

UNIDROIT 1999
Etude LXXVI – Doc. 1
(Originaux :
anglais/français)

U N I D R O I T

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

REGLES TRANSNATIONALES DE PROCEDURE CIVILE

ÉTUDE DE FAISABILITE

(préparé par Rolf Stürmer, Professeur agrégé à l'Université de Freiburg, Allemagne)

Rome, mars 1999

**REGLES TRANSNATIONALES
DE PROCEDURE CIVILE**

**ÉTUDE DE FAISABILITE
PAR
ROLF STÜRNER
PROFESSEUR AGREGE A L'UNIVERSITE DE FREIBURG I.BR.,
ALLEMAGNE**

L'auteur remercie Dr. Hans Jörg Städtler, avocat à Freiburg i.Br., et sa femme, Madame Valérie Städtler, juriste à Strasbourg, pour la traduction de cette étude.

Table des Matières

A. SITUATION ACTUELLE DU DROIT TRANSNATIONAL DE PROCÉDURE CIVILE	1
I. Surmonter les frontières territoriales par des conventions multilatérales.....	1
II. Difficultés pratiques	1
1. Compétence internationale et litispendance multiple	1
2. Introduction de la procédure	1
3. Administration judiciaire internationale des preuves	2
4. Répartition des fonctions entre avocats et juges	2
5. Juges professionnels et jury	2
6. Structure de la procédure	3
7. Frais	3
8. La reconnaissance et l'exécution forcée d'actes judiciaires.....	3
9. Mesures provisoires	4
10. Implication de tiers	4
B. BUT ET CHANCES DE SUCCÈS DE RÈGLES DE PROCÉDURES TRANSNATIONALES	4
I. Unification ou harmonisation du droit?.....	4
II. Obstacles de principe à une harmonisation?	5
III. Convention ou modèle?.....	5
IV. L'application de Model Rules	6
1. Alternatives possibles	6
2. Les travaux préparatoires du American Law Institute	6
3. Un domaine d'application pas trop limité	6
4. Attirance du droit de procédure transnational – égalité des parties	6
5. Critères d'appréciation des efforts d'harmonisation passés et à venir.....	7
a) Simplification de l'administration du procès et reconnaissance de ses résultats	7
b) Convergence et tolérance.....	7
c) Domaine d'application large.....	7
C. LES PROJETS DU AMERICAN LAW INSTITUTE - TENTATIVE D'UNE APPRÉCIATION	7
I. Domaine d'application	7
II. Composition du tribunal.....	8
III. Introduction de la procédure.....	8
IV. Compétence internationale et litispendance multiple.....	8
V. Instruction et administration des preuves	9
1. En principe accès illimité à tous les moyens de preuve.....	9
2. Etendue de l'administration judiciaire de la preuve et de l'enquête - Relevancy.....	9
3. Audition des témoins et des parties - experts	9
4. "Privileges"	10

5. Enquête sur un territoire étranger	10
6. Règles de preuves, appréciations des preuves, mesure de conviction	11
VI. Répartition des fonctions entre le tribunal et les parties.....	11
VII. Juges professionnels et jury.....	11
VIII. Structure de la procédure et style de la codification	12
IX. Frais	12
X. Reconnaissance et exécution forcée d'actes judiciaires.....	12
XI. Mesures provisoires.....	13
XII. Implication de tiers.....	13
D. RÉSUMÉ ET RECOMMANDATIONS 13	
I. Chances de réussite des Transnational Rules	13
II. Les travaux préparatoires de l'American Law Institute	13
III. Procédé futur	14

ÉTUDE
DE
FAISABILITE SUR DES REGLES TRANSNATIONALES DE
PROCEDURE CIVILE A PREPARER PAR
LE AMERICAN LAW INSTITUTE
ET UNIDROIT

A. SITUATION ACTUELLE DU DROIT TRANSNATIONAL DE PROCEDURE CIVILE

I. Surmonter les frontières territoriales par des conventions multilatérales

Le droit de la procédure civile transnational actuel tente de surmonter la territorialité du droit national de la procédure civile par des conventions. Dans la pratique, la Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires en matière civile ou commerciale de la Haye de 1965 et la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale de la Haye de 1970 sont d'une importance particulière; il n'y a pas encore une convention sur la compétence et la reconnaissance, mais une telle convention est en train d'être discutée à la Haye. Dans un domaine limité, la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires de la Haye de 1973 sur la reconnaissance et l'exécution forcée de décisions en matière d'aliments a pris une certaine importance, mais elle n'a, par exemple, pas été ratifiée par les États-Unis. En Europe, les Conventions de Bruxelles et de Lugano règlent la compétence et la reconnaissance d'actes judiciaires. La notification doit être facilitée davantage par une convention européenne déjà signée sur la signification et la notification d'actes judiciaires à l'étranger.

II. Difficultés pratiques

L'auteur connaît bien les difficultés de la pratique internationale de tribunaux étatiques, et cela non seulement en sa qualité de professeur universitaire en matière de procédure civile, mais également par sa fonction de juge depuis presque vingt ans dans des juridictions étatiques avec des compétences internationales particulières. Ces difficultés existent en dehors des domaines réglés par des conventions, mais également dans le champ de leur domaine d'application.

1. Compétence internationale et litispendance multiple

La détermination de la juridiction compétente souffre et de la forte divergence des règles sur la compétence internationale et de celles pour coordonner les compétences internationales concurrentes (inadmissibilité d'une deuxième requête, procédures parallèles, "antisuit injunctions" etc.). Ceci crée des différends entre les juridictions de nations différentes pendant la procédure et des problèmes de reconnaissance ultérieurs.

2. Introduction de la procédure

Selon l'opinion largement prépondérante, la Convention relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires en matière civile ou commerciale de la Haye de 1965 n'est ni exclusive ni obligatoire et elle règle seulement d'une manière facultative des formes de notifications internationales et beaucoup d'états excluent une partie des formes de notification de la convention. Ainsi, il n'y a pas d'unification et de clarté, bien au contraire, chaque état pratique la notification internationale d'une autre façon et on peut constater une

tendance nette à des formes de notifications nationales véritables ou fictives. Il en résulte des controverses dans des procès courants sur l'introduction correcte de la procédure et plus tard dans la procédure de reconnaissance. Ainsi, le Suprême Court des États-Unis et la Cour de Justice Européenne ont traité à plusieurs reprises des questions de notification.

3. Administration judiciaire internationale des preuves

Egalement, la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale de la Haye de 1970 n'est, selon l'opinion largement prépondérante y compris celle du Suprême Court des États-Unis, ni exclusive, ni obligatoire. En pratique, chaque état tente d'éviter la convention et d'administrer les preuves, autant que possible, selon son droit national sans entraide judiciaire. En même temps, les limites d'application du droit propre et la violation de la souveraineté d'un autre état sont des sujets extrêmement controversés (par exemple l'audition de témoins, l'enquête d'experts ou l'inspection des lieux sur un territoire étranger). Si la Convention sur l'obtention des preuves de la Haye est appliquée, il reste que d'une part les Etats-Unis avec leur "pretrial discovery" très large et d'autre part le reste du monde continuent à interpréter différemment l'étendu admissible de l'administration judiciaire des preuves.

4. Répartition des fonctions entre avocats et juges

Il est connu que dans le "adversary system" anglo-américain la procédure est dominée en premier lieu par les activités des parties: "discovery" dans le "pretrial", présentation des preuves dans le "trial", présentation des sources du droit, efforts de transaction. Par contre, dans la procédure continentale, le juge domine la recherche des faits et du droit, souvent aussi les efforts de transaction. Cette inégalité repose sur des différences profondes de la culture juridique et a ses origines en fin de compte dans une compréhension fondamentalement divergente des rapports entre le particulier et l'état. Souvent, le adversary system est compris comme faisant partie d'une constitution démocratique et le système continental plutôt comme élément d'une forme autoritaire ou - plus récemment - sociale. De toute façon, cette différence fondamentale nourrit le préjugé réciproque d'une procédure non-équitable.

Il s'y rajoute, ce qui est vu plus rarement, que sur le continent nettement plus de la moitié des procédures aboutissent dans l'audience finale et sont terminées par un jugement, tandis que ceci n'est le cas aux États-Unis ou en Angleterre que dans environ 5 à 6 % des procédures. La décision du juge est sur le continent plus que dans le procès anglo-américain le véritable but de la procédure. Dans ce dernier, le "pretrial" définit souvent le cadre pour un règlement entre avocats, ce qui est considéré, moins que sur le continent, comme une solution juridique de deuxième choix. Dans quelques procédures continentales, la forte position du juge crée un besoin prononcé de la définition exacte de ses pouvoirs. Par rapport à la procédure anglo-américaine, le juge se voit conféré un pouvoir discrétionnaire plus rarement et en dosage plus prudent (par exemple en cas de sanctions, droits des refus etc.) parce que l'administration du procès par le juge y est plutôt ressentie comme une atteinte aux libertés.

5. Juges professionnels et jury

La procédure continentale et la procédure anglaise actuelle préfèrent des juges professionnels tandis que si la procédure américaine laisse d'une part l'administration de la procédure aux juges professionnels, elle confie d'autre part dans beaucoup de domaines la décision propre à des juges non-professionnels en la forme d'un jury. Le droit à une procédure

de jury, ancré dans la constitution fédérale et dans les constitutions de beaucoup d'états des Etats-Unis, a des conséquences importantes pour la structure de la procédure et pour le droit des preuves. Ils sont nécessairement orientés vers la présentation des faits du procès devant des juges non-professionnels ce que les détracteurs continentaux considèrent souvent comme une sorte de théâtre plutôt qu'une procédure équitable à la recherche de la vérité et du droit. En position de défense, la procédure de jury est la source principale de méfiance et d'aversion des juristes continentaux contre les États-Unis comme lieu de juridiction de procès internationaux, même si "jury-verdicts" en matière de dommages et intérêts sont souvent réduits comme „unreasonable“ par des cours supérieures. Ce mépris de la procédure de jury, qui est également nourri par de la critique américaine, contraste étrangement avec le grand respect à l'égard du système juridique américain comme une source d'innovation et de dynamisme.

6. Structure de la procédure

Presque tous les systèmes juridiques connaissent une répartition des procédures en deux. Dans le domaine anglo-américain, la procédure préalable ("pretrial") sert à la recherche des preuves et à l'isolation définitive des sujets litigieux qui seront traités dans le "trial", et souvent elle sert également à régler l'affaire d'une manière transactionnelle entre avocats. Le procès allemand consacre la procédure préalable plus strictement à la préparation d'une audience orale avec l'enquête sans possibilité de rechercher des preuves par moyen de "fishing expeditions". Les procédures d'origine romane distinguent davantage entre une phase d'instruction des faits et une phase d'appréciation juridique. Cette divergence structurelle ne facilite pas la compréhension mutuelle et provoque des malentendus dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière de preuve.

7. Frais

Tandis que la plupart des droits procéduraux donnent à la partie gagnante le droit de se faire rembourser les frais nécessaires de la procédure, selon la "American Rule" chaque partie porte en principe ses propres frais. En pratique, les honoraires de résultat augmentent souvent les montants des dommages et intérêts accordés. Ce système rend les avocats promoteurs de procès. La concurrence pour des clients prêts à mener un procès devient une bataille pour un marché dont la croissance continue est dans l'intérêt des avocats. Dans ce système, un litige vaut autant qu'un avocat est prêt à y investir avec son travail dont il fait ainsi l'avance à son client. Le requérant ne porte donc guère de risque. Par contre, la partie défenderesse doit financer son avocat sans chance réelle de récupérer ce montant. Il s'y ajoute la facturation des avocats par tarification horaire qui peut créer frais difficilement prévisibles. Les juristes continentaux ne sont pas les seuls à considérer ce système comme peu équitable parce que l'attaquant ne porte pratiquement aucun risque et parce que la charge des frais manque de proportionnalité avec l'intérêt des parties au litige.

8. La reconnaissance et l'exécution forcée d'actes judiciaires

L'exécution d'actes judiciaires par delà les frontières est en pratique difficile et lente. Le refus de reconnaissance d'une décision judiciaire peut résulter de divergences du droit au fond (par exemple "punitive damages" et "multiple damages") qui se soustraient à une solution procédurale, divergences qui sont partiellement accrues par le système de jury. Mais souvent, ce sont des fautes à l'occasion de l'introduction de la procédure qui créent des raisons pour refuser la reconnaissance: des compétences exorbitantes, des procédures parallèles avec des résultats différents et surtout des défauts de notification (même à l'intérieur de l'U.E.). Même

les exécutions forcées qui sont menées dans les formes légales de l'état où l'exécution aura lieu sont retardées par des décisions d'exequatur; mais une fois l'exequatur accordé, les exécutions forcées ne nécessitent pas plus de temps que des exécutions purement nationales avec leur efficacité très différente. Quelques systèmes légaux ne connaissent pas ou seulement d'une manière limitée l'exécution forcée d'obligations de faire ou de ne pas faire, mais préfèrent des indemnisations pécuniaires. Beaucoup de débiteurs condamnés à raison profitent des difficultés de leurs créiteurs pour retarder l'exécution forcée.

9. Mesures provisoires

Les mesures provisoires ont des formes très divergentes dans les différents pays. Quelques systèmes, par exemple en France, permettent généreusement un paiement provisionnel même sans caution. La difficulté se situe au niveau de la reconnaissance et de l'exécution forcée de décisions provisoires par d'autres états. D'autres systèmes, par exemple en Angleterre, connaissent des interdictions au débiteur et à des tiers, de disposer de biens de leur patrimoine ("mareva injunction"). De telles interdictions ont des effets "in personam" et sont sanctionnées avec des peines de "contempt". La problématique est ici surtout la reconnaissance de l'effet envers des tiers qui ne sont pas soumis à la juridiction de l'état dont le tribunal a pris la décision. Le modèle courant est la saisie de certains biens réservant le rang ("attachment") ou également une interdiction de disposer de biens avec effet envers des tiers. Les deux supposent "jurisdiction in rem" et ne sont donc valables que pour des biens situés dans l'état du tribunal respectif. Comme énoncé, dans quelques états des injonctions ou interdictions juridictionnelles qui ont seulement effet "in personam" ne peuvent pas du tout être exécutées ou seulement d'une manière très limitée.

10. Implication de tiers

Tandis que le domaine du droit germanique ne permet l'implication de tiers dans un litige que d'une manière très limitée (par exemple en Allemagne "Streitgenossenschaft", "Nebenintervention", "Streitverkündung"), le domaine du droit roman permet beaucoup plus largement l'implication de tiers (par exemple en France la demande en garantie) avec des effets de jugement. Le domaine de droit anglo-américain permet le plus généreusement des demandes de tiers et contre des tiers dans un procès courant. Dans des litiges internationaux, une telle implication généreuse de tiers a souvent l'effet que la compétence internationale pour ce tiers change d'une manière surprenante et il en résulte des litiges concernant la reconnaissance de la décision du tribunal.

B. BUT ET CHANCES DE SUCCES DE REGLES DE PROCEDURES TRANSNATIONALES

I. Unification ou harmonisation du droit?

Beaucoup de problèmes de procès internationaux seraient résolus avec un droit de la procédure civile unifié mondialement. Mais un tel projet ne serait pas seulement irréaliste, mais peut-être même indésirable. La concurrence entre des systèmes juridiques maintient au développement juridique mondial son dynamisme nécessaire et la pluralité des cultures juridiques exclue justement dans le droit de la procédure un uniformisme stricte. Cependant, une harmonisation juridique significative pourrait faciliter l'administration du procès par la partie étrangère, économiser de frais et renforcer la confiance mondiale dans la réalisation du droit. Des raisons pour refuser la reconnaissance de décisions judiciaires deviendraient des exceptions de plus en plus rares et les procédures de reconnaissance nationales pourraient être

largement simplifiées. La réalisation forcée de droits à travers les frontières serait plus effective.

II. Obstacles de principe à une harmonisation?

D'abord il convient de souligner, comme les projets du American Law Institute, que tous les droits procéduraux importants connaissent à la base des catégories communes: accès au tribunal, audience publique, neutralité du juge, droit d'être entendu en justice et ainsi les éléments d'un "adversary system" respectivement principe du contradictoire, le droit d'apporter des preuves, le caractère définitif de la décision. Il est souvent dit qu'il y a des barrières fondamentales entre le "civil law" et le "common law system" ce qui excluerait une harmonisation fructueuse. Or, ceci n'est pas le cas, comme souligne également l'introduction au projet du American Law Institute. La différence de la structure entre par exemple le procès allemand réformé et le procès anglais est relative; dans les deux procédures, une procédure écrite prépare l'enquête de l'audience principale, la procédure préalable ne connaît, tant que possible, qu'une audience de "planification". Dans cette mesure, la différence entre le procès allemand moderne et le système roman est en partie plutôt plus grande: dans le procès italien ou français, la procédure d'instruction avec sa série d'audiences sert à l'investigation complète des faits et n'est à peine écartée par rapport à l'audience finale pour la recherche du droit. Traditionnellement, le procès allemand connaît une forte activité du juge, également dans le nouveau procès français. Par contre, l'activité du juge est beaucoup moins importante dans le procès italien ou le procès ordinaire espagnol. Les projets de réforme anglais, tels qu'ils se présentent dans le "Rapport Wolf", révèlent qu'une activité du juge renforcée ne paraît pas complètement incompatible avec la tradition du "common law".

Les différences sont beaucoup plus importantes entre le procès civil des Etats-Unis et le reste du monde: "discovery" large, pas de remboursement des frais et "jury trial". Tandis que "discovery" et règlement des frais sont accessibles par un compromis, il va falloir vivre avec le "jury system" au moins provisoirement. A ce propos, il convient de ne pas sous-estimer l'importance du jury pour la procédure, mais il ne faut pas non plus l'exagérer. Même dans le "jury system", l'administration de la procédure incombe au juge professionnel. Si l'activité de ce juge est renforcée lors de la présentation des preuves devant le jury, le danger, que les européens craignent, d'une manipulation du procès par les avocats est réduit. La procédure se rapproche dans ce cas d'une procédure de "civil law" avec une forte participation de juges non-professionnels comme ceci est souvent le cas en matière commerciale. Ici, l'élasticité des données constitutionnelles des Etats-Unis devrait être vérifiée plus exactement. En fin de compte, le jury ne représente donc pas un obstacle complètement insurmontable. Il faut en plus voir qu'aux Etats-Unis les procédures ne sont de loin pas toutes des procédures de jury et que dans les procédures sans jury il y a des possibilités d'harmonisation plus importantes dont l'effet influencera à la longue également la réalité de la procédure de jury.

III. Convention ou modèle?

Une harmonisation du droit serait possible par une convention qui fixe un cadre à remplir par les états distincts. Mais les expériences avec les conventions de la Haye ne sont pas encourageantes en matière de droit de la procédure civile. Les états craignent la force obligatoire de telles conventions et la perte de souveraineté. Ainsi, de telles conventions sont soit trop larges soit une compilation de formes nationales déjà pratiquées. Ceci est le point faible des conventions de la Haye sur la notification et sur l'obtention des preuves à l'étranger. Dans le cadre de la convention sur la reconnaissance de décisions judiciaires qui est à nouveau

discutée, des états importants redoutent dès le départ la détermination de compétences internationales correspondant par exemple à la convention de Bruxelles.

Par contre, un modèle ou des "Model Rules", que le American Law Institute paraît également envisager, ont l'avantage de pouvoir offrir une réglementation nette. Il appartient à chaque état de décider si le modèle les convainc complètement ou en partie et s'il convient de le reprendre complètement, en partie ou d'une manière modifiée. Dans cette mesure, les expériences avec le modèle de Uncitral dans le domaine de l'arbitrage sont plutôt encourageantes.

IV. L'application de Model Rules

1. Alternatives possibles

Bien évidemment, l'idéal du créateur d'un modèle correspond toujours à la reprise complète ou, au plus, légèrement modifiée par les législateurs respectifs. La reprise est possible soit pour tous les procès civils, soit seulement pour les "procédures internationales", soit pour certains groupes de procédures internationales ou même seulement d'une partie des dispositions. Enfin, le législateur peut laisser le choix de la procédure du modèle aux parties.

2. Les travaux préparatoires du American Law Institute

Les travaux préparatoires déjà effectués par le American Law Institute montrent justement ici des difficultés compréhensibles. Ses projets limitent le domaine d'application à des procédures internationales pour ensuite trouver une solution au problème difficile de la définition de la procédure internationale. Un projet plus récent rétrécit encore le domaine d'application à des demandes contractuelles internationales. Aussi, le droit des parties de choisir entre la procédure du modèle et le procès national ordinaire est objet de réflexions changeantes. Enfin, certaines sortes de procédures particulières sont exclues (surtout dans le domaine des impôts, partiellement des demandes contre le pouvoir public, dans le domaine du droit de la famille et du droit des successions ainsi que dans celui du droit de faillite etc.) ce qui crée à nouveau des problèmes de délimitation compliqués et difficiles à résoudre.

3. Un domaine d'application pas trop limité

Toutes ces réflexions sont bien sûr justifiées. Or, partant d'un modèle, la délimitation exacte du domaine d'application incombe toujours au législateur national qui ne se tiendra jamais ou rarement aux données du modèle. Le modèle peut ainsi se limiter à décrire le domaine central de l'application proposée. Ce domaine se situe dans le procès civil avec un caractère international ou transnational. La limitation à des demandes contractuelles ou en cas de stipulation par les parties est moins recommandable puisque ceci signifierait de choisir une restriction qui correspond au domaine originaire de l'arbitrage. Le domaine important du droit délictuel, du droit de la concurrence déloyale et de la propriété intellectuelle ne devrait pas être exclu parce que le modèle perdrait ainsi de l'attraction surtout pour les partenaires commerciaux importants des Etats-Unis.

4. Attirance du droit de procédure transnational – égalité des parties

La limitation à des procédures transnationales – indépendamment de la définition de cette notion – crée une procédure à part qui se rajoute aux procédures nationales. Cette

restriction part de l'hypothèse justifiée que la reprise complète ou en partie du modèle sera difficile à réaliser pour des procédures transnationales et nationales et qu'elle correspondrait à un développement très lent. L'idée d'une procédure particulière pour tous les droits de procédure nationaux n'est pas neuve – les projets de l'American Law Institute le font observer à raison. La question sera si cette idée convainc. Elle doit surtout surmonter l'objection que le droit doit s'appliquer d'une manière égale indépendamment de la nationalité des parties. Pourquoi le requérant étranger devrait-il avoir plus de possibilités d'instruction en Europe que le requérant européen, pourquoi un requérant américain moins de possibilités d'instruction aux Etats-Unis du seul fait que la partie défenderesse est japonaise?

Cette distinction ne peut se justifier que si le modèle offre des avantages aux parties. Les avantages peuvent et doivent consister à ce que l'entraide judiciaire passe plus facilement à travers les frontières pendant la procédure et que la reconnaissance et l'exécution forcée de décisions judiciaires sont mieux garanties sous le modèle que sous le droit de la procédure national.

5. Critères d'appréciation des efforts d'harmonisation passés et à venir

Si le projet des "Transnational Rules of Civil Procedure" doit réussir, il en résulte pour le travail effectué par le American Law Institute et pour une coopération possible future avec Unidroit les critères d'appréciation suivants:

a) Simplification de l'administration du procès et reconnaissance de ses résultats

Le droit du modèle doit autant que possible éliminer ou minimiser les difficultés de l'administration de procès internationaux. Dans ce cadre, des domaines importants ne doivent pas simplement rester exclus. Tant qu'il y a des conventions, la référence à celles-ci n'est convenable que si elles fonctionnent d'une manière satisfaisante. Le cas échéant, il faut concrétiser son application.

b) Convergence et tolérance

Le droit du modèle doit créer une convergence suffisante entre les différents systèmes juridiques, surtout entre les Etats Unis et les autres états de common law et de civil law. Il convient de montrer de la tolérance envers des traditions culturelles juridiques importantes car à défaut, le modèle a peu de chances d'être repris.

c) Domaine d'application large

Le droit du modèle n'a suffisamment d'avantages que s'il s'applique très largement sur - tant que possible - tous les domaines de procédures transnationales.

C. Les projets du American Law Institute - tentative d'une appréciation

I. Domaine d'application

Les projets récents du American Law Institute définissent un domaine d'application très étroit pour les Transnational Rules. Ainsi, comme démontré, le droit du modèle perd pour l'Europe, l'Amérique du sud et l'Asie de l'est de l'attrance car beaucoup de litiges internationaux surtout du ressort du droit des Etats-Unis seraient exclus du domaine d'application. Un groupe de travail commun pourrait ici mener d'autres réflexions. Dans ces réflexions, il convient de considérer que les Transnational Rules pourraient remplir une fonction importante surtout dans les cas types où l'arbitrage ne s'applique pas.

II. Composition du tribunal

Les projets de l'American Law Institute proposent trois juges professionnels et facultativement deux experts sans voix. Ainsi, ils suivent plutôt la conception de base du continent européen qui, pourtant, connaît un développement récent vers le juge unique et qui donne souvent aux juges non-professionnels un droit de co-décision. Cette disposition s'applique sous la réserve du droit national impératif ce qui constitue surtout une réserve de jury. Il va falloir re-discuter l'importance de la garantie constitutionnelle d'un jury, et surtout réfléchir si la réglementation de la composition du tribunal vaut la peine si celle-ci est de toute façon déterminée pour les Etats-Unis sans possibilité de compromis. Malgré tout, une telle disposition pourrait toujours avoir une certaine fonction de modèle. La forte composition du tribunal nécessiterait un allègement pour les petits cas ou les cas simples.

III. Introduction de la procédure

Les propositions du projet concernant l'introduction de la procédure constituent un progrès net dans la mesure où elles résolvent d'une manière positive le problème de la traduction de la demande et de la convocation et elles ont ainsi souvent un avantage par rapport aux conventions. Par contre, la référence à l'"applicable international convention" laisse beaucoup de points en suspens et apporte peu de clarification pour de nombreuses questions douteuses qui sont importantes en pratique. Ainsi, la délimitation entre notification nationale et notification internationale est laissée à la loi du for qui, souvent, n'applique pas ces conventions. Les conséquences de fautes de procédure (par exemple une traduction manquante) ne sont pas réglées. La convention la plus importante, la convention de la Haye, connaît beaucoup de formes de signification et de notification contre lesquelles quelques états ont déclaré des réserves. La notification simplifiée par consentement ("service by waiver") et ses problèmes conséquents ne sont pas énoncés. Il faudrait réfléchir si le droit du modèle ne devrait pas saisir l'occasion de clarifier de telles questions et de régler l'application des conventions plus précisément.

IV. Compétence internationale et litispendance multiple

Les motifs des projets de l'American Law Institute exposent que la compétence internationale est convergente au moins dans ses domaines centraux. La réticence des projets envers une réglementation dans les Model Rules peut également être liée au fait que la réglementation de la compétence internationale est discutée d'une manière controversée dans le cadre des négociations de la Haye sur une convention de reconnaissance. Or, il ne faudrait pas, dès le départ, rejeter la possibilité d'une réglementation excluant des compétences exorbitantes. On pourrait attendre le développement à la Haye et tenir compte des expériences de la Convention de Bruxelles avec ses efforts de réforme.

La réglementation de la litispendance multiple paraît très importante. Elle est possible également comme un compromis entre le système européen ("lack of jurisdiction" pour la deuxième demande) et le système anglo-américain (procédures parallèles): suspension de la deuxième procédure avec la possibilité de sa reprise si la première procédure n'accorde pas de protection judiciaire satisfaisante et en temps voulu. Une telle réglementation supposerait également - important en pratique - un consensus sur la question de savoir quand s'agit-il de la même affaire.

V. Instruction et administration des preuves

Les projets du American Law Institute s'efforcent de trouver une synthèse entre le "pretrial discovery" américain avec l'administration des preuves subséquente dans le "trial" et le système continental. Ici, il y a beaucoup d'approches réussies, mais également beaucoup de questions ouvertes. Globalement, la conception américaine domine.

1. En principe accès illimité à tous les moyens de preuve

Les projets du American Law Institute ouvrent en principe l'accès à tous les moyens de preuve des parties et des tiers (témoignage écrit ou oral, pièces et objets, expertise, l'audition des parties etc.). Le principe de l'accès illimité correspond également au développement européen récent. Le procès allemand avec ses restrictions de l'accès aux objets de preuve de la partie adverse et des tiers joue ici plutôt le rôle d'"outsider". Il convient également d'approuver la tendance des projets, d'une part, à supposer "automatic disclosure" comme principe général, mais, d'autre part, à impliquer le tribunal en cas d'intervention plus importante comme, par exemple, des examens médicaux.

2. Etendue de l'administration judiciaire de la preuve et de l'enquête - Relevancy

Les projets veulent restreindre l'étendue du "pretrial discovery" par l'introduction de la conception "relevancy to the case". Ainsi, un moyen de preuve est "relevant, when it tends to achieve rationally reliable knowledge of a fact in issue". Le tribunal a le pouvoir d'exclure des enquêtes abusivement larges. Cependant, avec une telle définition, des "fishing expeditions", que les européens et l'autre reste du monde craignent, restent possibles. Dans le procès européen, le tribunal vérifie dès le début d'une manière très stricte, si les faits allégués et les preuves sont nécessaires au succès de la demande. Les moyens de preuve doivent en principe être indiqués de façon concrète et déterminée. Les projets du American Law Institute admettent "preliminary disclosure" concernant "specifically defined categories of documents" et exigent de l'information initiale sur des témoins potentiels. Un compromis raisonnable serait de permettre dans un premier temps seulement la recherche de faits avec "strict relevancy to the action" et des moyens de preuve bien déterminés. Dans un deuxième temps, un "disclosure" plus large pourrait être demandé sur ordre du juge (inversement du principe et de l'exception proposé par le projet du American Law Institute). Selon l'idée des systèmes juridiques européens et autres, "disclosure" sur la base de certaines indications est suffisant en règle générale. Néanmoins, la conception américaine peut avoir des avantages dans des cas exceptionnels, dans lesquels la procédure européenne arrête trop tôt la recherche de la vérité. Ici, il y a un besoin de discussion urgent. Le "disclosure" actuel toujours très large n'a ainsi guère de perspectives d'être accepté dans le reste du monde.

3. Audition des témoins et des parties - experts

L'assimilation d'une audition des témoins et des parties a son origine dans la conception anglo-américaine, mais elle sera acceptée en fin de compte par les systèmes continentaux; car les réglementations particulières pour les dépositions des parties (subsidiarité, serment des parties comme une règle de preuve irréfragable etc.) sont plutôt en retrait et ne correspondent plus à la tendance moderne.

L'art et la manière de l'audition traduit la conception anglo-américaine qui est empreignée par le "cross-hearing" du "jury trial". Chaque partie présente ses témoins, ainsi que le tribunal présente les siens. L'idée au fond est que les parties préparent leurs témoins et qu'il est l'affaire des parties d'observer certaines règles de preuve lors de l'audition des témoins. La conception continentale est très différente. Le témoin doit d'abord raconter entièrement son histoire et ceci autant que possible sans être influencé par les parties et le tribunal. C'est seulement après que le tribunal et les parties peuvent poser des questions. Probablement, cette procédure correspond davantage aux résultats scientifiques de la psychologie de l'audition. La rigueur du contre-interrogatoire s'explique par la préparation des témoins, ce que les autres systèmes juridiques regardent comme peu utile pour trouver la vérité. Ici, il y aurait d'autre besoin de clarification.

La position relevée du "court expert" constitue un progrès vers une conception commune. La réglementation du procès-verbal est également une synthèse très réussie de règles continentales et américaines („summary record“ par le tribunal, „verbatim transcript“ sur demande d'une des parties).

4. "Privileges"

La réglementation des motifs légitimes pour refuser le témoignage suit, pour l'instant, plutôt la conception américaine. Là, ne sont pratiquement reconnus comme privilèges que le "lawyer clients privilege" complété par le "lawyer work product privilege" et le "privilege for communications in settlement negociation". Les privilèges des époux, des parents et surtout d'autres professions sont controversés aux Etats-Unis et font l'objet d'une considération très différente dans les droits des divers états-membres des Etats-Unis (considération relative, privilèges comme des droits absolus du droit au fond etc.). En Europe - hormis l'Angleterre - la reconnaissance des privilèges de toutes les professions libérales importantes, des parents et des époux dominant. Le secret d'affaire, par contre, est obscur également ici.

Les projets du American Law Institute soulignent le privilège des avocats et veulent pour le reste appliquer le privilège du lieu de l'information, tous les privilèges étant appréciés souverainement par le juge. En général, la dispense du privilège sera possible, mais les conséquences de cette dispense (obligation de témoigner pour le témoin?) ou du refus de dispenser le témoin du privilège (appréciation négative par le juge?) ne sont pas claires. Cette réglementation donne beaucoup de jeu aux tribunaux, leur effet d'harmonisation n'est pas grand. L'idée continentale d'une protection absolue de la sphère personnelle n'est considérée que d'une manière limitée.

5. Enquête sur un territoire étranger

Les projets du American Law Institute ne décident pas quand et si une enquête est possible sur un territoire étranger (investigations d'experts, dépositions) sans que des tribunaux de l'état étranger y participent. Dans le procès américain, par exemple, les dépositions du "pretrial" n'ont pas lieu devant le tribunal, mais seulement en présence des avocats. Ainsi, le droit de la procédure américain a tendance à faire des enquêtes avec des témoins ou avec des experts dans des pays étrangers sans impliquer les tribunaux de ce pays, tant qu'aucune contrainte directe n'est nécessaire. Par contre, de la contrainte indirecte - par exemple la vérification de la bonne foi ("good faith") d'une partie en tant qu'employeur d'un témoin - est admise. Dans ces cas, la pratique européenne exige une entraide judiciaire en application de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger de la Haye et ainsi la

participation du tribunal étranger. Les Model Rules seraient une bonne occasion pour résoudre ce conflit continu.

6. Règles de preuves, appréciations des preuves, mesure de conviction

Le droit anglo-américain connaît tout un nombre de règles de preuves qui s'expliquent en partie par la présentation des preuves devant un jury (par exemple "hearsay rule", "restriction of character evidence to impeachment of witnesses", "evidentiary rules against opinions of witnesses" etc.). Les projets du American Law Institute se réfèrent en partie à de telles règles, les modifient ou les excluent. Ces réglementations des projets ne sont pas compréhensibles pour un juriste continental ordinaire, parce qu'il ne peut pas connaître leur origine. Ici également, il s'avère que la réglementation de l'audition des témoins pourrait exiger d'autres réflexions.

D'une manière générale, il serait recommandable de vérifier la fonction des règles de preuve. La libre appréciation des preuves ("free consideration of proof") pourrait être le principe. La question de savoir si, en plus, des "exclusionary rules of evidence" devraient subsister, est difficile. Elle dépend elle-même de la question de savoir, si la fonction du jury peut être restreinte par une administration accrue du procès par le juge.

La reprise proposée de la mesure de conviction nécessaire qui résulte d'une preuve dans le procès anglo-américain, c'est-à-dire la preuve prépondérante („preponderance of evidence“), serait très difficile pour les systèmes continentaux.

VI. Répartition des fonctions entre le tribunal et les parties

Le projet du American Law Institute promeut partiellement l'activité des parties (par exemple "automatic" disclosure), tout en permettant une activité du tribunal en comblement de l'activité des parties ("additional disclosure", "court witness", "court expert" etc.). Ceci est un compromis raisonnable. La coordination de l'activité des parties et de l'activité du juge nécessite un "court management" que le projet le plus récent essaie de régler. Ce "court management" a un caractère entièrement obligatoire dans beaucoup de codes de procédure européens et il est également discuté dans la réforme anglaise. Sa formation plus précise pourrait faire l'objet d'autres efforts communs. Dans ce cadre, il faudrait également discuter si et dans quelle mesure l'appréciation du droit devrait être entièrement la tâche du juge comme sur le continent ("Da mihi facta, dabo tibi ius") ou si les parties seraient obligées de présenter les sources du droit. Du "court management" est difficilement imaginable sans fondement juridique précis. Les projets du American Law Institute exigent des parties, d'une part, d'énoncer la base légale („legal grounds“) de leur demande et de leur défense ("claim and defense"), mais, d'autre part, ils ne disent rien sur le pouvoir ou l'obligation du juge de discuter ou d'apprécier souverainement le droit. Le pouvoir du juge d'évoluer vers une activité de transaction correspond au développement commun de la pratique procédurale avec, cependant, l'exception de l'Angleterre.

VII. Juges professionnels et jury

Il a déjà été exposé que l'harmonisation entre un système de juges professionnels et un système de jury pourrait avoir lieu par une administration accrue du procès par le juge comme prévue par les projets du American Law Institute. Il faudrait réfléchir si une harmonisation plus approfondie ne serait pas rendue possible par "special verdict" ou "general verdict with

interrogatories". Le "general verdict" ne contient pas les motifs indiquant les raisons de la décision. L'instruction du juge et ses effets restent souvent obscurs. Le "special verdict" ou le "general verdict with interrogatories" rend les décisions plus transparentes et renforce l'importance du juge professionnel.

VIII. Structure de la procédure et style de la codification

La structure extérieure de procédure et le style des Model Rules sont fortement influencés par les US-Federal Rules. Les codifications modernes de tradition continentale (Nouveau Code de Procédure Civile, Code-Modèle de l'Amérique de Sud) accentuent au début davantage les principes directeurs et sont en règle générale plus explicites. Ici, on pourra certainement trouver un compromis raisonnable puisque la brièveté anglo-américaine a également des avantages.

La structure de la procédure avec sa séparation entre "pretrial" et "trial" sera acceptée par les droits de tradition européenne si l'activité du juge est même dans le pretrial suffisamment garantie. Seulement dans ce cas, la pratique continentale s'accommodera avec la structure des projets.

La tendance vers la brièveté correspond également avec la tendance anglo-américaine de laisser beaucoup de détails à une appréciation discrétionnaire du juge: les conditions exactes d'un jugement par défaut, le choix entre les sanctions différentes ("contempt punishment", "striking out", "presumption" etc.), la participation de tiers au litige etc. Un tel pouvoir du tribunal inspire de la méfiance aux juristes continentaux et il ne sera certainement pas toujours accepté. Ainsi, des règles plus précises pourraient être parfois souhaitables.

IX. Frais

Le projet du American Law Institute recommande l'abandon de l'"American Rule". La signification de la règle d'exception ("good faith factual or legal disputation") reste un peu obscure. Un compromis serait un progrès indiscutable. Le problème du cadre raisonnable des frais (tarification horaire - "hour bill" - ou honoraires forfaitaires selon la valeur du litige etc.) nécessite peut-être encore de la clarification. La reprise du "payment into court" modifié (offre transactionnelle avec, en cas de refus injustifié, des conséquences concernant l'obligation de supporter les frais) constitue une proposition très valable.

X. Reconnaissance et exécution forcée d'actes judiciaires

Il a déjà été exposé que les Transnational Model Rules ne devraient pas renoncer entièrement à des règles de reconnaissance d'actes judiciaires et à des règles de compétence internationale. Afin d'inciter la reprise des Model Rules par les états nationaux, il serait surtout raisonnable de les promouvoir par une réduction des motifs permettant de refuser la reconnaissance des décisions qui en résultent et par une procédure de reconnaissance simplifiée.

Le projet de l'American Law Institute prévoit d'aggraver les effets des jugements par des peines pécuniaires en cas de non-suivi. L'Union Européenne fait des réflexions similaires selon l'exemple de l'astreinte. Il y a donc des points communs, même s'il paraît opportun d'examiner de plus près la forme exacte de telles peines.

XI. Mesures provisoires

Le projet de l'American Law Institute n'a harmonisé l'étendue très différente des mesures provisoires que très prudemment. La "Mareva Injunction" de la Grande-Bretagne a été énoncée seulement d'une manière facultative et des mesures provisoires accordant paiement au créancier sont possibles. Pour l'instant, la reconnaissance de mesures provisoires à l'étranger n'est pas évidente; dans cette mesure, la réglementation dans le projet reste obscure. Dans ce domaine important, il y a d'autre nécessité de clarification.

XII. Implication de tiers

Le projet de l'American Law Institute prévoit une large possibilité d'impliquer des tiers comme des parties à part entière avec la conséquence que de véritables jugements peuvent être prononcés à leur égard. Cette implication selon discrétionnaire du juge doit créer "personal jurisdiction", donc la compétence de juger le tiers. La tendance à réduire des semi-participations sans effets de jugement correspond également à la tendance pan-européenne. Mais cette disposition "de bras longs" ("long arm statute") du projet dépasse peut-être même encore les possibilités américaines actuelles et sera ainsi difficilement acceptée par le reste du monde. Ici, il y a une forte nécessité de discussion.

D. Résumé et recommandations

I. Chances de réussite des Transnational Rules

L'harmonisation du droit de la procédure est utile et souhaitable. Elle a même de bonnes chances de réussite. Des Model Rules qui peuvent être repris par les différentes nations et états entièrement, partiellement ou d'une manière modifiée paraissent recommandables. Le domaine d'application des Model Rules ne devrait pas être trop limité et surtout ne pas être limité à des rapports contractuels. Les Model Rules perdraient sinon de l'attraction et en particulier ne signifieraient pas de progrès décisif par rapport à l'arbitrage international bien établi. La différence entre les cultures procédurales n'est pas telle qu'un compromis raisonnable paraîtrait impossible. La plus grande difficulté est la considération de la procédure de jury américaine. Mais cette difficulté est peut-être surmontable si le procès américain peut accepter le renforcement de la position du juge professionnel dans cette procédure.

II. Les travaux préparatoires de l'American Law Institute

Les projets de l'American Law Institute et de son groupe de travail ont effectué des travaux préparatoires très remarquables dans beaucoup de domaines. Dans quelques domaines, ils tentent de trouver un compromis entre la conception du continent européen et le procès américain (par exemple en ce qui concerne la répartition des fonctions entre le tribunal et les parties, l'audition des témoins, le "court expert", le procès-verbal des résultats des preuves, la réglementation des frais, les mesures provisoires). Dans d'autres domaines, c'est en fin de compte la conception anglo-américaine qui domine avec des concessions de moindre importance au reste du monde (par exemple en ce qui concerne l'étendue de l'administration des preuves et l'enquête, les motifs permettant de refuser le témoignage, les règles de preuve, le degré de la conviction du juge nécessaire, la structure de la procédure et l'implication de tiers dans le procès). Quelques domaines importants qui sont controversés ont été totalement exclus même si des conventions n'existent pas (encore) ou si celles-ci ne pouvaient pas

apporter des améliorations significatives (notification de la demande, compétence internationale, litispendance multiple, reconnaissance d'actes judiciaires, enquête sur un territoire étranger). Le style des Model Rules correspond plutôt aux U.S.-Federal Rules ou aux Supreme Court Rules anglais, moins aux codifications du continent européen (l'Europe continentale, l'Amérique du Sud, le Japon et l'Asie de l'Est, la Russie et peut-être la Chine).

Cet inventaire ne constitue pas une évaluation. Chaque système a ses points forts et ses points faibles. De l'exclusion de certains domaines peut être un procédé très pratique. Mais les Model Rules réussiront uniquement si leur contenu et leur style est accepté par un grand nombre de nations et si sa reprise contribue suffisamment à la solution de questions controversées. Ici, d'autres travaux seront nécessaires et raisonnable pour trouver un bon compromis. Le projet de l'American Law Institute offre des approches extraordinaires et il est un très bon point de départ.

III. Procédé futur

Unidroit devrait accepter la proposition de l'American Law Institute et élaborer des Transnational Model Rules dans le cadre d'un projet commun. Un groupe de travail commun serait nécessaire dans lequel les cultures procédurales les plus importantes devrait être représentées d'une manière équilibrée. Ses membres devraient être des juristes expérimentés en droit de la procédure du domaine scientifique et de la pratique avec une bonne connaissance de droits étrangers de la procédure. Unidroit et l'American Law Institute pourraient convenir d'une nomination paritaire des membres. Il paraît raisonnable de tenir compte des expériences en matière d'arbitrage ainsi que des efforts d'harmonisation de l'Union Européenne et de l'Amérique du Sud.

Freiburg, fin décembre 1998

(Professor Dr. Rolf Stürner)

[Retour à "Actes et documents d'UNIDROIT 1999: Table des matières"](#)