage international. The Queen Mary/White & Case 2012 International Arbitration Survey de 2010<sup>251</sup> avait relevé, à l'époque de leur adoption, que les Règles de l'IBA sur l'obtention des preuves avaient été adoptées dans 60 % des arbitrages : 53 % à titre indicatif et 7 % à titre contraignant, c'est-à-dire dans le sens où les parties avaient convenu de leur conférer une valeur contraignante. Il est également relevé que 85 % des personnes interrogées considéraient ces règles comme étant utiles dans les procédures arbitrales internationales.

Si cette tentative d'harmonisation a pour certains été une véritable réussite, au point de leur conférer la valeur de règles transnationales constituant *une véritable codification des principes généralement reconnus dans l'obtention de preuves en arbitrage international*<sup>252</sup>

---

<sup>247</sup> International Arbitration in the United States (Shore, Cheng, La Chuisa, et al. (eds); Jan 2017)

<sup>248</sup> P. TERCIER and T. BERSHEDA, "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint" in The Search for the "Truth" in Arbitration, ASA Special Series No.35, 2011, pp.77-102.

<sup>249</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » *op. cit.* pp. 349 to 365

<sup>250</sup> D.W.SHENTON, Explanatory Note to Supplementary Rules *op. cit.*

<sup>251</sup> Queen Mary, University of London, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process 2 (2012) "IBA Rules used as guidelines in 53%, and as binding rules in 7%, of surveyed cases"

<sup>252</sup> J.-F. POUURET et S. BESSON, « Droit comparé de l'arbitrage international », LGDJ, Schulthess, 2002

Pour d'autres les règles de l'IBA étaient encore trop calquées sur des règles de procédure anglo-saxonnes. Leur succès n'avait jamais été véritablement démenti, jusqu'en 2017, lors d'une conférence sur le droit de l'arbitrage en Russie. L'idée y a été lancée de créer un groupe de travail pour élaborer de nouvelles règles de procédure dans une approche plus inquisitoriale. C'est dans ces conditions que les règles de Prague ont été adoptées en décembre 2018.

On peut donc s'interroger : les règles de L'IBA sont-elles toujours adaptées aux exigences d'équité et d'efficacité de l'arbitrage international ?

### **B – Les Règles de Prague**

Nous n'en ferons ici une présentation sommaire, dès lors qu'elles seront évoquées dans le chapitre 2. Elles entendent apporter une réponse aux critiques faites aux règles de l'IBA sur leur approche accusatoire des règles de preuve et proposent :

- . Une approche inquisitoriale : application du principe *jura novit curia*,
- . Un rôle proactif du tribunal arbitral et des pouvoirs plus importants dans la conduite de la procédure arbitrale, en matière d'établissement des faits, de limitation de la production de documents, de limitation des interrogatoires des témoins, de désignation des experts,
- . L'assistance des arbitres à la recherche d'un règlement amiable entre les parties.

## CHAPITRE I

### **LE CONSTAT : INFLUENCES CROISEES DES DEUX SYSTEMES EN MATIERE DE PROCEDURE ET DE PREUVE**

Un constat s'impose effectivement, les deux traditions de *civil law* et de *common law* ont considérablement contribué à l'élaboration d'un ensemble de règles communes, que les parties et les arbitres vont adapter aux circonstances particulières du litige. L'étude comparative des procédures inquisitoriale et accusatoire telles qu'elles sont pratiquées dans ces deux systèmes juridiques vont nous permettre de mesurer la portée de leurs contributions respectives, en matière de conduite de la procédure dans les arbitrages institutionnels et d'obtention des preuves.

Dans la pratique, les arbitrages internationaux tendent, en effet, à suivre un modèle de plus en plus uniforme<sup>253</sup>. La phase écrite est essentiellement basée sur la procédure civiliste ou continentale, alors que la phase orale est influencée dans une plus large mesure par les techniques anglo-américaines. En ce qui concerne la présentation des argumentations écrites, les avocats de *common law* admettent *la prédominance du "modèle européen", selon lequel les arguments d'une partie sont présentés avec les preuves écrites à l'appui.*<sup>254</sup> D'une part, chaque partie doit choisir parmi les documents qui se trouvent en sa possession, alors que l'approche de la *common law* veut que chaque partie ait la possibilité de consulter tous les éléments du procès, avant de décider de ses arguments. D'autre part, lors de la phase orale - même lorsque l'arbitrage se déroule dans un pays de *civil law* - il n'est pas rare que les parties puissent interroger les témoins selon les méthodes de la *common law*.<sup>255</sup>

En arbitrage international, la phase écrite est inspirée la procédure civiliste, tandis que la phase orale a été davantage influencée par les techniques anglo-américaines<sup>256</sup>.

Dans ce contexte, nous étudierons le développement d'une pratique commune dans les arbitrages institutionnels (I) puis les emprunts aux deux systèmes juridiques en matière d'obtention des preuves documentaires et testimoniales. (II).

---

<sup>253</sup> FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on *International Commercial Arbitration* (Gaillard and Savage (eds); Jan 1999)

<sup>254</sup> A. LOWENFELD, *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*, 10 MICH. Y.B. INT'L STUD. 163 (1985). For an example of a court decision refusing to set aside an award for not having ordered extensive discovery, see CA Paris, Jan. 19, 1999, CIC International, supra note 81.

<sup>255</sup> Pour une tentative de compromis entre les procédures de droit continental et de *common law* en matière de preuve, voir les Règles de l'IBA sur l'obtention des preuves dans l'arbitrage commercial international, adoptées par le Conseil de l'IBA à sa réunion de Boston le 1er juin 1999. Ces règles remplaceront les Règles de preuve de l'IBA de 1983 (1 Arb. international 125 (1985)), et le commentaire de D.W. Shenton, *An introduction to the IBA Rules of Evidence*, p. 118.

<sup>256</sup> FOUCHARD, GAILLARD et GOLDMAN – *Traité de l'arbitrage commercial international 1996 op. cit.*

## **I - Le développement d'une pratique commune en matière d'arbitrages institutionnels**

Il sera intéressant de décrire, dans un premier temps, le déroulement de la procédure dans les arbitrages institutionnels, avant d'examiner les conditions dans lesquelles intervient la présentation des preuves.

### **A – Le cadre procédural : une garantie de consensualisme et de prévisibilité**

L'établissement du cadre procédural dépend habituellement des circonstances de l'affaire, c'est-à-dire de la nature du différend, de ses enjeux financiers et des attentes des parties en cause.

#### **1. L'application des règles d'arbitrage institutionnel :**

- Le régime juridique autonome des règlements d'arbitrage. Selon une jurisprudence constante, la liberté procédurale des parties en matière d'arbitrage international est telle que *les règles d'arbitrages institutionnels qu'elles choisissent sont d'office considérées comme appropriées et suffisantes pour protéger leurs droits.*<sup>257</sup> Les règles d'arbitrage institutionnel offrent aux parties un cadre procédural général pour organiser la conduite de la procédure d'arbitrage et accorde, de ce fait, aux arbitres de larges pouvoirs pour administrer le déroulement de l'instance arbitrale.<sup>258</sup> Le régime juridique ainsi instauré est autonome et a vocation à remplacer intégralement, le cas échéant, toute règle par défaut du droit national. Selon un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 15 mai 1985, *Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias*, fréquemment cité : *dans l'arbitrage international, les règles de droit interne ont un rôle purement subsidiaire et ne s'appliquent qu'en l'absence d'un accord spécifique des parties... les règles de la Cour d'arbitrage [de la CCI], qui constituent le droit des parties, doivent être appliquées à l'exclusion de toutes autres lois.*<sup>259</sup>

- Les dispositions du règlement CCI en matière de procédure. Le Règlement de la CCI est concis et exprime des généralités dès lors qu'il ne privilégie, ni l'un ni l'autre des deux systèmes concernant la conduite de la procédure. Les parties et, à défaut, les arbitres, sont libres de déterminer, en l'espèce, les règles les plus appropriées. L'article 11 du Règlement de la CCI dispose, en effet, que *les règles régissant la procédure devant l'arbitre sont celles qui résultent de ces règles et, en l'absence de celles-ci, les règles que les parties (ou, à défaut, l'arbitre) peuvent régler, et s'il y est fait référence ou non à une loi de procédure interne applicable à l'arbitrage.*

---

<sup>257</sup> CA Paris, 17 janvier 1992, Guangzhan Ocean Shipping Company v. Société Générale des Farines, Rev.arb.1992.656, n.Bureau.

<sup>258</sup> HOWARD M. HOLTZMANN, Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitral Procedures, in International Arbitration in the 21st Century (Twelfth Sokol Colloquium) (1994).

<sup>259</sup> CA Paris, 15 Mai 1985, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias v. Chambre de commerce internationale, 1985 Rev. arb. 141, 149

## **2. Les ordonnances de procédure : l'accord entre les parties et le tribunal arbitral**

- La constitution du tribunal arbitral ouvre une phase de dialogue avec les parties sur les questions de procédure. Lorsque le tribunal arbitral est constitué, il lui incombe d'assurer un contrôle régulier de la procédure. Toutefois le transfert de contrôle ne s'effectue pas de façon immédiate. Généralement, le tribunal engage, tout d'abord, un dialogue avec les parties sur les questions de procédure. Il rend souvent une première ordonnance de procédure pour définir les éléments essentiels du litige et fixer le calendrier pour chacune des phases de la procédure. L'absence de règles régissant la preuve avant que la procédure arbitrale ne commence est considérée comme un élément fortement préjudiciable. *Les parties ayant le droit de connaître les règles du jeu afin de décider si elles souhaitent y participer ou non*<sup>260</sup>.
- L'ordonnance de procédure. Il s'agit d'un compromis arbitre/parties mis en place pour renforcer la sécurité juridique pour l'ensemble des parties en cause. De nombreux tribunaux s'efforcent autant que possible de faire participer les parties dans le processus d'élaboration des règles. Dans cette hypothèse, l'ordonnance de procédure n°1 comportera une sous-rubrique *par consentement*. Toutefois, que cette ordonnance soit rendue *par consentement* ou non, à partir du moment où la procédure d'ordonnance est le fruit d'un accord entre les parties et l'arbitre, *la procédure acquiert un degré souhaitable de prévisibilité et d'authenticité.*<sup>261</sup>
- La définition des règles de procédure spécifiques. Les règles de procédures particulières doivent être définies par les participants à l'arbitrage. Les parties elles-mêmes manquent souvent d'expérience, ainsi et le plus souvent, les règles de procédures sont donc discutées et convenues principalement entre les représentants légaux des parties et les membres du tribunal. Généralement, les règles seront établies dans un document séparé intitulé *règles de procédures spécifiques* ou *ordonnance de procédure n°1*.
- Caractère facultatif de l'ordonnance de procédure. Il est d'usage – et souhaitable - que le tribunal précise la liste des témoins, leur ordre de passage, qui procèdera à leur examen, la langue utilisée<sup>262</sup> et la désignation éventuelle d'interprètes. Une telle ordonnance de procédure a pour vocation d'assurer le bon déroulement de l'audience et d'éviter que les parties ou les avocats ne soient pris au dépourvu et s'adapte aux différentes cultures juridiques en créant *un terrain d'entente acceptable*<sup>263</sup>.

<sup>260</sup> M. R.-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage » *op. cit.* pp. 87

<sup>261</sup> W. Peter, "Witness Conferencing", 18 *Arb Int* 47 (2002). L'audition des témoins peut se faire via téléconférence de témoins.

<sup>262</sup> E. LOQUIN. La traduction dans l'arbitrage international. *Rev. arb.* 2018 – n°2, pp. 319-335

<sup>263</sup> P.M. Patocchi "Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. *The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*", *Int'l Bus. L. J.* 1996, 884-899, 7 *RDAl/IBL* 884 (1996) 893-4; A.L. MARRIOTT, "Evidence in International Arbitration", *op. cit.* p. 284.



- Contrôle du tribunal et garantie d'un procès équitable. Le tribunal doit s'assurer du bon fonctionnement de la procédure et du respect du calendrier. Fixer dès le départ le cadre de la procédure et les dates de présentation des preuves documentaires ou testimoniales, permettra aux parties de s'assurer que *les règles du jeu* seront équitables.

### **3. Le questionnaire procédural**

- Le questionnaire procédural reflète la nature consensuelle de l'arbitrage. Certains tribunaux ont souvent recours à un questionnaire procédural. Le contenu de ces questionnaires est variable. Il reflète également la volonté du tribunal d'analyser les intentions de la partie à l'égard de la procédure. Ainsi, le tribunal soumettra aux parties un questionnaire sollicitant des réponses à un certain nombre de questions de procédure selon le modèle suivant :

- *Préférez-vous que l'interrogatoire des témoins soit effectué par le tribunal ou par l'avocat ?*
- *Avez-vous l'intention que les déclarations des témoins servent de preuve principale ?*
- *Devrait-on accorder aux deux parties un délai fixe pour la présentation des témoignages ?<sup>264</sup>*
- *Le tribunal devrait-il avoir le droit d'ordonner une conférence de témoins ?*
- *Les déclarations des témoins devraient-elles être jointes aux observations écrites des parties ou ne devraient-elles être déposées qu'à un stade ultérieur ?*

- Les inconvénients du questionnaire procédural. En pratique, le recours à ce questionnaire procédural peut présenter plusieurs inconvénients. D'abord, cela peut être extrêmement long et donc coûteux. L'avocat doit non seulement présenter les questions à son client, les commenter, puis recueillir ses réponses et ensuite formuler ses commentaires. Dès réception des formulaires, le tribunal devra les mettre à l'état de projet. Ce projet de document devra être à nouveau diffusé et commenté par les parties, ce qui rend la tâche du tribunal difficile puisqu'il est peu probable que les réponses apportées par les parties correspondent en tous points.

### **B - Le déroulement de l'instance : une phase écrite influencée par la tradition de *civil law* et une phase orale par la tradition de *common law***

En pratique, on constate un découpage de la procédure : une phase écrite influencée par la tradition de *civil law* et une phase orale par la tradition de *common law*. Cette pratique est communément admise par les arbitres institutionnels. Faute de règles de preuve bien établies en arbitrage international, pour le meilleur (flexibilité, créativité et adaptabilité) ou pour le pire (incertitude, insécurité juridique, risque d'injustice), les arbitres ont adopté, au fil du temps, certaines pratiques qui illustrent l'influence des traditions de *common law et de civil law* sur des questions procédurales telles que l'échange d'observations écrites détaillées et

---

<sup>264</sup> Voir la méthode de l'horloge d'échecs.

accompagnées de preuves documentaires, la présentation de témoignages écrits, soit en même temps que les observations écrites soit déposés séparément, la tenue d'audiences au cours desquelles il est procédé à l'enregistrement de dépositions orales des témoins avec l'aide d'un *sténographe judiciaire*, aux interrogatoires et contre-interrogatoires. Bien que l'étendue de la communication de pièces préalable dépendront des particularités de chaque différend, les tribunaux arbitraux internationaux ont tendance à accorder plus de poids à la preuve documentaire qu'au témoignage oral.<sup>265</sup>

L'un des inconvénients de l'arbitrage dans ce contexte est l'incertitude entourant les règles et les pratiques en matière de preuve. C'est pour en atténuer les inconvénients que l'IBA avait réglementé le régime de l'obtention des preuves en arbitrage international.

### **1. Avant l'audience.**

- L'échange de documents suivant le *redfern schedule*: l'influence du *civil law*. Les parties exposent dans leurs mémoires écrits, les faits et leurs arguments de droit. Ces mémoires sont accompagnés des documents établissant la réalité des arguments de fait et de droit invoqués par les parties ainsi que par les déclarations écrites des témoins (*witness statements*) qui ont vocation à confirmer les dires des parties.<sup>266</sup>

- Les demandes de production de documents. Une fois déposés les premiers mémoires, les parties sont alors en droit de se contacter directement pour obtenir de la partie adverse qu'elle communique tout document utile à la résolution du litige. A défaut d'accord entre les parties, chacune d'entre elles a la faculté de solliciter du tribunal arbitral qu'il tranche cet incident et se prononce sur le bien-fondé de la demande de communication de pièces. Les parties, en possession de l'ensemble des documents, seront alors à même de finaliser et de compléter leur mémoire.

- La liste des témoins. A ce stade de la procédure, les parties feront connaître au tribunal arbitral et à leur adversaire la liste de leurs témoins.

### **2. L'audience**

Dès le début de l'audience, les parties vont présenter succinctement le contexte de l'affaire au terme d'un court exposé. Ensuite, il est procédé aux interrogatoires des témoins et des experts. Enfin, sur la base de tous ces éléments, les avocats des parties concluront les débats en présentant la synthèse de leurs argumentations respectives. Au cours de l'audience, il est important de noter que le tribunal arbitral aura la faculté d'intervenir à tout moment pour

---

<sup>265</sup> D'ALLAIRE & R. TRITTMANN, *Disclosure Requests in International Commercial Arbitration: Finding a Balance not only between Legal Traditions but also between the Parties' Rights*, 22 Am. Rev. Int'l Arb, pp. 119-120, 128 (2011) ; REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* §§6.97-6.98, p. 389 (Oxford University Press 2009).

<sup>266</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » *op. cit.* pp. 349 to 365

poser aux parties, avocats ou témoins toutes les questions qui lui paraîtront utiles pour mener à bien sa mission.

### **3. Après l'audience**

Dans l'hypothèse où le tribunal aurait besoin d'obtenir des éclaircissements sur les circonstances de l'affaire ou que l'une des parties souhaite apporter des précisions, le tribunal peut autoriser les parties à déposer des *post-hearing briefs* (*mémoires postérieurs à l'audience*) dont il fixe, le plus souvent, la longueur. Dans ces conditions, la présentation de ces écrits peut être simultanée. Devant les tribunaux judiciaires français, ces *post-hearing briefs* pourraient être l'équivalent des *notes en délibéré*.

### **4. La clôture des débats**

Le tribunal arbitral est peu enclin à procéder à la réouverture des débats, qui est toujours une procédure compliquée. C'est pourquoi la pratique généralement admise veut que la clôture des débats n'intervienne pas systématiquement dès la fin de l'audience mais uniquement lorsqu'il estime être en possession de tous éléments d'information lui permettant de statuer en parfaite connaissance de cause. Il est possible à un tribunal arbitral, même après la fin de l'audience, d'avoir à poser de nouvelles questions aux parties ou aux témoins, la clôture des débats n'intervenant alors qu'après notification aux parties par courrier recommandé.

## **II – Les emprunts aux deux systèmes juridiques en matière d'obtention des preuves**

L'influence de la tradition de *civil law* se perçoit dans le rôle prédominant que les règlements institutionnels d'arbitrage accordent aux tribunaux.

### **A – L'obtention des preuves documentaires**

Dans l'arbitrage international, *les parties ayant des antécédents juridiques distincts ont souvent des attentes très différentes quant à la façon dont le processus de collecte de preuves devrait être mené*<sup>267</sup>. Contrairement à ce qui est prévu aux Etats-Unis avec la procédure de *discovery*<sup>268</sup>, les parties à un arbitrage international se fondent sur les documents en leur possession et il n'y a aucune obligation de produire des documents internes et confidentiels simplement parce que la partie adverse en exige la production.

---

<sup>267</sup> MAROSSO, ALI Z. "The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process" p. 515.

<sup>268</sup> *Bain Cotton Co. v. Chestnut Cotton Co.*, Docket No. 12-11138 (5th Cir. 2013) ("Si ce différend relatif à la *discovery* avait été tranché par un tribunal de district, il n'est pas improbable que le refus d'une des parties aurait entraîné l'annulation de la décision ; toutefois, en vertu de la « *politique fédérale solide favorisant l'arbitrage, le contrôle judiciaire d'une sentence arbitrale est extrêmement étroit.* »") (citation de *Rain C. II Carbon, LLC v. ConocoPhillips Co.*, 674 F.3d 469, 471-72 (5th Cir. 2012)).

- Les demandes de production des preuves documentaires En pratique, la production de documents qui peut être ordonnée par un tribunal doit se limiter à des documents ou catégories de documents spécifiques et identifiés en lien direct avec le litige. Le tribunal arbitral a le pouvoir de déterminer les conditions de la production sera autorisée. En vertu des règles de la plupart des institutions arbitrales internationales, telles que la CCI, la LCIA et CIRDA-AAA, le tribunal arbitral a le pouvoir général de déterminer dans quelles conditions, la production de documents sera autorisée. Les arbitres ont le pouvoir d'ordonner la production de documents qui sont en la possession de l'une des parties. Dans l'arbitrage de la CCI, les documents recherchés sont généralement identifiés avec précision et les raisons pour lesquelles leur production est requise sont également mentionnées.

- Méfiance à l'égard des demandes de production extensive de pièces. Un tel procédé ouvrirait la voie aux *fishing expeditions*, comme c'est le cas aux États-Unis. Bien que la communication préalable soit autorisée dans une certaine mesure, sa portée est généralement beaucoup plus limitée qu'aux États-Unis et s'apparente davantage à celle du processus de communication préalable telle que pratiquée au Royaume-Uni, avec la procédure de *disclosure*, que nous avons étudiée précédemment.

### **1. Les règles de la CCI et du CIRDA-AAA en matière de preuve**

Il n'est pas dans notre propos d'examiner l'ensemble des règlements d'arbitrage. Nous nous concentrerons sur les règlements d'arbitrage de la CCI pour la France et du CIRDA-AAA, (*International Center for Dispute Resolution de l'American Arbitration Association*).

#### **a) – Le règlement de la CCI : une application souple des règles de preuve**

La CCI a créé un régime de production de documents très flexible, en adoptant des principes généraux qui se fondent sur le pouvoir discrétionnaire des arbitres, conformément à la tradition civiliste.

- Pouvoir discrétionnaire du tribunal. A l'instar de la majorité des institutions arbitrales, le Règlement de la CCI ne prévoit pas de régime spécifique de production de documents, laissant ainsi aux tribunaux arbitraux le pouvoir discrétionnaire d'adopter les règles appropriées pour l'obtention des preuves<sup>269</sup>. Puisque les règles sont générales, les tribunaux devront adopter des critères plus précis pour la production de documents dans leurs ordonnances. Le Règlement de la CCI laisse donc aux parties et aux arbitres la question de savoir si les règles de communication préalable doivent faire partie ou non de la procédure. En l'absence d'accord entre les parties, les arbitres sont habilités à désigner librement les règles de procédure applicables et n'ont pas à choisir une loi nationale de procédure existante. En conséquence, le Règlement de la CCI confère aux tribunaux des pouvoirs discrétionnaires pour

---

<sup>269</sup> J. A. WOLF AND K. M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, p.85

adopter le régime de production de documents approprié<sup>270</sup>. Il n'est donc pas exclu que les tribunaux puissent autoriser une communication préalable de documents, coûteuse et volumineuse, comme c'est le cas aux Etats-Unis<sup>271</sup>.

- Rapport de la CCI sur les techniques de contrôle du temps et des coûts en arbitrage de 2012.

La Commission de la CCI sur l'arbitrage a créé un groupe de travail chargé d'élaborer dans un rapport les techniques *utilisées pour organiser la procédure arbitrale et contrôler sa durée et son coût*<sup>272</sup>. Dans ce rapport, la Commission encourage les parties et les tribunaux à établir des procédures claires de production de documents. Le fait que les coûts liés à la production de documents constituent l'un des principaux inconvénients de l'arbitrage international a également été affirmé par diverses études.

- Une volonté réaffirmée de la CCI, dans son règlement révisé le 1er mars 2017, de répondre aux impératifs d'efficacité et de célérité de l'arbitrage.

Ce n'est pas un hasard si le Règlement de la CCI ne définit pas les critères requis pour les demandes de production de documents. La CCI s'abstient volontairement d'adopter des directives plus spécifiques. Consciente de la dérive des coûts et des délais, la CCI a mis en place une série de mesures pour rendre les procédures d'arbitrage plus efficaces : les délais de procédure sont écourtés, une procédure d'arbitrage accélérée est proposée pour les litiges dont la valeur n'excède pas 2 millions d'euros, des recommandations sont données aux participants à l'arbitrage. Ils sont invités à ne pas faire obstruction à la procédure, notamment par des demandes de production de pièces disproportionnées et non pertinentes.

- Le calendrier établi par Alan Redfern aux fins de la production de documents.

Afin d'organiser efficacement les demandes de production de documents, la Commission de la CCI encourage les parties à respecter le calendrier établi par Alan Redfern<sup>273</sup> aux fins de la production de documents. Ce tableau comporte quatre colonnes. Dans la première colonne, les parties doivent identifier les documents demandés. La deuxième colonne les parties doivent décrire brièvement les documents ainsi que les motifs de pièces. Dans la troisième colonne, la partie adverse peut invoque ses objections éventuelles. La quatrième colonne, laissée vide, est destinée à la décision des tribunaux. Toutefois, le calendrier ne suffit pas à lui seul à établir les critères pertinents pour le régime de production de documents. Le Tribunal devrait se référer à des règles claires en fonction desquelles les demandes de production de documents devraient être évaluées.

---

<sup>270</sup> ELGUETA, GIACOMO ROJAS. "Understanding Discovery in International Commercial Arbitration through Behavioral Law and Economics: A Journey inside the Minds of Parties and Arbitrators." Harvard Negotiation Law Review 16 (2011) p. 167.

<sup>271</sup> G. KEKENADZE Central European university, "discovering nemo: a document production in international", LLM. short thesis.

<sup>272</sup> Rapport de la CCI sur les techniques de contrôle du temps et des coûts en arbitrage de 2012

<sup>273</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » *op. cit.* pp. 349 to 365

- Nécessité d'établir des lignes directrices précises. Bien que les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire conféré par le règlement de la CCI, il est nécessaire que les règles établissant un cadre pour la production de documents, soient suffisamment claires. C'est pourquoi, il est souvent fait référence aux règles de l'IBA. Prenons pour exemple, l'Affaire CCI n° 16655, où le tribunal s'est fondé sur les règles de l'IBA sur l'obtention des preuves dans l'arbitrage international comme lignes directrices<sup>274</sup>. A défaut, il arrive que les tribunaux aient des approches divergentes qui peuvent être contraires aux attentes des parties. Ils peuvent tenter alors de déterminer les normes applicables à partir d'autres sources. Dans l'affaire n° 5542 de la CCI, le tribunal siégeait en Éthiopie pour trancher la question de la communication préalable, le tribunal s'est fondé sur le code de procédure du siège de l'arbitrage et a conclu que la communication préalable, étant admise en Éthiopie, il pouvait accueillir la demande extensive de divulgation.

**b) – Le règlement CIRI-AAA : une application plus stricte et complexe des règles de preuves écrites.**

- Des règles complexes pour la production de documents. Le Règlement CIRI-AAA est plus complexe et plus complet en ce qui concerne la production de documents<sup>275</sup>. En 2008, le CIRI s'est écartée de son approche précédente de régime de production de documents flexible et a adopté des *lignes directrices pour les arbitres concernant les échanges d'informations*. Bien que les règles soient appelées lignes directrices, elles sont devenues *applicables dans toutes les affaires internationales administrées par le CIRI à compter 31 mai 2008*.<sup>276</sup> En 2014, le CIRI a modifié son règlement d'arbitrage et a incorporé les lignes directrices dans ce règlement qui est entré en vigueur le 1er juin 2014.

- Point commun avec la CCI : le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour conduire la procédure comme il le juge approprié. Conformément Règlement de la CCI, l'article 20 de règlement du CIRI confère au tribunal le pouvoir discrétionnaire de conduire la procédure comme il le juge approprié. Ce pouvoir discrétionnaire est plus spécifiquement traité à l'article 20(4), selon lequel *à tout moment au cours de l'instance, le tribunal peut ordonner aux parties de produire les documents, pièces ou autres éléments de preuve qu'il juge nécessaires ou appropriés*<sup>277</sup>.

- Différence avec la CCI : référence expresse à la preuve documentaire. Contrairement au Règlement de la CCI qui donne au tribunal le pouvoir d'exiger des preuves supplémentaires,

<sup>274</sup> IBA M, LLC (United Arab Emirates) v. D, SAS (France), Award, ICC Case No. 16655/EC/ND, 23 December 2011 produced in: International Journal of Arab Arbitration, Vol. 4 Issue 2 (2012): 125-215.

<sup>275</sup> R. Marghitola, *Document Production in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Vol. 33 (Kluwer Law International, 2015), p. 30

<sup>276</sup> Central European University, "DISCOVERING NEMO: A DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL", LL.M. SHORT THESIS, Giorgi KEKENADZE

<sup>277</sup> International arbitration rules of International Centre for Dispute Resolution (ICDR) as effective from June 1, 2014. <https://www.icdr.org/icdr/ShowPDF?url=/cs/groups/international/documents/document/z2uy/mdi4/~edisp/adrstage2028458.pdf>

sans préciser de quel type de preuve il s'agit, les règles du CIRDC mentionnent spécifiquement la preuve documentaire. Par conséquent, l'article 20(4) confère explicitement au tribunal le pouvoir d'ordonner à une autre partie de produire des documents.

- Les limites au pouvoir discrétionnaire des arbitres : tout d'abord, l'acceptation des demandes de production est soumise à ces conditions. Ce qui distingue les deux règlements (CCI et CIRDC), c'est l'article 21 des Règles du CIRDC qui énonce les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral en matière de production de documents. Alors que les règles de la CCI ne prévoient pas de conditions par défaut pour accéder aux demandes de production de documents. Il convient toutefois de noter que l'article 21 peut être exclu par accord écrit. Ensuite, l'article 20 du CIRDC pose comme limite au pouvoir discrétionnaire le droit pour les parties à un procès équitable et à une égalité de traitement.

- Conditions de la demande de production et Règles IBA. Avant la révision intervenue en 2014, l'article 21 des Règles du CIRDC prévoyait seulement que le tribunal avait le pouvoir d'ordonner à la partie de produire les documents qu'il jugeait nécessaires pour résoudre l'affaire. Toutefois, un nouvel article a incorporé de nouvelles exigences. En réalité, on considère que les Règles du CIRDC ont incorporé les Règles de l'IBA sur l'obtention des preuves dans l'arbitrage international.

### **c) – Synthèse concernant les divergences entre les règlements CCI/CIRDC.**

Les règles CIRDC, dès lors qu'elles sont plus détaillées que les règles CCI, présentent un avantage de clarté et de prévisibilité. Cela peut être plus avantageux pour les parties à l'arbitrage, car elles peuvent avoir une idée claire de la portée de la production de documents qu'elle pourrait avoir à traiter dans l'avenir.

L'article 21 du CIRDC permet non seulement les demandes visant la production de documents spécifiques, mais aussi les "classes" de documents. Cette catégorie de demandes peut donc conduire à la production d'un grand nombre de documents.

Bien que l'on puisse constater que le règlement CIRDC est une réglementation américaine, il n'est pas anodin que l'article 21 des Règles du CIRDC s'intitule *échange d'informations* et non *discovery*. Il est évident que les règles du CIRDC évitent le recours au terme *discovery*, dès lors que *le CIRDC a suivi la tendance de l'arbitrage international qui évite de mentionner le terme de discovery*<sup>278</sup>. En outre, les Règles de CIRDC découragent volontairement l'utilisation de la communication préalable, telle qu'elle est utilisée par les tribunaux américains. Selon l'article 21(10) du CIRDC, *les dépositions, les interrogatoires et les demandes d'admission tels qu'ils ont été élaborés pour être utilisés dans les procédures judiciaires américaines ne sont*

---

<sup>278</sup> J. Fellas and R. Mosquera, in A. Mistelis, Loukas (ed), *Concise International Arbitration (Second Edition)*, (Kluwer Law International 2015) p. 591.

généralement pas des procédures appropriées pour obtenir des renseignements dans un arbitrage en vertu des présentes règles<sup>279</sup>.

## **2. Les règles IBA : des efforts d'harmonisation compromis**

Dans les développements antérieurs, nous avons présenté les Règles de l'IBA. Nous allons, à présent, étudier quelques-unes de leurs dispositions pour apprécier de façon plus concrète dans quelle mesure elles offrent un compromis entre les traditions de *civil law* et de *common law*.

### **a) – Critères fixés à l'article 3 pour accéder aux demandes de production de documents**

- Influence de la tradition de *common law*. L'article 3 des Règles IBA prévoit la production de documents d'une manière qui reflète davantage la procédure de communication préalable en *common law* que la pratique du *civil law*, bien qu'elles aient été considérées comme une tentative de combiner les deux approches pour la production de preuves<sup>280</sup>. Il n'est donc pas surprenant que ces règles soient adoptées plus fréquemment par les parties originaires de pays de *common law*.

L'article 3 des Règles IBA se réfère non seulement aux documents qui sont en possession de la partie, mais aussi aux documents qui sont en possession de la partie adverse et du tiers<sup>281</sup>. Toutefois, comme la portée de la recherche se limite à la production de documents par la partie adverse, les exigences établies pour les demandes adressées à la partie adverse sont examinées dans ce sous-chapitre. L'article 3(3) des Règles IBA énumère, en effet, de telles exigences concernant le contenu d'une demande de production<sup>282</sup>. L'article 3 est considéré comme *un compromis équilibré*<sup>283</sup>.

- Influence de la tradition *civil law* : Il incombe à la partie requérante de rapporter la preuve de ses prétentions. La raison d'être du régime de production de documents des Règles IBA, découle de son obligation de s'acquitter de la charge de la preuve, qui est essentielle à la présentation des preuves écrites dans les régimes du *civil law*. Cela dit, l'obligation de s'acquitter de cette charge de la preuve est, bien entendu, aussi une caractéristique implicite de la communication préalable et de la divulgation dans les termes préconisés par les systèmes de *common law*.

---

<sup>279</sup> Art. 21(10) ICDR Rules 2014.

<sup>280</sup> Born, *International Commercial Arbitration in the United States, Commentary and Materials*, 1989, p.39

<sup>281</sup> 1999 IBA Working Party 1/2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010)*: 6.

<sup>282</sup> *Ib.*, at 8.

<sup>283</sup> Hilmar Raeschke-Kessler, "The Production of Documents in International Arbitration: A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence," 18 (4) *Arbitration Int'l*, 411, 416 (LCIA 2002).



- Mentions obligatoires : des documents restreints et spécifiques L'article 3(3)(a) : a) (i) prévoit *une description de chaque document demandé suffisante pour l'identifier, ou (ii) une description suffisamment détaillée (y compris l'objet) d'une catégorie restreinte et précise de documents dont on peut raisonnablement penser qu'ils existent ; dans le cas de documents conservés sous forme électronique, la Partie requérante peut, ou le tribunal arbitral peut ordonner qu'il soit tenu d'identifier des dossiers, des termes de recherche, des personnes ou d'autres moyens spécifiques pour rechercher ces documents de manière efficace et économique.* La règle générale qui s'applique aux demandes de documents est que la demande doit être suffisamment détaillée pour que la partie puisse identifier les documents demandés. On note là une volonté de décourager les *fishing expeditions*. Par conséquent, le cadre du régime de production de documents prévu dans les Règles IBA 2010 est plus restreint que le cadre utilisé dans les pays de *common law*.

- Critère de pertinence. L'article 3(3)(b) des Règles IBA dispose que *les documents demandés doivent être pertinents pour l'affaire et importants pour le résultat.* Ces critères sont évalués au cas par cas<sup>284</sup>. Les documents sont considérés pertinents dans une affaire *lorsqu'ils sont associés à l'objet du différend*<sup>285</sup>. En outre, sont également qualifiés de pertinents, les documents précontractuels, dès lors qu'ils sont *susceptibles d'aider le tribunal à mieux comprendre la relation, les intentions et l'accord des parties*<sup>286</sup>.

- Les documents sont réputés être en la possession, sous la garde ou sous le contrôle des parties. Pour s'opposer à la production de pièces, l'une des parties peut prétendre que *les documents demandés ne sont pas en sa possession, sous sa garde ou son contrôle.*<sup>287</sup> dans ce cas, elle doit fournir *un exposé des raisons pour lesquelles il serait déraisonnablement fastidieux pour elle de produire de tels documents.* Aux termes de l'article 3(3)(c), si l'entité requise n'est pas en possession des documents ou si la collecte des documents est légalement ou actuellement impossible ou fastidieuse, la partie concernée par la demande de production n'est pas tenue de produire ces documents.

## **b) – Objections opposées à une demande de production de pièces**

- Le rejet par le tribunal arbitral d'une demande de production de documents. Selon l'article 9(2)(g), le tribunal arbitral peut rejeter la demande de production de documents en se fondant sur *des considérations d'économie procédurale, de proportionnalité*<sup>288</sup>, *d'équité ou d'égalité*

---

<sup>284</sup> ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, ICC ARBITRATION COMMISSION REPORT ON MANAGING E-DOCUMENT PRODUCTION, ICC COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, (2012): 5., 3.8

<sup>285</sup> Sameer, Sattar, "Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration." International Arbitration Law Review, 14(6) (2011): 215.

<sup>286</sup> LEW, JULIAN D. M., "Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents *op. cit.* p. 16.

<sup>287</sup> IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration 2010, Art. 3(3)(c)

<sup>288</sup> Règlement IBA 2010, art. 9.2(g). La " proportionnalité " n'est pas définie, mais elle implique généralement la prise en compte de la portée du différend, de la possibilité d'obtenir des éléments de preuve particuliers ainsi que du coût et de la charge de travail.

*des parties qu'il juge impérieuses*<sup>289</sup>. Cette disposition est considérée comme une disposition *fourre-tout*,<sup>290</sup> car elle englobe de nombreux critères généraux, qui peuvent même être vagues à un moment donné. Le but principal de cet article est de *contribuer à ce que le tribunal arbitral assure aux parties une audience équitable, efficace et efficiente*<sup>291</sup>. La notion d'économie procédurale se réfère principalement aux coûts engagés dans le processus de présentation de la preuve ou dans tout autre processus associé à la production du document. Il peut s'agir de la traduction, de la duplication, etc.

- Le contrôle de la proportionnalité. A travers un contrôle de proportionnalité, qui fait référence à la pertinence et à l'importance relative d'un document, le tribunal doit évaluer les avantages et les effets négatifs d'accorder des demandes de production de documents. L'équité et l'égalité sont les notions fondamentales de tout cadre procédural présent dans l'arbitrage. Dans un commentaire sur les Règles IBA, le groupe de travail a déclaré que *la nécessité de protéger l'équité et l'égalité entre les parties peut surgir lorsque l'approche du privilège qui prévaut dans les juridictions d'origine des parties diffère*<sup>292</sup>. Par conséquent, selon les circonstances particulières de l'affaire, le tribunal peut se fonder sur les notions d'égalité et d'équité et rejeter les demandes de production de documents.

- Le Redfern schedule. Les Règles IBA ont fait de la production de documents, un élément dominant dans la plupart des arbitrages internationaux. Elles ont introduit un cadre pratique pour l'avancement des demandes de production de documents<sup>293</sup> : *The Redfern Schedule*,<sup>294</sup> du nom de son inventeur Alan Redfern, aide à articuler et à déterminer les demandes de production de documents en vertu des Règles IBA et, à ce titre, facilite la compréhension de la façon dont la production de documents fonctionne en pratique. Le calendrier de Redfern a pour but de cristalliser les points précis en litige<sup>295</sup>, afin que le tribunal arbitral connaisse la position adoptée par les parties à la suite des échanges qui ont eu lieu entre elles. La liste Redfern est devenue un outil largement accepté pour la production de documents dans l'arbitrage international, en particulier dans le cadre des Règles IBA<sup>296</sup>.

---

<sup>289</sup> Art. 9(2)(g) of IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration 2010.

<sup>290</sup> 1999 IBA Working Party 1/2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010): 26.

<sup>291</sup> *Ibid.*

<sup>292</sup> 1999 IBA Working Party 1/2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010): 25.

<sup>293</sup> R. TRITTMANN and B. KASOLOWSKY, "Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions" op. cit.

<sup>294</sup> A. REDFERN and M. HUNTER, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 4th edn (London: Sweet & Maxwell, 2004), §6-77.

<sup>295</sup> L'obligation de présenter les demandes de documents sous la forme d'un calendrier Redfern est souvent énoncée dans la première ordonnance de procédure ou dans une ordonnance de procédure subséquente portant sur la production de documents. Les itérations successives des calendriers Redfern des parties sont ensuite déposées devant le tribunal arbitral. En règle générale, les annexes de Redfern constituent le principal, voire l'unique moyen de consultation entre les parties au sujet de leurs objections aux demandes de documents de l'autre partie.

<sup>296</sup> P. TERCIER and T. BERSHEDA, "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint" in The Search for the "Truth" in Arbitration, ASA Special Series No.35, 2011, pp.77–102, at pp.92 and following.

### c) – Synthèse concernant les apports des règles de l'IBA

Les Règles IBA semblent bien établir un régime de production de documents qui concilie les approches de *common law* et de *civil law*, en matière de présentation de preuves documentaires. Même si elles font aujourd'hui l'objet de controverses, force est de reconnaître qu'elles se sont efforcées de trouver un compromis entre la procédure de discovery très extensive et intrusive qui prévaut dans les pays de *common law* et le cadre plus strict régissant production de documents dans les pays de *civil law*. En conciliant les positions extrêmes adoptées dans ces deux systèmes, les Règles IBA cherchent à gérer les attentes des parties issues de différentes cultures juridiques et d'établir un *juste milieu entre les pratiques extensives de production de documents des juridictions de common law et la réticence des systèmes de civil law à contraindre les parties de produire des documents*<sup>297</sup>.

## B – L'obtention des preuves testimoniales : la combinaison des deux systèmes

### 1. L'influence de la tradition de civil law

#### a) - Le pouvoir du tribunal arbitral

- L'influence de la tradition de civil law se perçoit dans le rôle qui est conféré au tribunal arbitral, notamment par les règles de l'IBA<sup>298</sup>. Les dispositions de l'article 8(2), énoncent que *le tribunal arbitral exerce à tout moment un contrôle total sur l'audition des témoins. Le tribunal arbitral peut limiter ou exclure toute question, réponse ou comparution d'un témoin.* L'article 8(3g) précise, pour sa part, que les arbitres peuvent poser des questions aux témoins à tout moment et peuvent ainsi *interrompre* l'interrogatoire des avocats<sup>299</sup>. Le tribunal peut limiter ou exclure toute question aux témoins, s'il considère que ces questions ne sont pas pertinentes, qu'elles ne sont pas importantes, qu'elles sont inutilement lourdes, qu'elles font double emploi ou sont couvertes par les motifs énoncés à l'article 9(2). Il importe de préciser que la plupart des règles d'arbitrage institutionnelles donnent au tribunal un contrôle total sur l'interrogatoire des témoins et l'appréciation de la preuve<sup>300</sup>.

- Il incombe aux arbitres d'évaluer la pertinence, l'importance de la preuve testimoniale. La pratique dans l'arbitrage international est d'admettre la preuve, de façon extensive, en laissant aux arbitres le soin d'en évaluer le poids. La plupart du temps, l'admissibilité d'un

<sup>297</sup> M. MCILWRATH and H. ALVAREZ, "Common and Civil Law Approaches to Procedure: Party and Arbitrator Perspectives" in P. E. Mason and H. A. Grigera Naón (eds), *International Arbitration: 21st Century Perspectives* (2010), para.2.05 [4].

<sup>298</sup> J. A. WOLF AND K. M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" op. cit., P.85

<sup>299</sup> Model Law Article 19(2); Brazil, Arbitration Law Article 22; England, Arbitration Act sections 34(2)(f) and 38(5); Netherlands, CCP Article 1041(1); Switzerland, PIL Article 182(2); US, FAA section 7.

<sup>300</sup> Berger, *International Economic Arbitration*, 439 and IBA Rules Article 4 ; Griffin, "Recent Trends in the Conduct of International Arbitration – Discovery Procedures and Witness Hearings", 17(2) *J Int'l Arb* 19 (2000) 26-29.

témoin n'est décidée par le tribunal qu'après l'audience. Ces considérations s'appliquent à la preuve testimoniale mais comme la déposition d'un témoin à une audience peut prendre beaucoup de temps, les arbitres sont souvent enclins à exercer leur pouvoir d'exclusion si la preuve d'un témoin est manifestement non pertinente, sans importance ou répétitive.

- Devoir des parties d'indiquer quels témoins assistent à l'interrogatoire. Les règles de l'IBA prévoient que chaque partie indique au tribunal arbitral quels témoins de l'autre partie devraient être tenus d'assister à l'audience pour l'interrogatoire. Le tribunal arbitral lui-même indique aux parties, le cas échéant, lesquels des autres témoins, il souhaite entendre en personne<sup>301</sup>. Il est relativement rare que le tribunal arbitral exige la présence d'un témoin si ni l'une ni l'autre des parties ne le souhaite pas<sup>302</sup>.

- Le tribunal dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'administration de la preuve par témoins. Le règlement IBA précise qu'il appartient, en principe, aux parties de décider quels témoins elles entendent présenter, les tribunaux arbitraux peuvent refuser d'entendre tous les témoins ou une partie seulement<sup>303</sup>. Pour sa part, l'article 15(2) du règlement de la CNUDCI (souvent utilisé dans les arbitrages ad hoc) dispose qu'à la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoin y compris les experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur *pièces*. Il incombe donc aux parties de présenter leurs témoins<sup>304</sup>, cela implique que la partie avance ou rembourse les frais que le témoin engage pour assister à l'audience et qui seraient alors inclus dans les frais d'arbitrage<sup>305</sup>.

#### **b)- Le recours à l'écrit pour les déclarations des témoins ou *witness statements***

- Un recours privilégié à la preuve écrite : les *witness statements*. Cette procédure - connue sous le nom de déclarations écrites de témoins - tire le meilleur parti des systèmes de *common law* et de *civil law*, afin de permettre aux parties d'origines culturelles et juridiques différentes de produire, au préalable et dans le respect du principe des droits de la défense, des éléments de preuve devant les tribunaux arbitraux internationaux. Les déclarations écrites des témoins

---

<sup>301</sup> Il s'agit d'une révision introduite en 2010 qui visait à aligner les Règles IBA sur les meilleures pratiques en vigueur : Groupe de travail IBA 1999, n° 95, p. 65. L'article 8(2) dispose que *le droit d'appeler des témoins est subordonné au pouvoir du tribunal d'exclure toute comparution qu'il estime non pertinente, immatérielle, excessivement lourde, faisant double emploi ou autrement couverte par un motif d'objection énoncé à l'article 9.2.*

<sup>302</sup> IBA Rules, Arts 3(10) and 8(5).

<sup>303</sup> IBA Rules Article 8(1); ICC Article 20(3); LCIA Article 20(2) ; JOHN A. WOLF AND KELLY M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, P.85

<sup>304</sup> Bühler and Dorgan, "Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration", 17(1) J Int'l Arb 3 (2000) 19-20.

<sup>305</sup> Voir aussi Bühler, "Costs in ICC Arbitration; A Practitioner's View", 3 Am Rev Int Arb 116 (1992) 138 et seq.

présentent les avantages d'inciter les avocats à mieux préparer leur cause bien avant les audiences d'arbitrage<sup>306</sup>.

- Un recours privilégié à la preuve écrite dans l'arbitrage international. Les dépositions des témoins sont généralement présentées, sous la forme de déclarations écrites<sup>307</sup>, bien que le contenu de ces déclarations dépende fortement des exigences imposées par le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral pourra prévoir que les déclarations écrites des témoins remplacent complètement les témoignages directs. Il convient de noter que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et le Règlement d'arbitrage international du CIRDI disposent que les preuves des témoins peuvent également être présentées sous la forme de déclarations écrites signées par eux.<sup>308</sup> De même, le Règlement d'arbitrage international de la CCI prévoit que *le tribunal arbitral peut statuer sur l'affaire uniquement sur les pièces soumises par les parties, à moins que l'une des parties demande une audience.*<sup>309</sup>

- La production des déclarations écrites des témoins peut être laissée à l'initiative des parties, sous réserve d'une ordonnance contraire rendue par le tribunal arbitral. Conformément à l'article 20.3 du règlement de la LCIA, l'initiative de soumettre les déclarations écrites des témoins incombe aux parties, sous réserve d'une ordonnance contraire rendue par le tribunal arbitral<sup>310</sup>. L'article 4(6) des règles IBA prévoit que les parties peuvent soumettre des déclarations de témoins révisées ou supplémentaires pour répondre aux questions contenues dans les déclarations de témoins d'une autre partie également appelé *réfutations*.

Certains tribunaux exigent des déclarations de témoins comme condition préalable à tout témoignage oral<sup>311</sup>. L'article 4(4) du Règlement IBA autorise un tribunal arbitral à ordonner à chaque partie de soumettre des déclarations écrites de chaque témoin sur la déposition de laquelle il se fonde. Cette pratique est la bienvenue car elle permet d'accélérer les audiences et les procédures.

Il est de plus en plus rare que les déclarations écrites des témoins soient présentées sous serment sous forme d'*affidavits*, c'est-à-dire une déclaration écrite confirmée par un serment aux fins d'utilisations devant un tribunal. Le plus souvent, les déclarations sont simplement signées par les témoins<sup>312</sup>. Les règles d'arbitrage institutionnel ainsi que les Règles de l'IBA

---

<sup>306</sup> J. A. WOLF AND K. M. PRETEROTI, "Written Witness Statements" *op. cit.*, P.84

<sup>307</sup> Arbitration and oral evidence, Paris, ICC, Dossiers ICC Institute of World Business Law; voy. particulièrement A.-V. Schlaepfer, «Witness Statements», pp. 65 et s.

<sup>308</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, G.A. Res. 31/98, U.N. GAOR, 31st Sess., Supp. No. 17, ch. V, § C, U.N. Doc. A/31/17 (1976) (the UNCITRAL Rules), art. 25.5, available at [www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1976Arbitration\\_rules.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html); International Dispute Resolution Procedures (May 1, 2006) (ICDR Rules), R-3 art. 20.5, available at [www.adr.org/sp.asp?id=28144](http://www.adr.org/sp.asp?id=28144).

<sup>309</sup> International Chamber of Commerce Rules of Arbitration (Jan. 1, 1998) (ICC Rules), art. 20.6, available at [www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp](http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp).

<sup>310</sup> Voir aussi AAA ICDR Article 20(5); UNCITRAL Article 25(5); WIPO Article 54(d).

<sup>311</sup> Friedland, "A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration", 11(4) Mealey's IAR 4 (1996).

<sup>312</sup> REDFERN AND HUNTER on International Arbitration *op. cit.* p. 390

démontrent l'importance des déclarations écrites des témoins. Aujourd'hui, elles ont trouvé leur place dans l'arsenal d'outils de gestion des affaires du tribunal arbitral.

## **2. L'influence de la tradition de common law**

### **a)- La préparation des témoins en amont**

- Les contacts entre les parties et les témoins. Pour permettre aux avocats des pays de *civil law* et de *common law* d'être sur un pied d'égalité, on tend à admettre dans les arbitrages internationaux conduits dans la plupart des pays de *civil law* que les conseils peuvent rencontrer leurs témoins avant l'audience, voire les préparer, en gardant toujours à l'esprit que *la préparation des témoins ne doit pas devenir une manipulation de témoins*<sup>313</sup>. Les différents systèmes juridiques imposent diverses restrictions aux contacts entre les avocats des parties et les témoins. Dans la pratique de l'arbitrage international, il n'existe pas de règles claires mais généralement, les avocats travaillent avec les témoins avant qu'ils ne témoignent<sup>314</sup>.

- la préparation des témoins est permise : l'influence manifeste du système de *common law*. L'article 4(3) des règles IBA prévoit cette pratique selon laquelle l'avocat des parties peut contacter le témoin dans le cadre de la préparation de l'audience. Il n'est pas exclu pour une partie, ses dirigeants, employés, conseillers juridiques ou autres représentants d'interroger ses témoins. La logistique de l'audition de la preuve, comme le choix de la langue et l'interprétation ainsi que l'enregistrement du témoignage, sont normalement traités dans l'ordre procédural qui traite des questions de preuve.

- Le règlement de la LCIA permet également la préparation en amont. En effet, le règlement LCIA prévoit expressément que *sous réserve des dispositions impératives de toute loi applicable, il n'est pas inopportun pour une partie ou ses représentants légaux d'interroger un témoin ou un témoin potentiel afin de présenter son témoignage par écrit ou de le produire comme témoin oral*. On peut certainement soutenir que les interdictions de contact avec les témoins qui existent dans certains systèmes juridiques ne s'appliquent qu'aux procédures judiciaires et non à l'arbitrage international, en particulier lorsque l'arbitrage est soumis à des règles permettant ces contacts.<sup>315</sup>

### **b)- L'aptitude des parties et des experts à témoigner**

Dans l'arbitrage international, tout personne y compris les parties et leurs représentants légaux, sont généralement autorisée à témoigner. Cette pratique est conforme aux règles

---

<sup>313</sup> B. HANOTIAU, «Civil law and Common Law Procedural Traditions» op. cit. p. 95.

<sup>314</sup> BLACKABY, 'Witness preparation: A key to effective advocacy in international arbitration' (2010) 15 ICCA Congress Series 118.

<sup>315</sup> FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN on International Commercial Arbitration pp. 655 - 708

appliquées dans le système juridique de la *common law* où rien n'interdit à une partie de comparaître comme témoin.

**c)- La pratique du contre-interrogatoire (*Cross-examination*)**

- Influence de la *common law* : méthode d'interrogatoire des témoins. Bien que les règles IBA aient été conçues pour combler le fossé entre les praticiens des différentes cultures juridiques, en ce qui concerne la méthode d'interrogatoire des témoins de fait, l'article 8(3) des règles IBA s'inspire de la tradition de *common law*, selon laquelle les questions sont principalement posées par les avocats<sup>316</sup>. Elle prévoit également la procédure classique des 3 étapes du témoignage direct, du contre-interrogatoire et du réexamen<sup>317</sup>, même si les termes du contre-interrogatoire et réexamen ne sont pas utilisés, le demandeur présente habituellement ses témoins, puis le défendeur présente les siens. A la suite d'un témoignage direct, toute autre partie peut interroger ce témoin, aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal arbitral. La partie, qui a initialement présenté le témoin, aura ensuite l'occasion de poser des questions supplémentaires sur les questions soulevées par les autres parties lors de l'interrogatoire.

- Le contre-interrogatoire doit être concis et efficace. Il est fortement recommandé aux avocats en arbitrage international de s'assurer que les contre-interrogatoires auxquels ils doivent procéder soient, autant que possible, concis et efficaces. Toute tentative d'allonger le processus est contre-productif et mal perçue par le tribunal arbitral. Il y a moins de chances de surprendre un témoin avec un document inattendu ou un document incohérent antérieur en raison de l'échange intensif de preuves aux étapes des plaidoiries de l'arbitrage.

**d)- Les experts**

- Les témoins experts. Le règlement CIRD-AAA prévoit, conformément à la tradition civiliste, que le tribunal peut retenir les services d'experts indépendants. Les règles de l'IBA prévoient, quant à elles, des dispositions distinctes pour les experts nommés par les parties et les experts nommés par les tribunaux<sup>318</sup>, tout comme le règlement de la CCI. Un *sommet d'experts* aboutit souvent à un accord sur un nombre substantiel de points et limite ainsi le témoignage qui doit être présenté à l'audience<sup>319</sup>. Il est intéressant d'examiner, également, les dispositions en matière de désignation d'experts, contenues dans le règlement de la CCI du 1<sup>er</sup> mars 2017, concernant les experts nommés par les parties (Article 25.3) et par le tribunal (Article 25.4), le règlement de la CNUDCI (Article 27.1) ou encore le règlement LCIA du 1<sup>er</sup> octobre 2014 (Article 21.1).

---

<sup>316</sup> 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence, Art.8(3).

<sup>317</sup> HARBST, *Differences between common law and civil law* op. cit. p. 9

<sup>318</sup> IBA Rules, Article 5.

<sup>319</sup> D. RIVKIN et al., "Trends in U.S. and International Arbitration," in *Arbitration Rev. of the Americas* 2007, 4 (Global Arbitration Rev. Special Report of the IBA, London, Nov. 2006).

Nous avons pu examiner dans ce chapitre I, l'influence des traditions de *civil law* et de *common law* dans la pratique des arbitrages institutionnels et dans le processus d'harmonisation tendant à mettre en place une procédure arbitrale et des règles de preuves communes. Dans le chapitre II, nous tenterons d'analyser, au lendemain de l'adoption des règles de Prague, si la création de règles transnationales qui se détacheraient de ces deux traditions pourraient être envisageables ?



## CHAPITRE II

### **LE MULTICULTURALISME JURIDIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL : UN FREIN OU UN LEVIER A LA CREATION EFFECTIVE D'UN DROIT TRANSNATIONAL DE LA PREUVE ?**

#### **I – Les règles de Prague adoptées en 2018 : aboutissement, alternative ou remise en cause des IBA Rules ?**

*Américanisation progressive de l'arbitrage international : le moment est-il venu d'élaborer des règles de preuve inquisitoriales ?*<sup>320</sup> Tel était le programme de la IV conférence de la Fédération Russe d'Arbitrage qui s'est tenue en avril 2017. A l'origine de ces critiques, les praticiens de l'arbitrage présents avaient souligné la nécessité de proposer une alternative aux règles IBA jugées trop « anglo-saxonnes ». Le groupe de travail chargé de cette mission était composé de représentants d'une trentaine de pays, principalement de tradition civiliste. Quelques mois plus tard, en janvier 2018, un premier projet de « règles inquisitoriales relatives à l'obtention de preuves dans les arbitrages internationaux » était publié.

C'est dans ces conditions que, le 14 décembre 2018, de nouvelles règles de procédure ont été présentées à Prague, sous le nom de *Prague Rules*<sup>321</sup>, en référence à la ville où s'est tenue la Conférence d'arbitrage international, au cours de laquelle cette nouvelle réglementation a été présentée officiellement. Marc Henry<sup>322</sup>, président de l'Association Française de l'arbitrage (AFA) a été l'un des premiers à publier sur le sujet. Il a procédé à une analyse très intéressante et particulièrement judicieuse de ces règles, dans son article *Les Prague Rules, ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, un titre révélateur du contexte dans lequel s'inscrit ce mouvement de contestation venu de République Tchèque. A défaut d'avoir assez de recul pour apprécier leur impact dans le cadre de sentences arbitrales, nous verrons, à la lecture de ces nouvelles dispositions et de tous les articles récemment publiés, quel pourrait être l'avenir des Prague Rules ?

---

<sup>320</sup> Dr. M. ALTENKIRCH et M. BOUSSIHMAD, *The Prague Rules – inquisitorial Rules on the taking of evidence in international Creeping americanization of international arbitration : is it the right time to develop inquisitorial rules of evidence ?*

<sup>321</sup> <http://praguerules.com/news/is-it-time-for-a-change>

<sup>322</sup> M. HENRY, *Les Prague Rules, ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, *Rev. arb.* 2019 -n°1 pp. 1-14.

## **A – Les objectifs des règles de Prague**

A l'instar des règles IBA, les règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en arbitrage international *The Prague Rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration* précisent les règles applicables, en matière d'obtention de preuves dans les arbitrages internationaux.

Ces dispositions entendent offrir des lignes de conduite aux tribunaux arbitraux et aux parties pour leur permettre de rendre plus efficaces les procédures arbitrales. A cet effet, elles encouragent les tribunaux à se montrer plus actifs dans la conduite des procédures et dans l'administration de la preuve, comme c'est le cas dans les pays de tradition civiliste.

L'objectif principal poursuivi par les rédacteurs des règles de Prague était, donc, de proposer des solutions pour réduire les coûts et les délais dans la conduite des procédures, dérives qui étaient de plus en plus dénoncées dans les milieux de l'arbitrage international.

Le préambule des *Prague Rules* précise que ces règles n'ont pas pour objet de remplacer les règlements d'arbitrage institutionnel mais qu'elles ont été conçues pour compléter les règles de procédure devant être adoptées par les parties ou appliquées par les tribunaux arbitraux dans le cadre d'un litige particulier.

En outre, les parties et les tribunaux arbitraux peuvent convenir de donner auxdites règles un caractère contraignant (*binding document*) ou une valeur purement indicative (*guidelines*), de les appliquer à quelques questions procédurales ou au contraire à la procédure dans son ensemble et enfin d'en modifier les dispositions (*the parties may also modify the provisions of the Prague rules*) eu égard aux circonstances particulières du litige.

Ces règles de Prague viennent contester les règles de l'IBA dont l'objectif avait été de combler le fossé entre les différentes règles des systèmes juridiques relatives à l'obtention des preuves, et plus particulièrement entre le système de droit civil et celui de *common law*.

Les règles de l'IBA ont néanmoins fait l'objet de critiques de la part de membres du *civil law* au service de la communauté des arbitres, qui y voyaient une forme de domination des procédures de *common law* en matière d'obtention de preuves. Ces critiques ont conduit à l'émergence des Règles de Prague, conçues comme des règles inquisitoriales relatives à la collecte de preuves en matière d'arbitrage international. Les rédacteurs des Règles de Prague sont convaincus qu'ils contribueront à l'efficacité de l'arbitrage international ainsi qu'à la réduction des délais et des coûts de l'arbitrage.

## **1. Réduire la durée et le coût de la procédure d'arbitrage**

Les rédacteurs des Règles de Prague n'ont pas manqué de relever dans la pratique actuelle, de nombreux dysfonctionnements, liés selon eux, aux règles de production de documents prévues notamment par l'IBA, qu'ils considèrent comme étant une entrave à l'efficacité de la procédure arbitrale.

Le groupe de travail avait identifié trois caractéristiques des preuves recueillies lors d'un arbitrage qui, selon lui, étaient principalement responsables du mécontentement dans certains milieux de l'arbitrage international : la production de documents, un recours excessif aux témoins de fait et aux experts, les contre-interrogatoires interminables lors de longues audiences.

En invoquant les principes en vigueur dans la tradition civiliste, les Règles de Prague entendent apporter des éléments de réponse pour accroître l'efficacité et réduire les coûts des procédures arbitrales et surtout rappeler aux arbitres qu'ils doivent utiliser leurs pouvoirs de direction et de contrôle dans la conduite de l'instance.

Les rédacteurs des Règles de Prague n'ont pas été les seuls à avoir pris conscience des dérives qui affectent les procédures arbitrales. Si l'on en croit, l'enquête en arbitrage international, menée en 2018, par le Cabinet d'Avocats White and Case et l'Université Queen Mary à Londres, le coût élevé et la lenteur des procédures occupent respectivement la première et la quatrième place dans l'échelle des inconvénients majeurs reprochés de nos jours à l'arbitrage.

Dans les milieux professionnels, on ne compte plus les critiques dénonçant la durée et les coûts excessifs fréquemment pratiqués dans les procédures arbitrales internationales.

## **2. Renforcer l'efficacité de l'arbitrage**

Il reste à voir si ces règles sont en fait la solution à l'inefficacité procédurale. Les problèmes qui frustrant généralement les parties résultent généralement de la réticence du tribunal à utiliser des méthodes de gestion des affaires plus actives, plutôt que de l'absence de pouvoirs disponibles dans le cadre de la procédure applicable. Il a été suggéré que l'application des Règles de Prague pourrait dans certains cas permettre de limiter les coûts et de résoudre certains problèmes de procédure récurrents.

## **B – La question probatoire dans les règles de Prague et les règles de l'IBA : divergences, similitudes et nouveautés**

Les développements suivants seront consacrés à l'analyse des principales différences que l'on peut observer entre les règles IBA et les règles de Prague, les quelques similitudes et enfin les dispositions innovatrices des règles de Prague.

## **1. Le contenu des règles de Prague**

Les règles de Prague comportent 12 articles :

**Article 1** : Application des règles

**Article 2** : Rôle proactif du tribunal arbitral

**Article 3** : Recherche des faits

**Article 4** : Preuves documentaires

**Article 5** : Témoins de faits

**Article 6** : Experts

**Article 7** : Principe *Iura Novit Curia*

**Article 8** : Audience

**Article 9** : Assistance en matière de Règlements à l'amiable

**Article 10** : Conclusions contraires

**Article 11** : Répartition des coûts/ Frais

**Article 12** : Délibérations

Les Règles de Prague sont conçues comme un cadre offrant des directives pour mener une procédure d'arbitrage de façon efficace<sup>323</sup>. Elles ne remplacent pas les règles institutionnelles qui régissent la procédure arbitrale et ne s'appliquent que sur accord des parties ou de la propre initiative du tribunal arbitral, après consultation des parties.

Les Règles de Prague recommandent de limiter l'exposé des faits et des arguments juridiques lors d'une première conférence de gestion de l'instance et le prononcé de décisions préliminaires du tribunal sur des questions clés. Les tribunaux peuvent ordonner des inspections de site et demander des documents clés. Les nouvelles règles visent à restreindre considérablement la divulgation, les parties étant priées d'*éviter toute forme de production de documents, y compris la e-discovery*.

Aucune demande de document ne sera normalement autorisée après la première conférence de gestion de la procédure. L'approche inquisitoire est fortement privilégiée en matière de témoignage et des experts nommés par un tribunal. Sous réserve de l'accord des parties, les règles permettent aux membres du tribunal de faciliter un règlement commercial ou de régler le différend, une approche qui reste controversée pour certaines parties et praticiens. Lorsque les différends ne sont pas réglés, les parties et les tribunaux sont encouragés à ne traiter que les documents, en évitant les audiences dans la mesure du possible.

Il est surprenant de constater que les règles de Prague sont disponibles en anglais, espagnol, portugais et russe, mais pas en français, pays de tradition civiliste par excellence et c'est toujours le cas, lorsque l'on consulte, plusieurs mois après leur présentation à Prague du 14 décembre 2019) leur site officiel <http://praguerules.com>.

---

<sup>323</sup> <https://www.dlapiper.com/en/czech/insights/publications/2019/01/the-prague-rules/>

## **2. Les divergences**

Il existe des différences fondamentales entre les règles de Prague et les règles IBA. Dans les développements qui vont suivre, nous allons présenter les grands axes.

### **a)- Une approche inquisitoriale de la procédure : application de l'adage *jura novit curia***

Ainsi que nous pouvons l'observer, les règles de Prague suivent, contrairement aux règles IBA une approche inquisitoriale, notamment en confiant un rôle plus actif au tribunal arbitral, dès les premières étapes de la procédure.

En adoptant une conception volontairement inquisitoriale, les règles de Prague ont voulu apporter une réponse aux critiques formulées à l'encontre des *IBA Rules* considérées, à tort ou à raison selon les avis, comme étant plus marquées par l'approche accusatoire des pays de *common law*.

- Le rôle proactif du juge. Les règles de Prague disposent que les arbitres devraient, pour permettre d'accélérer les procédures, être plus actifs non seulement en matière d'établissement des faits mais également en ce qui concerne l'obtention des preuves. Les Règles de Prague confèrent au tribunal arbitral des pouvoirs plus importants dans la conduite de la procédure arbitrale, notamment en matière d'établissement des faits, de production des preuves documentaires, de témoignages et de tenue des audiences. Le tribunal arbitral a pour mission de réduire les délais. Si, les règles IBA encourageaient déjà le tribunal à adopter une attitude proactive, cela n'était pas exprimé de façon aussi spécifique. Les Règles de Prague contiennent des dispositions expresses sur la manière dont le tribunal devrait être actif.

Bien que de telles mesures soient également prévues en faveur des tribunaux, en vertu des règles IBA, les règles de Prague ont la particularité d'insister expressément sur cette prérogative du tribunal en matière d'établissement des faits.

- L'établissement des faits (article 3). Il ressort des règles de Prague que le tribunal arbitral participera à la procédure d'établissement des faits. Dans l'approche *accusatoire*, la procédure d'établissement des faits est gérée par les parties. Le tribunal arbitral n'a que le devoir de présider à la procédure et de régler le litige, d'où un rôle plus passif. Les règles de Prague préconisent, à ce titre, la répartition des charges et des pouvoirs entre les parties et le tribunal arbitral.

L'article 3.1 précise que "le tribunal arbitral est en droit et est encouragé à jouer un rôle proactif dans l'établissement des faits de la cause qu'il juge pertinents pour le règlement du différend". En adoptant une approche proactive en matière d'établissement des faits, le tribunal arbitral peut prendre des mesures telles que demander la production de documents ou ordonner une inspection du site.

- Référence explicite à l'adage «lura Novit Curia» (article 7). L'article 7 dispose, après avoir rappelé que la charge de la preuve incombe aux parties (article 7.1), que le tribunal arbitral, s'il l'estime nécessaire, est habilité à invoquer d'office des moyens de droit qui n'auraient pas été invoqués par les parties, sous réserve de respecter l'ordre public ? Le cas échéant, il devra consulter au préalable les parties. En outre, le tribunal doit demander l'avis des parties sur les dispositions juridiques qu'il entend appliquer (article 7.2). Marc Henry estime qu'en invoquant d'office de tels moyens de droit, le tribunal arbitral « ne pourra que contribuer à ce que la meilleure décision possible soit rendue. *You don't give benefit to a party, you give benefit to justice.*<sup>324</sup> »

- La conférence de gestion de la procédure (the case management conference) (article 2). En vertu de l'article 2.4 (e) des Règles de Prague, le tribunal arbitral, après avoir pris connaissance des éléments du litige, a le pouvoir exprès de donner, dès la conférence de gestion de la procédure, son point de vue préliminaire sur la répartition de la charge de la preuve (i), les questions litigieuses (ii), les demandes de réparation (iii) et le poids et la pertinence des preuves présentées par les parties (iv).

- Pouvoir du tribunal d'écourter les délais lors de la conduite de l'arbitrage (article 2.5). Le tribunal arbitral fixera, après avoir entendu les parties, le calendrier d'audience, conformément aux dispositions de l'article 2.5. Toutes les mesures doivent être prises pour réduire la durée de chacune des étapes de la procédure. Il est, en effet, prévu que c'est en principe lors de la *case management conference* (audience de gestion du litige ou audience préliminaire) que toutes les demandes de production de documents devront être présentées (article 4.3). Toute demande tardive sera soumise au pouvoir d'appréciation du Tribunal, qui ne pourra y faire droit qu'à titre exceptionnel. Il est également recommandé aux parties de privilégier les preuves documentaires à tout autre mode de preuve, selon l'article 8.1, pour accélérer le cours de la procédure.

Si les parties souhaitent la fixation d'une audience, qui reste facultative en fonction des circonstances du litige, tous les moyens doivent être mis en œuvre pour en limiter la durée ou pour éviter des frais inutiles de déplacement par exemple, en privilégiant tous les modes de communication (vidéo, supports électroniques et téléphone). Concernant l'audience, les règles ne précisent pas si le tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de décider de tenir une audience à la suite d'une telle demande ou si une demande doit être automatiquement accordée (article 8.2).

---

<sup>324</sup> M. HENRY, « *Les pragues rules : ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse de l'arbitrage* » Rev. Arb. 2019 N°1 p. 13

## **b)- La production des preuves documentaires**

Globalement, on constate une approche très restrictive de la notion de demande de production de documents, dès lors que le tribunal arbitral et les parties sont vivement encouragées à ne pas en formuler (article 4.2).

- La pratique actuelle. Bien que la production extensive de documents soit un phénomène plutôt inconnu du point de vue civiliste, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, elle ne l'est ni au regard de la *common law* avec la procédure de *discovery* et surtout avec les *fishing expeditions* ni même dans la pratique actuelle en arbitrage international. Ce qui est critiqué ici, ce n'est donc pas tant la production de pièces en tant que telle (entendons ici les demandes de production de pièces), mais les modalités de cette production.

En vertu de l'article 3 (3) des règles de l'IBA, les demandes de production de pièces étaient ramenées à de plus justes proportions par rapport à la *discovery* américaine : une partie peut demander un document bien identifié ou une catégorie de documents spécifiques.

Dans la pratique actuelle, les parties échangent généralement des demandes portant sur des catégories de documents, décrites cependant de façon extensive, de sorte que des centaines de documents, voire davantage, se trouveraient ainsi visés. Par ailleurs, les documents sous forme numérique sont également concernés par les demandes de production, dès lors qu'il est devenu fréquent de demander à l'autre partie de produire tous les courriels ou autres documents stockés électroniquement correspondant à tel ou tel mot-clé. Par voie de conséquence, la production de documents peut s'avérer une technique probatoire, longue, coûteuse et très fastidieuse, d'où les critiques formulées actuellement.

- Les demandes de production de pièces doivent porter sur des documents spécifiques. Les règles de Prague semblent vouloir aller au-delà des règles de l'IBA qui tendaient déjà, il convient de le rappeler, à prévenir les effets d'une *american-style discovery*. L'article 4.1 dispose que les parties doivent présenter les preuves documentaires à l'appui de leur argumentation, aussitôt que possible au cours de l'instance arbitrale. En règle générale, les demandes de production de documents se doivent d'être d'une portée plus limitée. Les rédacteurs des Règles de Prague visent, en effet, à éviter la production massive de documents conformément aux dispositions de l'article 4.2 « le tribunal arbitral et les parties évitent toute forme de production de documents y compris sur support électronique (*e-discovery*) ».

En outre, en vertu de l'article 4.5, « la partie peut demander au tribunal arbitral d'ordonner à l'autre partie de produire tout document désigné spécifiquement, dès lors qu'il est pertinent et déterminant pour l'issue du litige (a), n'est pas rentré dans le domaine public (b) et se trouve en possession de l'autre partie (c).

La demande de production ne saurait donc concerner qu'une catégorie de documents bien spécifique. En conséquence, les demandes de production massive de documents faisant référence, par exemple, à « tous les documents, procès-verbaux, notes, mémorandums, ou autres comptes rendus, concernant tel point du litige » seraient exclues, en vertu des Règles de Prague.

- La production des documents doit être demandée au tribunal arbitral. Bien que les Règles de Prague permettent aux parties de demander la production de documents à une autre partie, la partie requérante doit formuler sa demande directement au tribunal, dès le début de la procédure et expliquer en quoi ce document est nécessaire, contrairement à ce qui est prévu par les règles IBA. En effet, c'est en principe lors de la *case management conference* (audience de gestion du litige ou audience préliminaire) que toutes les demandes de production de documents doivent être présentées et ce n'est qu'à titre exceptionnel, que de telles demandes pourront être autorisées en cours de procédure. Le tribunal dispose donc d'un pouvoir d'appréciation considérable pour apprécier si une demande de documents pourra ou non prospérer.

Les Règles de Prague recommandent aux parties de privilégier les preuves écrites de façon à favoriser une résolution plus efficace du différend (article 8.1) Cette approche est très différente de la procédure envisagée dans les Règles IBA (article 8), qui contient des dispositions détaillées concernant la conduite de l'audience finale en matière de preuves

Il semblerait bien que la différence d'approche en matière de production de documents constitue la différence la plus significative en pratique entre les Règles de Prague et les Règles IBA.

#### c)- Les preuves testimoniales : l'interrogatoire des témoins (article 5).

- Dispositions sur le nombre des témoins. En vertu de l'article 8(1) des IBA Rules, « chaque partie informe le tribunal arbitral et les autres parties des témoins dont elle demande la comparution », c'est-à-dire que les parties décident d'un commun accord du nombre de témoins qui comparaitront à l'audience. En effet, il peut arriver que de nombreux témoins soient amenés à déposer leur témoignage, sans que les faits évoqués ne soient réellement pertinents ou soient utiles au tribunal pour trancher le différend qui lui a été soumis. En vertu des règles IBA, le tribunal n'a donc aucun mot à dire sur cette question.

Les Règles de Prague prévoient, toujours pour écourter la durée de la procédure arbitrale, que les parties identifient, lors du dépôt de la requête ou à tout autre moment jugé utile par le tribunal, chaque témoin qu'elles entendent faire comparaître (a), les faits litigieux sur lesquels porteront le témoignage (b) et le caractère pertinent du témoignage au regard de la solution à apporter au litige (c).



Le tribunal dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer le nombre des témoins qui seront autorisés à comparaître tout au long de la procédure. En vertu de l'article 5.2, il appartient au tribunal de décider, après avoir entendu les parties, quels témoins seront appelés à être interrogés. L'article 5.3, quant à lui prévoit que le tribunal déterminera quels témoins ne seront finalement pas appelés à être entendus, en raison du caractère non pertinent, disproportionné, ou encore inutile pour la résolution du litige. Il est donc fort probable que cette procédure limitera le nombre de témoins qui seront interrogés.

- Modalités des auditions des témoins. Les rédacteurs des règles de Prague critiquaient non seulement le nombre de témoins mais également les modalités suivant lesquelles les interrogatoires étaient menés. L'article 8.3 des règles IBA définissent la procédure générale à suivre pour les dépositions orales et prévoit un contre-interrogatoire. En dépit des critiques formulées à l'encontre du contre-interrogatoire des témoins ou *cross-examination* lors d'un arbitrage, les rédacteurs des Règles de Prague n'excluent pas explicitement la technique du contre-interrogatoire. Cette preuve testimoniale est donc autorisée sous réserve qu'elle n'ait pas pour effet d'allonger la durée des audiences.

Les Règles de Prague semblent privilégier les interrogatoires des témoins par les arbitres. En effet, conformément à l'art. 5.9 « l'interrogatoire du témoin de fait se déroule sous la direction et le contrôle du tribunal arbitral ». Comme nous l'avons déjà constaté, ce n'est pas le seul cas où le tribunal joue un rôle plus déterminant dans la conduite de l'arbitrage que dans les règles de l'IBA.

#### **d)- La désignation des experts**

Les parties sont autorisées à présenter des rapports rédigés par des experts qu'elles ont préalablement désignés, néanmoins il est recommandé au tribunal arbitral de désigner un expert ou une commission mixte d'experts après avoir recueilli les observations des parties. Bien que les règles de l'IBA prévoient la possibilité de faire appel à des experts nommés par un tribunal. La pratique fréquente tend à favoriser les experts nommés par les parties.

### **3. Les similitudes**

L'étude comparative des règles IBA et des règles de Prague a démontré que s'il existe des divergences significatives, il peut néanmoins être observé qu'à certains égards, ces deux corps de règles présentent quelques points communs notamment concernant le pouvoir du tribunal arbitral à ordonner la production de documents (article 4.6 des Règles de Prague et article 3 des règles IBA et), l'identification des témoins, la présentation des déclarations de témoin et le pouvoir du tribunal d'ordonner la comparution d'un témoin à l'audience (article 5.2 des règles de Prague) et article 4.10 des règles IBA ainsi que le recours à des experts nommés par les parties (article 6.5 des Règles de Prague et article 5 des règles IBA).

Les Règles de Prague ont pour objectif, autant que les règles IBA, de respecter le principe de flexibilité inhérent aux procédures arbitrales. Ces deux réglementations offrent, en effet, une grande souplesse, dès lors qu'elles peuvent être adoptées intégralement ou partiellement par les parties et venir compléter les règlements institutionnels ou toutes autres règles choisies par les parties et à défaut, le tribunal arbitral.

#### **4. La nouveauté des Règles de Prague : L'assistance au règlement amiable (article 9)**

Les Règles de Prague ne concernent pas uniquement l'obtention des preuves. Le point essentiel qui n'est pas prévu dans les règles IBA, traite de l'assistance des arbitres dans la recherche d'un règlement à l'amiable du différend.

Ainsi le tribunal peut intervenir à deux titres, soit, il livre aux parties ses premières impressions pour les inviter à trouver un terrain d'entente sans pour autant participer aux négociations, soit il participe aux négociations et est désigné comme médiateur.<sup>325</sup>

En vertu des Règles de Prague, le tribunal arbitral peut inviter les parties à discuter afin qu'elles parviennent à un accord. Il peut, dans ces conditions, contribuer au règlement amiable du différend qui peut intervenir à n'importe quel stade de la procédure, à moins que l'une des parties ne s'y oppose (article 9). Si aucun accord n'est conclu, l'arbitre qui a fait office de médiateur peut soit continuer à exercer les fonctions d'arbitre avec le consentement écrit des parties (a), soit mettre un terme à son mandat (b).

Il est intéressant de noter que ce mode de règlement à l'amiable est utilisé dans d'autres pays, notamment en Allemagne ou en Asie. Le règlement du HKIAC de 2018 le prévoit également (article 13.8) ainsi que la CIETAC, la Commission d'arbitrage économique et commercial international de Chine (article 47) contiennent des dispositions similaires.

Il doit être souligné que les règles IBA ne prévoient pas que les membres du tribunal interviennent en qualité de médiateur vis-à-vis des parties. Cette nouvelle disposition, qui s'inscrit pourtant dans un contexte favorable au *cost-efficiency*, ne contrevient-elle pas aux principes d'impartialité et d'indépendance que doivent respecter tout arbitre ? Les règles de Prague permettent, tout de même, à l'une ou à toutes les parties concernées de s'opposer à ce qu'à la suite d'une tentative de règlement infructueuse, l'arbitre rejoigne à nouveau le tribunal arbitral initialement formé. Les autres innovations sont moins significatives.

---

<sup>325</sup> M. HENRY, *Les Prague Rules, ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, Rev. arb. 2019 -n°1 pp. 1-14

## **C – Quel avenir pour les règles de Prague**

Les Règles de Prague vs Règles IBA : *Friends or foes* (amis ou ennemis) ? *Civil war on the evidence in international Arbitration? Why The Prague Rules may be needed ? Why lawyers from civil law jurisdictions do not need the Prague Rules ?*<sup>326</sup> La publication des règles de Prague suscite un regain d'intérêt sans précédent dans les milieux de l'arbitrage international. A l'heure où le commerce international et les institutions arbitrales sont en pleine évolution, où l'organisation des procédures arbitrales est remise en cause, les règles de Prague viennent s'attaquer, non seulement, à la question probatoire qui est, nous le savons au cœur de tous les procès qu'ils soient judiciaires ou arbitraux mais également à l'une des « institutions » les plus marquantes de la pratique arbitrale : les Règles *on the Taking of Evidence in International Arbitration* de l'IBA.

Les Règles de Prague sembleraient avoir été conçues, non comme l'aboutissement des règles de l'IBA (les fondements ne sont pas les mêmes), ni comme véritablement une remise en cause (l'objectif reste toujours axé sur l'efficacité de la procédure arbitrale), mais plutôt comme une alternative en matière d'obtention de preuves dans l'arbitrage international. Il est rappelé aux tribunaux l'étendue de leurs pouvoirs de contrôle et de direction pour une conduite plus efficace de la procédure. Sur le plan pratique, les règles de l'IBA sont communément utilisées depuis plusieurs décennies et nous n'avons pas, à ce jour, le recul nécessaire pour apprécier quelle sera la portée véritable de cette nouvelle réglementation de type inquisitorial présentée à Prague en 2018.

« Sous l'égide des Règles de Prague, les tribunaux deviennent *acteurs* et non plus *spectateurs* de la justice qu'ils administrent<sup>327</sup>. Ce « vent d'Est », si bien nommé, pourrait-il raviver la querelle traditionnelle entre système probatoire de *civil law* et de *common law*, ou au contraire permettre de la dépasser ?

Bon nombre de spécialistes se posent, aujourd'hui, la question de savoir à qui pourraient véritablement bénéficier les Règles de Prague à des parties principalement issues de la tradition de *civil law* ou à des parties dont le différend, quelle que soit leur culture juridique, pourrait se limiter à la communication de preuves documentaires ?

---

<sup>326</sup> <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/> ; <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/>

<sup>327</sup> S. SIMON et M. VANCRAEYNESTE, *Une nouvelle voie ouverte par les Règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en Arbitrage International*, publié sur le site <http://larevue.squirepattonboggs.com>, le 19 mars 2019.

Mais qu'en est-il si les enjeux sur lesquels portent le litige sont considérables et si la complexité des faits nécessite pour être valablement établis, la comparution de nombreux témoins ou une production de documents plus extensive ? Un équilibre devrait donc être recherché par les parties entre un traitement rapide et efficace de la procédure et une procédure longue, fastidieuse et qui plus est, sans garantie aucune sur les chances de succès ? Aurait-on recours, alors, systématiquement aux règles IBA ou à toute autre réglementation de tradition plus anglo-saxonne ?

Si les Règles de Prague semblent faire, actuellement, l'objet de nombreuses controverses *Regression or a step towards more efficiency ?*<sup>328</sup>, il n'en reste pas moins qu'elles auront permis de réouvrir les débats sur les difficultés de procédure et sur les moyens les plus appropriés à mettre en œuvre pour gagner en efficacité et en rentabilité.

Il convient de noter qu'elles ont néanmoins bénéficié d'un accueil favorable dans les pays de tradition civiliste, non seulement en Europe de l'est et en Europe Continentale, mais également en Amérique du sud et *dans certains milieux de l'arbitrage international ainsi que de la part de la presse professionnelle. La revue Global Arbitration Review (GAR) a en effet, décerné un prix aux règles de Prague en avril 2019.*

En tout état de cause, Marc HENRY estime, après en avoir examiné les forces et les faiblesses que cette nouvelle réglementation constitue, dès à présent, une contribution utile et opportune à l'institution arbitrale. Il s'en explique. « Les Prague Rules sont fondées sur l'idée que pour redonner à l'arbitrage, l'efficacité souhaitée par les parties, il faut redonner aux arbitres l'autorité nécessaire pour conduire efficacement les procédures arbitrales » et leur rappeler, à ce titre, qu'ils ne doivent pas s'abstenir de faire usage de leurs pouvoirs de direction et de contrôle, au risque de devoir « s'émanciper de l'avis des parties, s'il est jugé contraire à un traitement rapide de la procédure. » C'est là que réside, à n'en pas douter, l'originalité des règles de Prague.

## **II– Vers la création d'une *lex mercatoria de la preuve* : un idéal de justice arbitrale ?**

Ainsi que nous avons pu le constater, la question probatoire est plus que jamais au cœur de l'actualité. Les Règles de l'IBA plutôt inspirées par la tradition de *common law* ont une sérieuse longueur d'avance sur les Règles de Prague, de nature plus *civiliste*, mais il sera intéressant de voir, au-delà de ce *clivage*, quel sera l'impact à terme de ces nouvelles règles sur la durée et les coûts des procédures arbitrales internationales.

Dans un tel contexte, se posent avec une acuité toute particulière, deux questions : celle de la pertinence d'un droit transnational de la preuve, entendu comme une *Lex Mercatoria* qui

---

<sup>328</sup> D. HENRIQUES, *The Prague Rules, regression or a step towards more efficiency ?*<sup>328</sup> (D. Henriques), NY. Res. Lawyer, vol 12, n° spring 2019

s'affranchirait des pratiques suivies dans ces deux systèmes juridiques (A) et partant de là, celle des conditions de son émergence (B).

## **A – La pertinence d'un droit transnational de la preuve se détachant des traditions juridiques de *civil law* et de *common law***

Nous examinerons, dans un premier temps, la théorie de *Lex Mercatoria* et l'intérêt qu'elle pourrait représenter en matière probatoire (1) et ensuite, les précédents dans le contentieux international (2).

### **1. La théorie de la *lex mercatoria* : intérêt en droit de la preuve**

#### **a)- La *lex mercatoria* : un ordre juridique non étatique**

- Notion et rappel historique. La *lex mercatoria* désignait, au sens littéral, *la loi des marchands*, selon une expression du droit du Moyen Âge<sup>329</sup>. La Rome antique connaissait déjà les *leges mercatoria*. Au fur et à mesure que se développait le commerce, notamment après le XII<sup>ème</sup> siècle, avec l'expansion des échanges internationaux, la découverte de nouvelles routes maritimes, la multiplication des foires, la création d'instruments juridiques pour régler les relations contractuelles entre commerçants était devenue une nécessité. C'est dans ce contexte qu'a émergé le concept de *lex mercatoria*, terme qui désignait les règles du commerce international issues de la pratique et s'imposant aux parties cocontractantes. De nombreuses études lui ont été consacrées, études qui restent toujours des références en la matière.<sup>330</sup> Lorsqu'il désigne *la lex mercatoria*, E. Gaillard évoque, indifféremment, les termes de règle transnationale ou de principe général du droit du commerce international.

. Une source de droit. La *lex mercatoria* est considérée, de nos jours, comme étant une source de droit à part entière qui consacre des principes, des pratiques et des usages généraux communément admis dans le commerce international<sup>331</sup>. Ils constituent les fondements de la *lex mercatoria*, que les milieux professionnels s'engagent à respecter, comme le seraient des *codes de bonne conduite* édictés dans chaque branche d'activité.

L'application de ces principes a toujours suscité beaucoup de controverses notamment sur le point de savoir tout d'abord s'il pouvait exister des règles juridiques en dehors du cadre étatique et si à supposer qu'elles puissent exister dans son principe, si elles pouvaient constituer un système juridique complet et autonome ou encore si les acteurs du commerce international pouvaient créer du droit. Deux thèses s'opposaient sur la *juridicité* de la *lex*

<sup>329</sup> G. CORNU, Vocabulaire juridique p. 605

<sup>330</sup> B. GOLDMAN, *Frontières du droit et « lex mercatoria »*, article publié aux *Archives de philosophie du droit* en 1964.

V. également B. GOLDMAN, Ph. FOUCHARD et E. GAILLARD, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris LITEC 1996 et E. GAILLARD, *trente ans de « lex mercatoria »*, pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, extrait du *Journal du Droit international*, 122<sup>ème</sup> année (1995), n° 1 – Janvier-Février-Mars.

<sup>331</sup> O. POMIES, *Dictionnaire de l'arbitrage*, Presses Universitaires de Rennes, 2011, p. 121

*mercatoria*, l'une se fondait sur la suprématie et l'exclusivité du droit de l'Etat et de la loi<sup>332</sup> et l'autre sur le pluralisme des sources<sup>333</sup>, comme dans les pays de *common law* qui n'accorde à l'Etat aucune suprématie notamment sur la jurisprudence émanant des tribunaux, comme nous l'avons déjà évoqué.

La thèse sur le pluralisme des sources a fini par l'emporter. L'Etat, nous l'avons déjà constaté, n'est pas la seule source de droit, la *lex mercatoria* est devenue une source de droit à part entière s'exprimant en dehors d'un cadre étatique. L'Etat n'est pas non plus la seule source de justice, l'arbitrage international, parfaite manifestation du pluralisme juridictionnel a su démontrer qu'il était une forme de justice privée non étatique.

J.B Racine explique, à ce titre, que la justice arbitrale n'est pas une justice intégrée dans un schéma pyramidal mais constitue plutôt *une justice en réseau*, résultant notamment de l'interaction entre une multitude de contrats tels que la convention d'arbitrage entre les parties, le contrat d'arbitre ou encore le contrat d'organisation de l'arbitrage avec les institutions sollicitées : « la figure du réseau est à notre sens puissamment évocatrice de ce que représente l'arbitrage international : une justice qui ne suit pas une logique hiérarchique et pyramidale, mais dans un schéma complexe, décentralisé et délocalisé. »<sup>334</sup>

Dans un tel contexte, le recours aux usages du commerce n'a pu être qu'approuvé par les parties ou les tribunaux arbitraux. La *lex mercatoria* est applicable, sous réserve du respect des lois de police et de l'ordre public international qui condamne les actes de corruption ou le trafic de drogues ou d'influence. Les tribunaux arbitraux doivent veiller tout particulièrement aux fraudes. Il suffit désormais qu'il soit démontré que la violation de l'Ordre Public International soit *effective* et *concrète*, le critère de la flagrante n'est plus requis en matière de corruption<sup>335</sup>.

Dans ce contexte, la *lex mercatoria*, que les parties et les arbitres ont la faculté d'appliquer, constitue à elle seule un véritable ordre juridique anational,<sup>336</sup> quand bien même ces règles de droit, ces principes généraux ou autres usages du commerce ne constitueraient pas un ordre juridique aussi complet que les ordres juridiques étatiques.

---

<sup>332</sup> Théorie développée par Paul LAGARDE sur l'idée de positivisme légaliste inspiré des pays de *civil law*.

<sup>333</sup> Thèse défendue par Berthold GOLDMAN.

<sup>334</sup> J.B. RACINE, Droit de l'arbitrage, THEMIS Droit PUF p. 26

<sup>335</sup> CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 14 octobre 2014, n° 13/03410.

<sup>336</sup> F. OSMAN, « *Les principes généraux de la Lex Mercatoria* », contribution à l'étude d'un ordre juridique national. LGDJ 1992.

## **b)- La *lex mercatoria* : une règle de droit retenue en arbitrage international**

- La pratique des Tribunaux. Par opposition aux tribunaux judiciaires, les arbitres n'ont pas de for. C'est pourquoi, ils sont amenés, conformément à la mission qui leur a été confiée, leur nationalité et celle des parties en cause, la culture juridique prédominante, *civil law* ou *common law* ou encore le lieu où se déroule l'instance, à faire application de règles n'émanant pas d'un seul système juridique mais plutôt d'un ensemble composite de règles transnationales.

Les parties peuvent librement choisir soit une loi étatique, un règlement institutionnel ou se créer *ab initio* des règles sur mesure en fonction des circonstances particulières du litige. Lorsqu'un règlement d'arbitrage n'est pas choisi, le choix d'une loi étatique est le choix le plus fréquent, dès lors qu'il s'agit d'une loi avec laquelle les parties se sentent le plus familiarisée.

Elles peuvent encore choisir la *lex mercatoria* comme droit applicable devant les tribunaux arbitraux. Le droit français de l'arbitrage international, pour ne citer que lui, prévoit aux termes de l'article 1511 alinéa 1 du CPC que les parties peuvent choisir *toute règles de droit* et que « l'arbitre tient compte dans tous les cas *des usages du commerce* ». Le décret de 2011 fait aussi bien référence aux lois nationales qu'aux normes juridiques non étatiques. Quant au règlement de la CCI, il dispose, au titre des règles applicables au fond du litige, que « le tribunal arbitral tient compte des dispositions du contrat entre les parties, le cas échéant et de tous *les usages du commerce pertinents* » (article 21.2). Pour ce qui est des règles applicables à la procédure – ce qui intéresse particulièrement le droit de la preuve – « la procédure est régie ..., en se référant *ou non* à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage » (article 19).

- Le recours à la *lex mercatoria*. Nous constatons que bon nombre de réglementations, qu'elles soient nationales ou d'arbitrage institutionnel, même si elles ne la mentionnent pas expressément, n'écartent pas la *lex mercatoria* comme loi applicable pour régir la procédure ou le fond du litige.

Les arbitres ont fréquemment recours à la *lex mercatoria* pour trancher les litiges qui leur sont soumis<sup>337</sup>. Ce recours intervient essentiellement dans trois domaines, lorsqu'ils doivent trancher des règles de conflit, des règles matérielles ou encore des questions relatives à l'Ordre Public transnational. S'agissant de l'application des règles matérielles de source transnationale, les arbitres utilisent souvent ces principes du commerce international lorsqu'ils doivent statuer notamment, sur le fond du litige mais avant tout sur l'existence et la validité de la convention d'arbitrage.<sup>338</sup>

---

<sup>337</sup> Comme exemples, les arrêts de la Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 22 octobre 1991 n°89-21.528, Jurisdata n° 1991, 002964 ou de la Cour d'appel de Paris du 16 février 1995, Rev. Arb. 1996, p. 128, obs. PELLERIN.

<sup>338</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 20 décembre 1993, Dalico, Rev. Arb. 1994 p. 116, note H. Gaudemet-Tallon.

Dans l'affaire Dalico, les arbitres avaient estimé qu'il y avait lieu d'appliquer, en toute légitimité, les principes généralement admis par le commerce international, par préférence aux dispositions de loi danoise ou de la loi libyenne. Pour ce qui est du fond du litige, la résolution de l'International Law Association (ILA) adoptée le 28 avril 1992, apportait des précisions, en faisant de la *lex mercatoria*, une autre voie possible pour résoudre le contentieux arbitral : « le fait qu'un arbitre international ait fondé une sentence sur des règles transnationales, plutôt que sur le droit d'un Etat déterminé ne devrait pas, à lui seul, affecter la validité ou le caractère exécutoire de la sentence.<sup>339</sup> »

### c)- Lex mercatoria, principes UNIDROIT et principes LANDO

- Importance de la *lex mercatoria*. Comme nous pouvons l'observer, le recours à la *lex mercatoria* est loin d'être un phénomène récent. Pour preuve de son importance encore de nos jours, cette règle de droit transnationale a été intégrée, pour qu'elle ne soit jamais ignorée tant par les parties contractantes que par les arbitres, dans le préambule des principes UNIDROIT, en matière de contrats commerciaux internationaux. Ce texte prévoit que ces principes peuvent s'appliquer, notamment, « lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les principes généraux du droit, la *lex mercatoria* ou tout autre formule similaire. »<sup>340</sup>

- Référence à la *lex mercatoria*. La théorie de la *lex mercatoria* s'est considérablement enrichie à la suite des codifications réalisées sous l'égide de l'International Law Association (ILA) ou d'UNIDROIT dont les principes sont régulièrement utilisés dans les contrats du commerce international.

Si les parties ont la liberté de choisir comme règles applicables, la *Lex mercatoria*, en tant que principes généraux communément admis dans le commerce international, elles pourraient tout aussi bien choisir directement les principes UNIDROIT ou les principes LANDO.

En effet, des principes visant à uniformiser les règles générales du droit des contrats ont également été instaurés dans l'Union Européenne. Ces principes dits *Principes LANDO (ou PECL)*, du nom du professeur danois Ole LANDO, qui en a été à l'instigateur, peuvent être appliqués par les parties à un contrat, lorsqu'elles sont convenues de soumettre leurs engagements à des principes généraux du droit, à la *lex mercatoria* ou à toute autre expression similaire.

Ces ensembles de normes non étatiques et par conséquent non obligatoires ont comme point commun, de donner à la *lex mercatoria*, un contenu substantiel, de répondre aux besoins de

---

<sup>339</sup> E. GAILLARD, *trente ans de « lex mercatoria », pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, extrait du Journal du Droit international, 122<sup>ème</sup> année (1995), n° 1 – Janvier-Février-Mars.

<sup>340</sup> Préambule, alinéa 3 des Principes UNIDROIT, en matière de contrats commerciaux internationaux, dans sa version révisée de 2010.



la pratique du commerce international mais également en cas d'insuffisance ou de lacune dans les règles de droit applicables, d'apporter des solutions aux questions posées à l'occasion des litiges arbitraux.

**d)- Lex mercatoria et droit de la preuve : vers une *lex probatoria* ?**

- Spécialisations. Au fil du temps, la *lex mercatoria* s'est en quelque sorte spécialisée, à la faveur d'un besoin des acteurs du commerce international de concentrer, en un corps de règles uniformisé, les principes et les usages applicables à telle ou telle branche d'activité. Ainsi on a pu constater l'apparition de domaines régis par une *lex mercatoria* spécialisée, la *lex maritima*, la *lex petrolea*, la *lex sportiva* etc., nouvelles expressions qui désignent, selon J.B Racine, « dans ces secteurs spécialisés des phénomènes de production normative décentré par rapport à l'Etat »<sup>341</sup>.

- Les principes généraux du droit. Par ailleurs, force est de constater que la *lex mercatoria* inclut des principes généraux du droit des contrats applicables naturellement au commerce international. Ces principes sont souvent retranscrits sous forme d'adages latins, tel que le principe *pacta sunt servanda*, autrement dit, le contrat tient lieu de loi entre les parties et se doit d'être respecté. Ce principe qu'E. GAILLARD considère comme étant la véritable *clé de voûte* de la *lex mercatoria*, s'accompagne d'autres principes régissant les relations commerciales internationales.

- Les sentences. En ce qui concerne plus précisément le droit de la preuve, on peut considérer les sentences des tribunaux arbitraux comme l'un des manifestations des règles générales, régissant le droit de la preuve transnational, comme peuvent l'être d'ailleurs, d'autres principes que l'on pourrait qualifier de processuels, dès lors qu'ils traitent de la charge et de l'administration de la preuve.

- Les adages. Autre manifestation d'un droit transnational de la preuve, les maximes procédurales sont également communément admises en arbitrage international comme l'adage *actori incumbit probatio* (la charge de la preuve incombe au demandeur) ou *idem est non esse et non probari* (ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un). D'autres maximes ne sont admises que dans certains systèmes juridiques seulement, comme l'adage *iura novit curia* (la cour connaît la loi) et *da mihi factum, dabo tibi jus* (si tu me donnes le fait, je te donnerais le droit) pour les procédures inquisitoriales ou encore *ne procedat iudex ex officio*, *neomo iudex sine actu* (que le juge ne procède pas d'office) pour les procédures accusatoires.

Il convient de souligner que les rédacteurs des règles de Prague ont intégré le principe général *iura novit curia* dans le corps des dispositions et lui ont même donné le titre de leur article 7, c'est dire le poids de ces principes généraux du droit.

---

<sup>341</sup> J.B Racine, Droit de l'arbitrage, Droit THEMIS PUF p. 487

Au vu de tous les éléments qui précèdent, on pourrait être amené à considérer que les prémisses d'un droit transnational de la preuve se seraient déjà formées en pratique en arbitrage international.

## **2. Des précédents en matière de contentieux international**

Il nous a paru intéressant d'examiner la pertinence d'une *lex mercatoria* de la preuve à la lumière, notamment, des développements consacrés par Benjamin Rémy lors du colloque « *La preuve : regards croisés* », à la question du droit transnational de la preuve, au regard des traditions de *civil law* et de *common law*<sup>342</sup>. Il expose deux conceptions, l'une percevant le droit transnational de la preuve, comme un lieu d'articulation ou de rencontre de systèmes juridiques différents (a) et comme un lieu d'acculturation, qui évoque le processus qui se produit lorsque deux cultures se trouvent en contact et interagissent entre elles (b).

**a)- Le droit transnational conçu comme lieu d'articulation de traditions juridiques distinctes avec la coopération judiciaire entre états en matière d'obtention de preuves.**

Les parties dans le cadre de contentieux internationaux peuvent être confrontées à la difficulté d'obtenir des preuves situées à l'étranger. Si des modes de coopération internationale en matière judiciaire se sont instaurés entre Etats, le processus de recherche et d'obtention de ces preuves peut s'avérer plus complexe lorsque les systèmes juridiques des Etats concernés sont très différents.

- La conférence de la Haye du 18 mars 1970 (art.9), en matière d'obtention de preuves à l'étranger en matière civile et commerciale. Il est prévu, dans le cadre de la convention de La Haye, un mécanisme de transmission des commissions rogatoires par l'intermédiaire d'autorités centrales, ainsi qu'un mécanisme d'obtention des preuves par des agents consulaires. L'article 23 est important car il donne à un Etat la faculté de déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires ayant pour objet la procédure connue dans les Etats de *common law*, sous le nom de *pre-trial discovery of documents*. Sur les 58 Etats, 26 Etats, dont l'Allemagne, Afrique du Sud, l'Espagne et le Brésil ont fait une déclaration générale « exclusion complète », 17 Etats, dont la France, ont fait une déclaration « exclusion qualifiée », c'est-à-dire en fonction des circonstances et 15 Etats n'ont pas fait de déclaration. Il est surprenant que certains pays de *common law*, se soient opposés à cette procédure comme le Royaume Uni (exclusion qualifiée) et l'Australie (exclusion complète), alors qu'il est surprenant de noter que le règlement d'Arbitrage de l'ACICA, *Australian Center for International Commercial Arbitration* du 1<sup>er</sup> janvier 2016, ne comporte pas de règles de

---

<sup>342</sup> B. REMY, *Vers un droit transnational transcendant les traditions de « civil law » et de « common law » (réflexions à partir de la réglementation du contentieux international)*, dans les actes du colloque du 29 novembre 2013, la preuve : regards croisés, Editions Dalloz p. 269.

preuves qui lui sont propres. Ses rédacteurs ont souhaité se référer directement aux règles de preuves américaines de l'IBA (articles 31.2 et 31.3).

Ces quelques particularités présentaient un intérêt pour bien comprendre en pratique comment est perçue la procédure de *pre-trial discovery of documents* par certains des pays signataires de la Convention : 58 pays dont la France et les Etats-Unis, et pour apprécier les avantages que peut présenter l'arbitrage international en matière probatoire : un processus plus flexible et plus efficace.

- Le règlement n°1206/01 de l'Union Européenne du 28 mai 2001 (art. 10), relatif à la coopération entre les juridictions. Il avait instauré une nouveauté en prévoyant la possibilité d'exécution directe de l'acte d'instruction par le juge requérant sur le territoire d'un autre Etat.

- L'article 28 USC (United States Code) - Section 1728, en matière d'assistance pour l'obtention des preuves aux Etats-Unis par les tribunaux étrangers ou internationaux.

Nous ne nous étendrons pas spécialement sur cette question, dès lors qu'elle concerne essentiellement les contentieux devant les tribunaux judiciaires. Seuls quelques points devaient être retenus concernant la coopération judiciaire entre Etats.

#### **b)-Le droit transnational conçu comme lieu d'acculturation**

B. Rémy relève que ce phénomène a pu être constaté dans le contexte de l'arbitrage international, notamment lorsque les intervenants sont de cultures juridiques différentes et dans les codifications entreprises pour harmoniser les règles de procédure et de preuve. Nous pouvons citer quelques exemples, qui démontrent les rapprochements intervenus en matière probatoire.

- La recherche de compromis entre traditions de *civil law* et de *common law*, notamment en empruntant des particularités de l'autre système, par exemple les *cross-examinations* de la *common law*, que l'on retrouve dans les procédures arbitrales<sup>343</sup>, la désignation des experts par les parties dans les pays anglo-saxons, prévue par la CCI, les témoignages écrits de la tradition civiliste.

- Le modèle des règles sur la procédure arbitrale adoptée par la Commission du droit international en 1958<sup>344</sup>.

---

<sup>343</sup> Voir la série de conférences organisées à Paris par le Cabinet d'Avocats ALTANA, avec comme thème : « *Quand la common law s'invite chez les civilistes* » et ce, afin de préparer au mieux les avocats français à la pratique de la *cross-examination* des pays anglo-saxons.

<sup>344</sup> E. GAILLARD « *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international* », Les livres de Poche de l'Académie de Droit International de La Haye

- Les travaux conjoints de l'American Law Institute (ALI) et d'UNIDROIT en matière de règles de procédure transnationale (2004) et les principes UNIDROIT concernant les contrats du commerce international (2010)

## **B – L'émergence d'une lex mercatoria de la preuve : entre divergences et convergences.**

Les thèses s'affrontent. Entre opposants et partisans, le débat sur une *lex mercatoria de la preuve* pourrait bien être relancé avec la promulgation des Règles de Prague. Examinons, tout d'abord, les arguments qui s'opposent, avant de tenter d'en dégager une synthèse.

### **1. Les critiques opposées à l'élaboration d'un véritable droit transnational de la preuve**

- Les différences résultant des traditions de *civil law* et de *common law* restent encore trop marquées et tôt ou tard, elles finissent toujours par se manifester à nouveau.

- Une standardisation des règles pourrait être contraire à l'essence même de l'arbitrage international et aux critères de flexibilité et l'efficacité, qui en font sa force et lui permettent de se démarquer des procédures judiciaires étatiques. Mais le propre de la procédure d'arbitrage n'est-il pas de laisser aux parties la liberté de choisir la loi régissant notamment les règles de procédure, qu'elles soient standardisées ou non ?

- Le caractère contraignant de règles en matière probatoire serait encore là contraire à la raison d'être de l'arbitrage international. En réalité, nous sommes toujours en présence de *guidelines*, de lignes directrices, de règles de *soft law*, qui permettent aux parties et le cas échéant, aux tribunaux arbitraux de faire le choix entre toutes les options qui se présentent à eux et d'appliquer, sous réserve du respect des principes directeurs du procès, les dispositions les plus appropriées pour *faire du sur mesure*<sup>345</sup>.

- Le choix d'une loi étatique devrait être privilégiée pour des raisons de fiabilité et de sécurité juridique, la *lex mercatoria* ne pouvant être considérée comme du *vrai* droit mais comme de simples usages du commerce international.

---

<sup>345</sup> O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale » p. 364.

## **2. Des tendances en faveur d'une lex mercatoria de la preuve se dégagent néanmoins de la pratique arbitrale :**

- Des règles spécifiques sont indéniablement créées à partir des emprunts et des adaptations qui sont réalisés et appliqués à chaque cas d'espèce, par les tribunaux arbitraux, à partir des traditions de *civil law* et de *common law*<sup>346</sup>. Des précédents émanent d'autres pratiques du droit de l'arbitrage que l'on retrouve dans les sentences rendues antérieurement dans des situations similaires, ou les solutions apportées sur les mêmes questions dans les différents systèmes de droit international privé. A défaut de recourir à de telles solutions, la tâche des arbitres serait *systématiquement* d'une extrême complexité. E. Gaillard, qualifie cette faculté, très appréciable, conférée aux arbitres de véritable « confort, par rapport à la redoutable liberté de devoir réinventer tout le droit international privé à l'occasion de chaque litige ».<sup>347</sup>

- Les règles de l'IBA adoptées en 1999 puis révisées en 2010, en matière de preuve, de représentation des parties (2013) et de conflits d'intérêts (2014) et les règles de Prague du 14 décembre 2018

- Les travaux de codification réalisés tant par l'IBA dans une approche plus anglo-saxonne, que par les règles de Prague dans une approche qui se veut plus civiliste, s'inscrivent dans un même processus d'harmonisation dont l'objectif premier est d'assurer l'efficacité des procédures arbitrales. Ces deux corps de règles ont pour objectif de synthétiser en un même document, les traits marquants qui résultent, selon eux, de la pratique arbitrale souhaitable en matière de preuves. Il est manifeste que les rédacteurs de ces textes ont été influencés par les législations nationales issues des deux grandes cultures juridiques, auxquelles ils appartiennent respectivement.

■

Il est certainement très difficile de se prononcer, qui plus est, au lendemain de l'adoption des règles de Prague, mais nous pouvons, d'ores et déjà, avoir la certitude qu'une voie semble aujourd'hui ouverte vers un renouveau du droit de la preuve.

---

<sup>346</sup> Y. DERAÏNS « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », 2004.

<sup>347</sup> E. GAILLARD, *trente ans de « lex mercatoria », pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit*, extrait du Journal du Droit international, 122<sup>ème</sup> année (1995), n° 1 – Janvier-Février-Mars.

## CONCLUSION

*L'arbitrage suppose un équilibre des forces, partout où cet équilibre est rompu, l'arbitrage s'asphyxie<sup>348</sup>.*

L'aspiration des arbitres à ne pas puiser les normes applicables dans un seul système juridique fait de la procédure arbitrale l'une des formes de justice les plus originales qui soit. Mais l'arbitrage international est, aujourd'hui, confronté à *une crise de légitimité*,<sup>349</sup> à des dérives liées aux coûts et aux délais des procédures dénoncées par la pratique et aux défis sans cesse croissants de la mondialisation.

L'arbitrage international a évolué de manière telle, qu'aujourd'hui, cette forme de justice privée a été amenée à intégrer des éléments des traditions de *civil law* et de *common law*, à combiner des normes nationales et transnationales et à œuvrer à la mise en place progressive d'une procédure arbitrale internationale et à des règles de preuves communes. Mais les thèses continuent de s'affronter, entre IBA Rules et PRAGUE Rules. On s'interroge. Cette querelle a-t-elle vraiment un sens ? L'important n'est-il pas de trouver un équilibre ?

Chaque litige est un cas d'espèce à part, avec autant de combinaisons qu'il est possible d'imaginer en matière de clauses contractuelles, de manquements constatés, d'intérêts internationaux en jeu, de nationalités en cause. L'obtention des preuves en arbitrage international est au cœur du contentieux, mais il est aussi au cœur de l'actualité. La création d'une *lex mercatoria* de la preuve, une *lex probatoria* transnationale, détachée des cultures de *civil law* et de *common law* ne serait-elle pas souhaitable ?

Il est impossible de prévoir à l'avance la technique probatoire qui sera la plus adaptée à une issue favorable du litige. Les parties et le cas échéant, les arbitres ont le choix, mais le choix reste complexe et pourrait en dérouter plus d'un.

Le pluralisme des traditions juridiques réaffirmé, aujourd'hui, dans les règlements d'arbitrage, les IBA Rules et depuis quelques mois dans les règles de Prague, semblerait plutôt faire office de *levier*, en offrant, non pas une mais bien deux sources d'inspiration. Une dualité qui pourrait servir, en transcendant toutes ces différences, l'œuvre de la justice arbitrale et partant de là, la recherche de la vérité. Une seule exigence, cependant, répondre aux impératifs de flexibilité, de prévisibilité et d'efficacité inhérents à l'arbitrage international. A ces trois exigences, il serait certainement bon d'ajouter, une quatrième, l'équilibre.

---

<sup>348</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits II*, p.113

<sup>349</sup> A. MOURRE, *Cour internationale d'arbitrage ICC : éthique, transparence et efficacité*. *Echanges Internationaux ICC*, Janvier 2018 n° 110. Dossier Arbitrage ICC, l'outil majeur de règlement des différends commerciaux internationaux

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Références bibliographiques

#### A. Les ouvrages

- En langue française

1. A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français, 10ème éd. Par L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1948
2. A. LEVASSEUR, Judge H.W. FONTENOT, Le droit de la preuve aux Etats-Unis, dans les actes du colloque « la preuve : regards croisés » du 29 novembre 2013. Editions Dalloz 2015
3. A. REDFERN et M. HUNTER, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, traduit de l'anglais par Eric Robine, L.G.D.J. 1994.
4. AUBRY ET RAU, Droit civil français, action et exception, preuve, chose jugée, prescription, Tome 12, 6ème éd. Par Paul Esmein, Librairie technique, 1958
5. B. REMY, Vers un droit transnational transcendant les traditions de « civil law » et de « common law » (réflexions à partir de la réglementation du contentieux international), dans les actes du colloque du 29 novembre 2013, la preuve : regards croisés, Editions Dalloz p. 269.
6. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, LGDJ, 1987
7. D. VIDAL, Droit français de l'arbitrage commercial international, Gualino, 2004.
8. E. GAILLARD « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », Les livres de Poche de l'Académie de Droit International de La Haye (2008)
9. E. ZOLA, Lettre préface à l'enquête médicopsychologique du Dr. Edouard Toulouse, Tome1, Introduction générale, Paris, Société d'Édition Scientifiques, 1896
10. F. OSMAN, « Les principes généraux de la lex mercatoria », Contribution à l'étude d'un ordre juridique national. LGDJ 1992
11. G. CORNU, Vocabulaire juridique. PUF 9ème édition 2011
12. G. FLÉCHEUX, « La preuve dans les arbitrages internationaux », in L'internationalisation dans les institutions et le droit, Etudes offertes à Alain Plantey, Pedone, 1995
13. J.-B. RACINE « Droit de l'arbitrage », 1re édition, Presses Universitaires de France - P.U.F. Collection : Thémis, 2016
14. J.-B. RACINE ET F. SIIRIAINEN, Droit du commerce international, 2ème éd., Dalloz 2011.
15. J.-F. POUDRET et S. BESSON, « *Droit comparé de l'arbitrage international* », LGDJ, Schulthess, 2002
16. J. THORENS, L'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la common law – Deux problèmes liés, l'un à la communication des pièces et l'autre à l'audition des témoins, in ETUDES DE DROIT INTERNATIONAL EN L'HONNEUR DE PIERRE LALIVE 693 (1993)
17. M. DE BOISSÉSON, Le droit français de l'arbitrage interne et international, 2ème éd., GLN, édition JOLY, 1990.
18. M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil, Tome 1, 11ème éd., L.G.D.J. 1928, n°350

19. M. RUBINO-SAMMARTANO, « La preuve dans l'arbitrage et en particulier dans le Règlement de la Cour Européenne d'Arbitrage », textes réunis par Yves Stricker « L'arbitrage, questions contemporaines », l'Harmattan (2018)
20. O. POMIES - Dictionnaire de l'arbitrage, Collecton « Didact droit », Presses Universitaires de Rennes (PUR),
21. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international », Paris, Litec, 1996,
22. R.DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, les grands systèmes de droit contemporains, 12ème Edition Dalloz
23. S. AMRANI-MEKKI, Les traditions probatoires en droit processuel (procès civil, pénal et administratif), in La preuve : regards croisés. Actes du colloque organisé à la Cour de Cassation par l'Institut de Recherche pour un Droit attractif (IRDA). Editions Dalloz 2015
24. X. Lagarde, Réflexion critique sur le droit de la preuve, L.G.D.J., 1994
25. Y. DERAINS « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », 2004

- **En langue anglaise**

1. A. F. LOWENFELD "The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure", New York University School of Law, Michigan Journal of International Law, Volume 7, Issue 1
2. A. SHEPPARD "The best of both worlds", Euro. Law. 2004, 43, 33
3. A.-S. DUFÊTRE, J.-C. HONLET, B. LEGUM, GAR International Commercial Arbitration, Know-How, France (2015)
4. SCHERER, RICHMAN AND GERBAY, Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User's Guide (2015)
5. A. L. MARRIOTT, *Evidence in International Arbitration*, 5 ARB. INT'L 280 (1989)
6. FRIEDLAND, "A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration", 11(4) Mealey's IAR 4 (1996)
7. L. B. KIMMELMANN AND D. C. MACGRATH, "Document Production in the United States" in Document Production in Arbitration, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement
8. MUSTILL, Arbitration: History and Background, 6(2) J. Int'l Arb. 43 (1989);
9. SIMPSON, THACHER & BARTLETT, Comparison of International Arbitration Rules, Juris Publishing Inc. (2013)

## **B. Articles universitaires**

1. B. CASTELLANE. Une brève histoire de la Cour d'Arbitrage ICC, in Echanges internationaux, dossier sur l'arbitrage ICC, l'outil majeur de règlement des différends commerciaux internationaux, janvier 2018, n° 110
2. B. GOLDMAN, Frontières du droit et « lex mercatoria », article publié aux Archives de philosophie du droit en 1964
3. B. HANOTIAU, "Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practices'" in Document Production in Arbitration, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement 113 and following



4. B. HANOTIAU, « Civil law and Common Law Procedural Traditions in International Arbitration: Who Has Crossed the Bridge? », in *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenium*, Bruxelles, Bruylant, 2005
5. B. KIMMELMANN, D. C. MACGRATH, "Document Production in the United States" in *Document Production in Arbitration*, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement 43–56
6. B.-M. CREMADES, *Managing discovery in International Arbitration*, 2003, *Dispute Resolution Journal*
7. BEARDSLEY, *The Proof of Fact in French Civil Procedure*, 34 *Am. J. Comp. L.* 459, 466-67 (1986)
8. BERGER, *The International Arbitrators' Application of Precedents*, 9(4) *J. Int'l Arb.* 5 (1992)
9. BERGSTEN, *The Americanization of International Arbitration*, 18 *Pace Int'l L. Rev.* 289, 294, 301 (2006);
10. BERNARDINI, *The Role of the International Arbitrator*, 20 *Arb. Int'l* 113 (2004)
11. BINDER, *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 2019
12. BLACKABY, 'Witness preparation: A key to effective advocacy in international arbitration' (2010) 15 *ICCA Congress Series* 118
13. BÖCKSTIEGEL, *Assumptions Regarding Common Law Versus Civil Law in the Practice of International Commercial Arbitration*, 2011 *SchiedsVZ* 113, 114
14. BOLARD, G., "Les principes directeurs du procès arbitral", *Rev. arb.* 2004.511
15. Bühler and Dorgan, "Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration", 17(1) *J Int'l Arb* 3 (2000)
16. C. BORRIS, "Common Law and Civil Law: Fundamental Differences and Their Impact on Arbitration", 2 *Arb. & Disp. Res. L.J.* 92 (1995)
17. C. REYMOND, *Civil Law and Common Law Procedures: Which Is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, 5 *ARB. INT'L* 357 (1989).
18. CH. BROWER, « Discovery et production de la preuve aux Etats-Unis», in *L'administration de la preuve dans la procédure arbitrale internationale*, CCI, n°8, 1989.
19. Ch. JARROSSON, "L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme", *Rev. arb.* 1989.573 *Société Nu Swift PLC v. Société White Knight et autres*, *Rev. arb.* 1997.429, n. Derains
20. CHRISTIAN DIERYCK, *Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international*, 1988 *REV. ARB.* 267
21. D. HENRIQUES, *The Prague Rules, regression or a step towards more efficiency ?* (D. Henriques), *NY. Res. Lawyer*, vol 12, n° spring 2019
22. D. RIVKIN et al., "Trends in U.S. and International Arbitration," in *Arbitration Rev. of the Americas 2007*, 4 (*Global Arbitration Rev. Special Report of the IBA*, London, Nov. 2006)
23. D.W. SHENTON, *An Introduction to the IBA Rules of Evidence*
24. D.W.SHENTON, *Explanatory Note to Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration* (1985).
25. D'ALLAIRE & R. TRITTMANN, *Disclosure Requests in International Commercial Arbitration: Finding a Balance not only between Legal Traditions but also between the Parties' Rights*, 22 *Am.Rev.Int'l Arb.* 119, 119-20, 128 (2011)
26. Dr. M. ALTENKIRCH et M. BOUSSIHMAH, *The Prague Rules – inquisitorial Rules on the taking of evidence in international Creeping americanization of international arbitration : is it the right time to develop inquisitorial rules of evidence ?*

27. E. GAILLARD, trente ans de « lex mercatoria », pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, extrait du Journal du Droit international, 122ème année (1995), n° 1 – Janvier-Février-Mars
28. E. JEULAND, Le changement de rôle des témoins et des conseils dans quelques pays de droit civil et en particulier en France, in Common law civil law and the future of categories, J Walker and O G Chase (ed.), LexisNexis, 2009
29. E. LOQUIN. La traduction dans l'arbitrage international. Rev. arb. 2018 – n°2, pp. 319-335
30. ELGUETA, GIACOMO ROJAS. *“Understanding Discovery in International Commercial Arbitration through Behavioral Law and Economics: A Journey inside the Minds of Parties and Arbitrators.”* Harvard Negotiation Law Review 16 (2011)
31. ELSING, Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds, 2011 SchiedsVZ 114, 123
32. G. B. BORN, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2nd edition (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2014)
33. G. B. BORN, International Commercial Arbitration in the United States, Commentary and Materials, 1989
34. G. BLANKE, “Document production in international arbitration: from civil and common law dichotomy to operational synergies”, Arbitration 2017, 83(4), 435
35. G. ROUHETTE, L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de common law, 1974 REV. ARB. 23
36. GRIERSON AND VAN HOOFT (2012) Arbitrating under the 2012 ICC Rules,
37. Griffin, “Recent Trends in the Conduct of International Arbitration – Discovery Procedures and Witness Hearings”, 17(2) J Int'l Arb 19 (2000)
38. H. BROWN & A. MARRIOTT, ADR Principles and Practice 83 (2d ed. 1999)
39. H. RAESCHKE-KESSLER, “The Production of Documents in International Arbitration: A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence,” 18 (4) Arbitration Int'l, 411, 416 (LCIA 2002)
40. HANCOCK, GINGER, REED, LUCY, “US-Style Discovery: Good or Evil ?”
41. HARBST “A Counsel's Guide to Examining and Preparing Witnesses in International Arbitration”, 2015
42. HORACIO A. GRIGERA NAON The role of international commercial arbitration, Arbitration 1999
43. HOWARD M. HOLTZMANN, Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitral Procedures, in International Arbitration in the 21st Century (Twelfth Sokol Colloquium) (1994).
44. J. D.M. LEW AND L. SHORE, Harmonizing Cultural Differences, Dispute Resolution Journal, August 1996
45. J. GAFFNEY AND A. NDONG Procedural Approaches: Civil Law versus Common Law by, Transnational Dispute Management, 1875-4120; Vol. 12, issue 6 ; November 2015
46. J. GARDINER et al., Discovery, in International Commercial Arbitration in New York 269, 279 (J. Carter & J. Fellas eds., Oxford University Press 2010);
47. J. GILLIS WETTER, The Conduct of the Arbitration, 2 J. INT'L ARB. 7 (June 1985)
48. J. LEW, «Inquisitorial v. Adversarial Proceedings», in Best Practices in International Arbitration, ASA Special Series, July 2006

49. J. PAULSSON, "Overview of Methods of Presenting Evidence in Different Legal Systems" in A. J. VAN DEN BERG (ed), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, ICCA, Congress Series, 1996
50. J. PAULSSON, *Differing Approaches in International Arbitration Procedures: A Harmonization of Basic Notions*, 1 *ADR Currents* 17, 18-19 (1996)
51. J. RUBINSTEIN, "International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions." *Chicago Journal of International Law* 5, No. 1 (June 1, 2004)
52. J. S. KAYE, *New York and International Arbitration: A View from the State Bench*, 8(1) *N.Y. Dispute Resol. Lawyer* (Spring 2016) (Judge Kaye sat on New York's highest court for 25 years, 15 of them as Chief Judge).
53. J. WAINCYMER, *Procedure and evidence in International Arbitration* 2012
54. J.-L. DELVOLVÉ, J. ROUCHE & G. POINTON, *French Arbitration Law and Practice* (2009)
55. JOHN A. WOLF AND KELLY M. PRETEROTI, "Written Witness Statements—A Practical Bridge of the Cultural Divide" *Dispute Resolution Journal* (May/July 2007)
56. JOHN E. BEERBOWER *DO WE NEED U.S.-STYLE DISCOVERY* (2010)
57. John P. MADDEN, "How to present witness evidence in an arbitration" – American style, 1993 *BULL. ASA* 438
58. KAUFMANN-KOHLER, GABRIELLE, AND PHILIPPE BARTSCH. "Discovery in International Arbitration: How Much Is Too Much?" *German Arbitration Journal* 1 (2004)
59. KERR, *Concord and Conflict in International Arbitration*, 13 *Arb. Int'l* 121, pp. 125-126 (1997).
60. KREINDLER, *Benefiting From Oral Testimony of Expert Witnesses: Traditional and Emerging Techniques*, in L. Lévy & V. Veeder, *Arbitration and Oral Evidence* 87 (2004).
61. L. NEWMAN, "Evidence in Arbitration," in the *New York Law Journal*, Vol. 3 (1999)
62. LANDOLT, *The Contribution of Civil Law Systems to International Arbitration*, 2 *Transnat'l Disp. Mgt* (2011)
63. LAURENCE KIFFER *National Report for France (2013 through 2018)*, *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration* (Bosman (ed.); Jun 2018)
64. LEW, JULIAN D. M., "Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence" reproduced in: Alexis Mourre and Teresa Giovannini (eds), "Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies." *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Vol. 6 (2009)
65. LEW, MISTELIS AND KROLL *Comparative International Commercial Arbitration*, (2003)
66. LOTFI, COURTNEY, "Documentary Evidence and Document Production in International Arbitration", *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 4, *Y.B. on Int'l Arb.* 99 (2015)
67. M. HENRY, « *Les pragues rules : ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse de l'arbitrage* » *Rev. Arb.* 2019 N°1
68. M. HENRY, *Les Prague Rules, ou comment le vent d'Est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*, *Rev. arb.* 2019
69. M. MCILWRATH and H. ALVAREZ, "Common and Civil Law Approaches to Procedure: Party and Arbitrator Perspectives"
70. M. MOSER, 'The "pre-hearing checklist": A technique for enhancing efficiency in international arbitral proceedings' (2013) 30 *J Intl Arb* 155
71. M. PELLETIER, *Commentaires de l'arrêt de la Cour Suprême « Kindred Nursing Centers » du 15 mai 2017*. *Revue de l'arbitrage* 2017 n° 3

72. M.P. VIRARD, Une OMC adaptée au XXIème siècle : que devons-nous changer ? Echanges Internationaux ICC, Janvier 2019, n° 113
73. MAROSS, Ali Z. "The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals." *Journal of International Arbitration* 26, No. 4 (2009)
74. MAURO RUBINO-SAMMARTANO, Rules of Evidence in International Arbitration – A Need for Discipline and Harmonization, 3 J. INT'L ARB. 87 (June 1986)
75. MOZLEY & WHITELEY'S Law Dictionary, Hardy Ivamy, 10th Ed., 1988, Butterworths
76. MUSTILL, Arbitration: History and Background, 6(2) J. Int'l Arb. 43 (1989)
77. NIGEL BLACKABY, CONSTANTINE PARTASIDES, ET AL., REDFERN AND HUNTER on International Arbitration (Sixth Edition), 6th edition (© Kluwer Law International; Oxford University Press 2015)
78. O. CAPRASSE, « La procédure arbitrale internationale ou le droit comparé en pratique », RDIDC, 2008, pp. 349 to 365
79. P. ASHFORD, "Document Production in International Arbitration: A Critique from 'Across the Pond'" (2012) 10(1)
80. P. ROSHER, « Le contre-interrogatoire dans l'arbitrage cross-examination in international arbitration »
81. P. TERCIER and T. BERSHEDA, "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint" in The Search for the "Truth" in Arbitration, ASA Special Series No.35, 2011
82. P. TERCIER and T. BERSHEDA, "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint" (2011)
83. P.M. Patocchi "*Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration. The Interaction of Civil Law and Common Law Procedures*", Int'l Bus. L. J. 1996, 884-899.
84. PAULSSON AND BOSMAN International Handbook on Commercial Arbitration, (eds), 2018
85. R. MARGHITOLA Document Production in International Arbitration, (2015)
86. R. SMIT, Towards Greater Efficiency in Document Production Before Arbitral Tribunals—A North American Viewpoint, in Document Production in International Arbitration 93 (ICC Int'l Ct. of Arb. Bull. Spec. Supp. 2006).
87. R. TRITTMANN AND B. KASOLOWSKY "Taking evidence in arbitration proceedings between common law and civil law traditions - the development of a european hybrid standard for arbitration proceedings", UNSW Law Journal (Volume 31).
88. R. TRITTMANN AND B. KASOLOWSKY "Taking evidence in arbitration proceedings between common law and civil law traditions - the development of a european hybrid standard for arbitration proceedings", UNSW Law Journal (Volume 31)
89. R.S. RIFKIND, « Preparing the witness for cross-examination » de Newman et Sheppard, Take the Witness: Cross-examination in International Arbitration (2010).
90. REDFERN, "The Standards and Burden of Proof in International Arbitration," in Arbitration International Vol. 10 No. 3 (1994),
91. S. GUINCHARD "*L'arbitre et le respect du principe du contradictoire*", Rev.arb.1997
92. S. SATTAR, "Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration." *International Arbitration Law Review*, 14(6) (2011): 215
93. S. SIMON et M. VANCRAEYNESTE, Une nouvelle voie ouverte par les Règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en Arbitrage International, publié sur le site <http://larevue.squirepattonboggs.com>, le 19 mars 2019
94. SCHWARTZ AND DERAIS (2005) Guide to the ICC Rules of Arbitration (Second Edition)

95. SEIDENBERG, 'International arbitration loses its grip: Are US lawyers to blame?', ABA Journal, April 2010, p. 51
96. SHORE, CHENG, LA CHUISA, ET AL. International Arbitration in the United States - (2017)
97. SIEGFRIED & TOWNSEND, "Bringing the Common Law Civil Law Divide in Arbitration", Arbitration International, Vol. 18, No. 1
98. Teresa Giovannini and Alexis Mourre (eds), Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Vol. 6 ( Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) (2009)
99. THOMAS E. CARBONNEAU, The Revolution in Law through Arbitration, 56 Clev. St. L. Rev. 233, 244 (2008).
100. V. D. DO, Plaidoyer pour le renvoi de la sentence à l'arbitre, alternative au recours en annulation dans les pays de « civil law »
101. VAN HOUTTE, Counsel-Witness Relations and Professional Misconduct in Civil Law Systems, 19 Arb. Int'l 457, (2003).
102. VEEDER, "Document Production in England: Legislative Developments and Current Arbitral Practice" in Document Production in Arbitration, ICC Bulletin, 2006 Special Supplement 57-62.
103. VERBIST, SCHÄFER AND IMHOOS ICC Arbitration in Practice (Second Edition) (2015)
104. W. Peter, «Witness Conferencing Revisited», in Arbitral Procedure at The Dawn of the New Millennium, Bruxelles, Bruylant, 2005
105. Y. DERAÏNS, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'Arbitrage* (2004)

## II. Rapports et travaux de recherches

1. « Techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage », Bull. CCI, vol. 18/n°1-2007.
2. 2015 Year-End Report on the Federal Judiciary - <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2015year-endreport.pdf>
3. C. PRÉVOT. "The taking of evidence in international commercial arbitration: a compromise between common law and civil law"
4. G. KEKENADZE Central European University, "DISCOVERING NEMO: A DOCUMENT PRODUCTION IN INTERNATIONAL", LL.M. SHORT THESIS,
5. JOSEPH RICHANI. Les Preuves dans l'arbitrage international. Droit. Université de Cergy Pontoise, 2013. Français. NNT : 2013CERG0622 . tel-00869967
6. « L'avocat et le témoin dans l'arbitrage international », Bulletin du Barreau de Paris, No.9, 4 March 2008, pp. 45-46
7. Queen Mary University of London and White & Case, 2010 International Arbitrations Survey: Choices in International Arbitration at 14, available at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>.
8. Queen Mary, University of London, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process 2 (2012)
9. L. PENNEC, L'adage Jura novit curia, dans le procès civil. Emergence et évolution contemporaine en droit comparé, ANTR, Université de Lille3, 2011, Lille thèses.
10. "L'avocat et le témoin dans l'arbitrage international", Bulletin du Barreau de Paris, No.9, 4 Mars 2008

11. 1999 IBA Working Party and 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, "Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules" available on the official website of the IBA
12. Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010, Avant-propos, pp.2-3. Téléchargeables à l'adresse suivante : <http://tinyurl.com/iba-arbitration-guidelines>.
13. Rapport de la CCI sur les techniques de contrôle du temps et des coûts en arbitrage de 2012

### III. Références jurisprudentielles

#### A. Jurisprudence française

1. CA Paris, 15 mai 1985, Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias v. Chambre de commerce internationale, 1985 Rev. arb. 141, 149
2. Civ.1ère, 8 mars 1988, SOFIDIF et autres v. O.I.A.E.T.I. et autre, Rev.arb.1989.481, n.Jarrosson
3. CA Paris, 30 juin 1988, Société Industrie Pama contre Schultz Steel, Rev. arb. 1991.351, n. Moitry et Vergnes
4. CA Paris, 29 novembre 1990, Payart v. Morgan Crucible Company, Rev. arb. 1991. 659, n. Pellerin.
5. CA Paris, 17 janvier 1992, Guangzhan Ocean Shipping Company v. Société Générale des Farines, Rev.arb.1992.656, n. Bureau
6. CA Paris, 19 janvier 1999, Société CIC International Ltd c. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne, Rev. arbit. 1999.601, n. Jarrosson
7. Cour d'Appel de Paris, 22 janvier 2004, Société National Company For Fishing and Marketing NAFIMCO v. Société Foster Wheeler Trading Company AG, Rev. arb. 2004.647, n. Loquin
8. CA Paris, 17 novembre 2011, Société Licensing Projects v. Pirelli, Dalloz 2011.3023, n. Clay, JCP G 2012.843, n. Seraglini, JDI 2012.2, n. Boucobza and Sérinet, Cah. arb. 2011.15, n. Cohen
9. Cass. Civ 1ère, 8 avril 2015, Rev. Arb. 2015 p. 1131, note M. LAAZOUZI
10. Paris, 19.05.1998, Société Torno Sp Av. Société Kagumai Gumi Co Ltd, Rev. arb. 1999. 601, note C. Jarrosson
11. Paris, 03.12.1998, Société Interpipe c. Hunting Oilfield Services (HOS), Rev. arb. 1999.601, note C.Jarrosson
12. Paris, 15.05.1985, Raffineries de Pétrole d'Homs et de Banias c. Chambre de Commerce Internationale, Rev. arb. 1985.141, note Fouchard
13. Civ. 1ère, 20.02.2001, Société Cubic Defense Systems Inc. v. Chambre de commerce internationale, Rev. arb. 2001.511, n. Clay
14. Civ. 1ère, 06.07.2005, Rev. arb. 2005.993, n. Pinsolle
15. CA Paris 16 janvier 2003, Rev. Arb. P. 369, note L. JAEGER
16. Cass. Civ. 1ère du 26 juin 2013, Rev. Arb. 2013, note M. Laazouzi
17. CA Paris, 19 janvier 1999, Société CIC International Ltd c. Ministre de la Défense de la République d'Allemagne, Rev. arbitrage 1999, p.601, note Ch. JARROSSON
18. Civ. 1ère, 06 juin 2012, n°11-18.252
19. Chambre civile 25 mai 1948 Arrêt Lautour
20. Société Nu Swift PLC v. Société White Knight et autres, Rev. arb. 1997.429, n. Derains
21. Civ. 2ème, 23.10.2003, Société Cofinance vs. Société Castorama, Bull.civ.II, No.316
22. CA Paris, Pôle 1, Chambre 1, 14 octobre 2014, n° 13/03410

23. Cass. 1ère Civ., 22 octobre 1991 n°89-21.528, Jurisdata n° 1991
24. CA Paris du 16 février 1995, Rev. Arb. 1996, p. 128, obs. PELLERIN
25. Cass. 1ère Civ., 20 décembre 1993, Dalico, Rev. Arb. 1994 p. 116, note H. Gaudemet-Tallon

## **B. Jurisprudence américaine**

1. Al Fayed v. United States, 210 F.3d 421, 424 (4th Cir. 2000)
2. AT & T Mobility LLC v. Concepcion, 563 U.S. 333, 346 (2011).
3. Bain Cotton Co. v. Chestnutt Cotton Co., Docket No. 12-11138 (5th Cir. 2013)
4. Berhardft v. Polygraphic Co. of Am., 350 U.S. 198, 203 (US Sct 1956);
5. Browne c/. Dunn (1893) 6 R. 67 HL (p. 70/71)
6. Burton v. Bush, 614 F.2d389,390 (4thCir.1980)
7. Compucredit Corp. v. Greenwood, 132 S. Ct. 665, 669 (2012)
8. Consorcio Ecuatoriano De Telecomunicaciones S.A. v. Jas Forwarding (Usa), Inc. 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012)
9. Davies v Eli Lilly & Co and Others [1987] 1 W.L.R. 428 at 431
10. Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs, 2007 SCC 34, ¶151 (Canadian S.Ct.)
11. Generica Ltd v. Pharmaceutical Basics, Inc., 125 F. 3d 1123 (7th Cir 1997).
12. Glen Rauch Sec., Inc. v. Weinraub, 2 A.D.3d 301, 301 (N.Y. App. Div. 1st Dep't 2003)
13. Hall St. Assocs. v. Mattel, Inc., 552 U.S. 576, 586 (2008)
14. Hay Group, Inc. v. E.B.S. Acquisition Corp., 360 F.3d 404, 406 (3d Cir. 2004)
15. Howard Univ. v. Metro. Campus Police Officer's Union, 512F.3d716,721722 (D.C.Cir.2008)
16. ImCloneSys., Inc. v. Waksal
17. In re Sec. Life Ins. Co. of Am., 228 F.3d 865, 870-71 (8th Cir. 2000)
18. Ins. Co. v. Morse, 87 U.S. 445, 452 (1874).
19. Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004)
20. Intercarbon Bermuda, Ltd. v. Callex Trading & Transp. Corp., 146 F.R.D. 64, 72-74 (S.D.N.Y. 1993)
21. Iron Ore Company of Canada v. Argonaut Shipping, Inc., (S.D.N.Y; 1985), ICCA Yearbook XII 173 (1987).
22. Jones v. National Coal Board [1957] 2 Q. B. 55
23. KPMG LLP v. Cocchi, 132 S. Ct. 23, 25 (2011)
24. LG Elecs. Deutschland GmbH, No. 12cv1197-LAB (MDD), 2012 WL 1836283, at \*1 (S.D. Cal. May. 21, 2012)
25. Life Receivables Trust v. Syndicate 102 at Lloyd's of London, 549 F.3d 210, 217-18 (2d Cir. 2008)
26. Lord Eldon, Ex Parte Lloyd [1822] Mont. 70, 72 n.
27. Marmet Health Care Ctr., Inc. v. Brown, 132 S. Ct. 1201, 1203 (U.S. 2012)
28. Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 514 U.S. 52, 57 (1995)
29. Meadows Indem. Co. v. NutmegIns. Co., 157 F.R.D. 42,44-45 (M.D.Tenn.1994)
30. Metallgesellschaft AG, 121F.3d77,78 (2dCir.1997)
31. Moses F Cone Mem'l Hosp. v. Mercury Constr. Corp., 460 U.S. 1, 24 (1983).
32. Nat'l Broad. Co. v. Bear Stearns & Co., 165 F.3d 184, 190-91 (2d Cir. 1999)
33. Phoenix Aktiengesellschaft v. Ecoplas, Inc., 391 F.3d 433, 438 (2d Cir. 2004)
34. Premises Located at 840 140th Ave. NE, Bellevue, Wash., 634 F.3d 557 (9th Cir. 2011)
35. R. v Maynard (1979) 69 Cr. App. R. 309.

36. R.R. Dev. Corp. (U.S.A.) v. Repub. of Guatemala, Decision on Provisional Measures in ICSID Case No. ARB/07/23 of 15 October 2008, §15
37. Rain C. II Carbon, LLC v. ConocoPhillips Co., 674 F.3d 469, 471-72 (5th Cir. 2012)
38. Schmitz v. Bernstein Liebhard & Lifshitz, LLP, 376 F.3d 79, 83-84 (2d Cir. 2004)
39. Slaney v. Int'l Amateur Athletic Fed'n, 244 F.3d 580, 592 (7th Cir. 2001)
40. Southland Corp. v. Keating, 465 U.S. 1, 10 (1984)
41. Supreme Court, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc
42. United Kingdom v. United States, 238 F.3d 1312, 1319 (11th Cir. 2001)
43. Volt Info.Scis., Inc. v. Bd. of Trs. of Leland Stanford Junior Univ., 489 U.S. 468, 476 (1989)

### **C. Décision de la CCI**

44. ICC Case No. 16655/EC/ND, 23 December 2011 IBA M, LLC (United Arab Emirates) v. D, SAS (France), Award, produced in: International Journal of Arab Arbitration, Vol. 4 Issue 2 (2012): 125-215.

## **IV. Principales références textuelles**

### **A. Lois modèles et règlement d'arbitrage**

1. AAA Règlement du 1er juin 2014 (Etats-Unis)
2. ACICA Règlement du 1er Janvier 2016 (Australie)
3. CCI Règlement du 1<sup>er</sup> mars 2017 (note aux parties et aux tribunaux arbitraux sur la conduite de l'arbitrage selon le règlement d'arbitrage CCI du 30 octobre 2017)
4. CNUDCI Arbitration Rules
5. Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales 10 juin 1958
6. LCIA Règlement du 1er octobre 2014 (Londres)
7. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international de 1985, amendée en 2006.
8. Principes UNIDROIT 2010
9. Règle IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international 29 mai 2010
10. SIAC Règlement du 30 juin 2016 (Singapour)
11. SIETAC Règlement du 1er Janvier 2015 (Chine)
12. VIAC Règlement de 2018 (Viennes)



## **B. Sites internet**

1. Site internet du pôle arbitrage du Cabinet d'Avocats ALTANA, Discovery anglaise vs. Loi de blocage Français, 5 juin 2013, <http://actuarbitragealtana.wordpress.com>
2. <http://praguerules.com/news/is-it-time-for-a-change>
3. <https://www.ibanet.org/>
4. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>
5. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/03/02/a-comparison-of-the-iba-and-prague-rules-comparing-two-of-the-same/>
6. <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/1277-le-lancement-des-regles-de-prague-nouvel-outil-necessaire-ou-superflu-pour-larbitrage-international>
7. <https://globalarbitrationnews.com/the-prague-rules-inquisitorial-rules-on-the-taking-of-evidence-in-international-arbitration/>
8. <https://www.dlapiper.com/en/czech/insights/publications/2019/01/the-prague-rules/>