



INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW
INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

UNIDROIT 2005
Etude LXXVI – Doc. 13
Original: anglais
(Distribution limitée)

Comité d'étude conjoint ALI/UNIDROIT
chargé d'élaborer des Principes et Règles relatifs à la procédure civile
transnationale

Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale

Rome, janvier 2005

PREFACE

Nous avons le plaisir de présenter ci-après les *Principes de procédure civile transnationale*. Les *Règles de procédure civile transnationale* qui constituent un modèle des Rapporteurs pour la mise en œuvre des *Principes*, et dont l'adoption pourrait être envisagée dans différents systèmes juridiques, sont reproduites sont annexées aux *Principes*.

Il est – et c'est là bien compréhensible – des sceptiques pour qui l'idée de règles "universelles" de procédure est à tout le mieux prématurée, et d'autres qui lui sont favorables mais nourrissent des réserves quant à sa réalisation effective. Ces réserves sont de deux ordres. Il existe d'abord des doutes quant aux possibilités de combler les divergences fondamentales entre systèmes de droit civil et systèmes de *common law*, et au sein de ces derniers, de traiter de façon adéquate les particularismes du système des Etats-Unis. Quant au clivage droit civil / *common law*, nous pensons qu'il suscite des craintes excessives. En revanche, le système des Etats-Unis étant le seul des systèmes de *common law* à prévoir une large *discovery* et un système du jury à l'instance, on peut s'interroger sur la question de savoir si une harmonisation est possible pour autant qu'elle reflète largement la procédure spécifique des Etats-Unis.

Nous concluons qu'un système procédural généralement acceptable dans le monde entier ne pourrait pas exiger le système du jury et devrait prévoir une *discovery* bien plus limitée que celle qui caractérise le système des Etats-Unis. Cette considération nous a conduits limiter le champ des *Principes* et des *Règles de procédure civile transnationale* au contentieux commercial et à exclure des catégories de litiges, tels que ceux concernant les dommages corporels ou les actions pour faute ayant entraîné la mort, dans lesquelles il serait inacceptable aux Etats-Unis de ne pas soumettre l'instance au jury. Le concept de "litiges commerciaux" demandera à être précisé le moment venu, mais nous l'estimons approprié pour délimiter le projet.

En ces temps présents marqués par la globalisation, deux voies s'offrent au monde. L'une est celle de la rupture et de l'isolationnisme, des guerres et des turbulences : notre projet est dépourvu de sens et n'a pas sa place dans un tel monde. L'autre voie est celle des échanges accrus des biens et des idées entre les peuples de la planète ; c'est bien là que se justifie une procédure civile transnationale.

GEOFFREY C. HAZARD, JR. (Rapporteur, ALI / UNIDROIT)

ROLF STÜRNER (Rapporteur, UNIDROIT)

MICHELE TARUFFO (Rapporteur, ALI)

ANTONIO GIDI (Rapporteur associé, ALI)

TABLE DES MATIERES

	<i>Page</i>
Préface	i
Membres du Comité d'étude conjoint ALI/UNIDROIT	vii
Introduction	1

PRINCIPES ALI-UNIDROIT
DE PROCEDURE CIVILE TRANSNATIONALE
(avec commentaries)

Principes

Champ d'application et transposition en droit interne	14
1. Indépendance, impartialité et qualification du tribunal et de ses membres	15
2. Compétence à l'égard des parties	16
3. Égalité procédurale des parties	17
4. Droit pour les parties d'être assistées par un avocat	18
5. Notification et droit d'être entendu	19
6. Langue de la procédure	20
7. Célérité de la justice	21
8. Mesures provisoires et conservatoires	21
9. Déroulement du procès	23
10. Principe dispositif	24
11. Devoirs des parties et de leurs avocats	25
12. Jonction d'instance et intervention	25
13. Avis d'un <i>amicus curiae</i>	26
14. L'office du juge dans la conduite de l'instance	27
15. Jugement de rejet et jugement par défaut	28
16. Accès aux éléments d'information et à la preuve	29
17. Sanctions	31
18. Confidentialité et immunité	31
19. Dépôts écrits et oraux	32
20. Publicité de la procédure	33
21. Charge de la preuve et conviction du juge	34
22. Devoir du juge et des parties dans la détermination des éléments de fait et de droit	34
23. Jugement et motivation	35
24. Transaction et conciliation	36
25. Frais et dépens	37
26. Caractère immédiatement exécutoire du jugement	37
27. Appel	38
28. Litispendance et chose jugée	38
29. Exécution effective	39
30. Reconnaissance	39
31. Coopération judiciaire internationale	40

MEMBRES DU COMITE D'ETUDE CONJOINT ALI/UNIDROIT

M. Ronald T. NHLAPO	<i>Président</i> Ministre et Chef adjoint de mission Ambassade d'Afrique du Sud, Washington, D.C.
M. Neil ANDREWS	Université de Cambridge (Royaume-Uni)
Mme Aida R. KEMELMAJER DE CARLUCCI	Ministre de la Cour suprême de justice de Mendoza (Argentine)
Mme Frédérique FERRAND	Université Jean Moulin Institut de Droit et d'Economie des Affaires (I.D.E.A.)
M. Geoffrey C. HAZARD, Jr.	Université de Pennsylvanie, Faculté de droit
M. Masanori KAWANO	Université de Nagoya, Faculté de droit
M. Pierre LALIVE	Cabinet Lalive & Associés Genève
M. Rolf STÜRNER	Université Albert-Ludwigs de Fribourg Institut für Deutsches und Ausländisches Zivil Prozessrecht
M. Antonio GIDI était Secrétaire du Comité d'étude.	

INTRODUCTION

I. “Harmonisation” internationale de la procédure civile

La communauté humaine noue dans le monde des relations plus étroites aujourd’hui que dans le passé. Le commerce international n’a jamais atteint des niveaux si élevés et il progresse régulièrement; les investissements internationaux et les flux monétaires circulent rapidement; les entreprises des pays développés s’établissent partout dans le monde, directement ou au moyen de filiales; les hommes d’affaires voyagent quotidiennement à l’étranger; de plus en plus de citoyens vivent de façon temporaire ou permanente à l’extérieur des pays où ils sont nés. La conséquence directe de ce phénomène est la possibilité, pour les hommes de pays différents, d’établir entre eux des relations bénéfiques et positives, grâce à l’intensification des relations commerciales, et d’ouvrir de plus amples opportunités pour leur expérience et leur évolution personnelles. Inévitablement, il y a aussi des effets négatifs, notamment une augmentation des frictions sociales, des litiges juridiques, et du contentieux.

Les coûts et les soucis qui résultent d’un conflit juridique peuvent être limités en réduisant les différences entre les systèmes juridiques. De cette façon, les mêmes “règles du jeu”, ou des règles similaires pourraient être appliquées où que se trouvent les participants. La tentative de réduire les différences entre les systèmes juridiques nationaux est généralement connue sous le terme d’ “harmonisation”. Une autre méthode pour réduire les différences est celle du “rapprochement”, qui indique que les normes juridiques des différents systèmes devraient être réformées dans le sens d’un rapprochement réciproque. La plupart des efforts en matière d’harmonisation et de rapprochement ont été accomplis en droit matériel, en particulier dans le domaine du droit qui régit les relations commerciales et financières. Nous avons ainsi aujourd’hui un grand nombre de traités et de conventions dans ces domaines de même que d’autres accords similaires en matière de droits personnels, tels que les droits des salariés, des enfants, ou des femmes mariées ¹.

L’harmonisation de la procédure civile a progressé de façon beaucoup plus lente. Certaines conventions en matière de droits humains renferment des garanties fondamentales de procédure, telles que l’égalité devant les tribunaux et le droit à être entendu et jugé selon une véritable procédure équitable et publique, devant un tribunal indépendant. Ces garanties constituent des critères internationaux communs et une base universellement reconnue d’harmonisation procédurale ².

Le processus plus large d’harmonisation a été empêché par l’idée selon laquelle les systèmes judiciaires nationaux diffèrent trop les uns des autres et sont trop profondément

¹ Voir, par exemple (les références renvoient à la version anglaise du texte cité), *Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant*, du 20 novembre 1989, 28 *International Legal Materials* 1448; *United States – Egypt Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, du 29 Septembre 1982, 21 *Idem* 927; *Convention des Nations Unies sur l’élimination de toute forme de discrimination contre la femme*, du 18 décembre 1978, 19 *Idem* 33; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, du 16 décembre 1966, 999 *United States Treaties and Other International Agreements* 171; *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d’autres Etats*, du 16 mars 1965, 17 *Idem* 1270, *Treaties and Other International Acts Series (TIAS) No 6090*, 575 *United Nations Treaty Series* 159.

² Voir par ex. l’article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, JO 2000 C 364/1; l’article 7 de la Charte africaine des droits de l’homme et des peuples, du 27 juin 1981, 21 *International Legal Materials* 58; l’article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l’homme, du 22 novembre 1969, 1144 *United Nations Treaty Series* 123; l’article 14 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 999 *United Nations Treaty Series* 171; l’article 6 de la *Convention pour la protection des droits de l’homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950, E.T.S. No. 5, tel qu’amendé par le Protocole N° 11, E.T.S. No. 155.

ancrés dans les particularismes historiques et culturels nationaux pour les rendre compatibles ou permettre de réduire leurs différences. Certes, il existe certaines conventions internationales en matière de droit judiciaire, comme les Conventions de La Haye sur la signification et la notification et sur l'obtention des preuves à l'étranger, et les conventions européennes en matière de reconnaissance des jugements, tandis que la Conférence de la Haye s'efforce de préparer une Convention sur la compétence juridictionnelle³. Les conventions internationales en matière de droit judiciaire ont jusqu'ici visé en amont les fondements de la compétence personnelle ainsi que les mécanismes de la notification pour l'introduction de l'instance, et en aval la reconnaissance des jugements.

Toutefois, les travaux du Professeur Marcel STORME et de ses collaborateurs, véritables pionniers en la matière, ont démontré la possibilité d'une harmonisation dans des matières telles que la présentation des demandes introductives, la preuve, la procédure de décision⁴. Le projet d'élaborer des Principes et des Règles pour la procédure civile transnationale doit beaucoup au projet de l'équipe du Professeur Storme.

L'arbitrage international est souvent une alternative à la procédure judiciaire devant les tribunaux nationaux. Toutefois, le champ d'application des conventions internationales sur l'arbitrage a les mêmes limites que celui des conventions concernant la résolution des litiges internationaux devant les tribunaux étatiques. Ainsi, les conventions internationales sur l'arbitrage règlent des aspects de l'introduction de l'instance arbitrale ainsi que la reconnaissance des sentences rendues par les arbitres, mais elles ne traitent pour ainsi dire pas de la procédure arbitrale internationale en tant que telle⁵. Au lieu de cela, la clause typique concernant le déroulement de l'audience prévoit que toutes les règles en matière de procédure seront déterminées par négociation ou par l'autorité d'administration ou par l'arbitre impartial⁶.

Le présent projet vise à établir des principes et des règles de procédure qu'un pays pourrait adopter pour la résolution des litiges relatifs aux échanges commerciaux internationaux⁷. Le projet s'inspire en partie du projet Storme susmentionné, du projet de l'*American Law Institute* sur l'insolvabilité transnationale, et en partie de l'effort réalisé il y a 50 ans aux Etats-Unis, pour fondre de nombreux systèmes juridiques hétérogènes en un seul

³ Convention relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale du 15 novembre 1965 20 *United States Treaties and Other International Agreements* 1361; 16 *International Legal Materials* 1339; *Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale*, du 18 Mars 1970, 23 *United States Treaties and Other International Agreements* 2555, 8 *International Legal Materials* 37; *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale*, du 27 septembre 1968, 8 *Idem* 229, reproduite avec ses modifications in 29 *Idem* 1413, pour l'essentiel remplacée par le Règlement (CE) no. 44-2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 2011 L 12/1; la *Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale*, du 16 septembre 1988, 28 *idem* 620; voir aussi C. KESSEDJIAN, Conférence de La Haye de droit international privé, *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (Avril 1997).

⁴ Marcel Storme (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Kluwer 1994. Voir aussi "Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica", *Revista de Proceso*, Vol. 52-53, 1988 et 1989 (proposant un Code modèle de procédure civile pour l'Amérique Latine).

⁵ Voir Convention de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 19 juin 1958, 21 *United States Treaties and Other International Agreements*. 2517, *Treaties and Other International Acts Series (TIAS)* No 6997, 330 *United Nations Treaty Series* 38.

⁶ A.S. RAU / E. SHERMAN, "Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure", 30 *Texas International Law Journal*, 89,90 (1995).

⁷ John J. BARCELÓ III, "Introduction to Geoffrey C. Hazard, Jr.", et Michele TARUFFO, "Transnational Rules of Civil Procedure", 30 *Cornell International Law Journal* 493,493-494 (1997).

système de règles de procédure, par l'adoption des *Règles fédérales de procédure civile* des Etats-Unis (*Federal Rules of Civil Procedure*). Les *Federal Rules* établissent une procédure unique qui doit être suivie dans les tribunaux fédéraux siégeant dans quarante-huit Etats semi-souverains différents, même si chacun d'entre eux a son propre droit de procédure, sa propre culture judiciaire et son propre barreau. De cette façon, les *Federal Rules* ont accompli ce que plusieurs observateurs prudents considéraient comme impossible: un système unifié de procédure pour plusieurs dizaines de communautés juridiques différentes. Le projet d'élaborer des Principes et des Règles relatifs à la procédure civile transnationale permet de penser qu'une procédure pour les litiges dans les affaires internationales vaut la peine d'être tenté.

II. Partenariat avec UNIDROIT

En l'an 2000, à partir d'un rapport favorable du Professeur Rolf STÜRNER, l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a rejoint l'*American Law Institute* sur ce projet, dont le Professeur Stürner est devenu l'un des Rapporteurs, suite à sa nomination par UNIDROIT en 2001. C'est à l'initiative d'UNIDROIT qu'a été entreprise la préparation de *Principes* relatifs à la procédure civile transnationale. Depuis, le projet s'est pour l'essentiel centré sur les Principes.

La forme de Principes répond surtout à la mentalité de droit écrit. Les juristes de *common law* sont moins familiers avec un tel degré d'abstraction et de généralisation. Mais depuis que nous avons élaboré simultanément les Principes et les Règles, la relation entre ces deux démarches est nettement plus claire. Les Principes sont des guides qui permettent l'interprétation des Règles, qui constituent un ensemble plus détaillé de normes de procédures. Les Principes pourraient également être adoptés comme guide d'interprétation des codes nationaux existants de procédure. De la même façon, les Règles pourraient être considérées comme une illustration ou une façon de mettre en œuvre les Principes, susceptibles d'être adoptées, le cas échéant après les adaptations nécessaires, dans l'un ou l'autre des systèmes juridiques. Ces deux corpus peuvent être considérés comme des modèles pour les réformes des législations nationales.

Le Groupe de travail ALI/UNIDROIT a tenu quatre réunions, d'une semaine chacune, au siège d'UNIDROIT à Rome pendant quatre ans. Les Conseillers de l'ALI et les membres du Groupe consultatif ont tenu cinq réunions et les projets ont été examinés à cinq réunions annuelles de l'ALI. Des débats nombreux se sont déroulés lors de conférences internationales qui se sont tenues dans différents pays, et par correspondance, durant les sept dernières années.

III. Principales ressemblances entre les systèmes procéduraux

En abordant l'harmonisation internationale du droit judiciaire, les Rapporteurs ont commencé par identifier les principales ressemblances et différences entre les systèmes judiciaires. Ce sont, à l'évidence, les différences qui posent problème. Il est important toutefois de garder à l'esprit que tous les systèmes modernes de procédure civile présentent des ressemblances fondamentales. Ces ressemblances tiennent au fait qu'un système judiciaire doit nécessairement répondre à un certain nombre d'exigences. La reconnaissance de ces exigences permet d'identifier plus facilement les ressemblances fonctionnelles entre les systèmes juridiques et, en même temps, d'identifier de façon beaucoup plus précise ce qui diffère d'un système à l'autre.

Les similitudes les plus importantes entre les systèmes de procédure peuvent être résumées comme suit:

- Règles définissant la compétence personnelle et la compétence matérielle;
- Exigence d'un juge neutre;

- Procédure pour la notification au défendeur;
- Règles pour la formulation des demandes;
- Explication de la loi matérielle applicable,
- Preuve des faits allégués;
- Règles sur le témoignage des experts;
- Règles sur le délibéré, le jugement et l'appel;
- Règles sur le caractère définitif des jugements.

Parmi ces règles, celles qui concernent la compétence, les notifications, et la reconnaissance des jugements sont suffisamment proches d'un pays à un autre; pour cette raison des conventions internationales ou la pratique ont pu apporter des solutions. En matière de compétence, la situation des Etats-Unis est tout à fait particulière, en raison de la conception très large de la notion de "compétence" ("*long-arm jurisdiction*") – même s'il s'agit d'une différence de degré plutôt que de nature – et parce que le droit des Etats-Unis régissant les pouvoirs des Etats constituants fonde la compétence sur la simple présence de la personne. Les exigences de neutralité du juge commencent par la reconnaissance du fait que tous les systèmes juridiques ont des règles qui assurent qu'un juge ou tout autre décideur n'a pas d'intérêts en commun avec les parties. De cette façon, dans un litige transnational, les parties peuvent en général se fier aux règles nationales qui expriment ce principe. De la même façon, un système judiciaire exige l'existence du principe du caractère définitif des jugements. Ce concept est généralement reconnu, même si des systèmes juridiques permettent de revenir sur une décision judiciaire de façon plus libérale que d'autres. De la même façon, le corollaire d'une mutuelle reconnaissance des jugements est universellement accepté.

IV. Différences entre les systèmes judiciaires

Les différences entre les systèmes judiciaires dérivent du clivage entre systèmes de *common law* et systèmes de droit écrit. Tous les systèmes de *common law* proviennent de l'Angleterre. En font partie le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, l'Inde, les Etats-Unis d'Amérique, de même qu'Israël, Singapour et les îles Bermudes. Les systèmes de droit écrit sont originaires de l'Europe continentale et comprennent les systèmes qui dérivent du droit romain (le droit de l'empire romain codifié par le Code de Justinien) et le droit canon (le droit de l'église catholique romaine, lui-même issu principalement du droit romain). Les systèmes de droit écrit comprennent la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne et, presque tous les autres pays européens, de même que les pays d'Amérique du Sud, de l'Afrique, et de l'Asie, comprenant le Brésil, l'Argentine, le Mexique, l'Egypte, la Russie, le Japon et la Chine, à cause des emprunts ou de la migration des systèmes juridiques.

Les principales différences entre systèmes de *common law* et systèmes de droit écrit sont les suivantes:

- C'est au juge dans les systèmes de droit écrit, et aux avocats dans les systèmes de *common law*, qu'appartient au premier chef la recherche de la preuve et la formulation des concepts juridiques sur lesquels sera fondée la décision. Toutefois, les divers systèmes de droit écrit diffèrent sur la façon et le degré dans lequel cette responsabilité s'exerce; sans doute des variations existent-elles également entre les juges au sein d'un même système.

- Le procès dans de nombreux pays de droit écrit s'articule autour d'une série de brèves audiences – parfois d'une durée inférieure à une heure – qui sont dédiées à l'admission de la preuve, laquelle est consignée dans un procès-verbal pour la phase finale ultérieure d'analyse et de décision. En revanche, le procès de *common law* s'ouvre par une phase

préliminaire (*pretrial*), articulée en une ou parfois plusieurs audiences préliminaires, suivie d'une audience plénière dans laquelle toutes les preuves sont administrées les unes après les autres.

- Dans les pays de droit écrit, les jugements des tribunaux de première instance sont généralement soumis à un examen plus approfondi par la juridiction d'appel, que ce n'est le cas dans les pays de *common law*. Le contrôle en appel dans les pays de droit écrit s'étend aussi bien aux faits qu'au droit.

- Les juges dans les systèmes de droit écrit, passent généralement leur vie professionnelle dans la magistrature, alors que les juges dans les systèmes de *common law* sont en règle générale issus des rangs du barreau. Ainsi, les juges de droit écrit n'ont pas eu l'expérience d'une activité professionnelle en tant qu'avocats, avec toutes les conséquences que cela peut comporter.

Ces différences sont importantes, mais ne sont pas des obstacles insurmontables.

La version américaine du système de *common law* présente en effet des divergences par rapport aux autres pays de *common law* qui sont, au moins tout aussi significatives. Le système américain est unique en ce qui concerne les éléments qui suivent:

- La présence d'un *jury* est souvent prévue devant les tribunaux américains fédéraux et étatiques. Aucun autre pays n'utilise habituellement le *jury* dans les affaires civiles.

- Les règles américaines en matière de *discovery* donnent une large possibilité pour la recherche d'informations ou de preuves potentiellement pertinentes, y compris par la voie de la déposition orale.

- Le système accusatoire américain offre aux avocats des possibilités dans la présentation de l'affaire bien plus larges que celles que l'on a coutume de trouver dans les autres pays de *common law*.

- Le système américain fonctionne sur la base d'une seule règle concernant les frais de justice: chaque partie paie généralement son propre avocat. Elle ne peut obtenir un remboursement de ses frais de la part de la partie perdante. Au contraire, dans la plupart des pays, à l'exception de la Chine et du Japon, la partie qui a gagné, que ce soit le demandeur ou le défendeur, obtient le remboursement d'au moins une partie importante de ses frais et dépens⁸.

- Les juges américains sont choisis de plusieurs façons, et leur affiliation politique joue un rôle important. Dans la plupart des pays de *common law*, les juges sont recrutés sur la base de critères professionnels.

La plupart des différences importantes entre les Etats-Unis et les autres systèmes de *common law* tiennent à l'institution du *jury* dans le procès américain. Lorsque le procès devant le juge ne comporte pas la présence d'un *jury*, il ressemble fort à celui qui se déroule dans les autres pays de *common law*.

V. Règles concernant l'introduction des demandes (*pleading*)

Les règles concernant la présentation des demandes sont similaires dans la plupart des systèmes juridiques. La plupart des pays de *common law* exigent que le demandeur établisse sa demande de façon raisonnablement précise en ce qui concerne les faits: les personnes, le lieu, le moment, et la succession des événements en cause dans l'affaire qui fait l'objet du litige. Ces

⁸ Voir HUGHES / SNYDER, "Litigation and Settlement under the English and American Rules: Theory and Evidence", 38 *Journal of Law & Economics* 225 (1995), A. TOMKINS / T. WILLING, *Taxation of Attorney's fees: Practices in English, Alaskan and Federal Courts* (1986). Voir aussi, par exemple, A. EHRENZWEIG, "Reimbursement of Counsel Fees and Great Society", 54 *California Law Review*, 792 (1963); T. ROWE, "The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A critical Overview", 1982 *Duke Law Journal*, 651.

règles reflètent pour l'essentiel le *Code Pleading* qui était en vigueur dans la plupart des Etats américains avant l'adoption des règles fédérales de procédure civile (*Federal Rules of Civil Procedure*) en 1938⁹. Ces règles ont été abandonnées en 1938 devant les cours fédérales des Etats-Unis et ont été remplacées par la technique du "*notice pleading*" qui requiert un moindre degré de détail. Les Principes et Règles exigent que le *pleading* contienne des renseignements détaillés concernant le fondement de la demande; ces renseignements identifient une série de faits qui, s'ils sont prouvés, établissent le droit du demandeur à faire juger sa demande.

VI. Echange de preuves

La règle en matière de *pleading* qui exige une allégation précise des faits, réduit la portée de la procédure de *discovery*, car elle exige que les demandes et les défenses soient bien formulées dès le début de la procédure. De plus, la règle en matière de *pleading* prévoit qu'une partie ayant allégué certains faits devra, dans une phase ultérieure du procès, révéler avec précision les éléments de preuve sur lesquels elle fondera ses prétentions, y compris les documents, des résumés des témoignages attendus et les rapports des experts. Les Principes et Règles prévoient qu'une telle *disclosure* doit avoir lieu avant l'audience plénière. L'idée de base est donc qu'un demandeur pourra s'engager dans une procédure seulement si la demande est fondée sur des éléments probatoires, et non dans l'espoir ou l'attente de découvrir de tels éléments, grâce à la procédure de *discovery* à l'encontre de la partie adverse.

Les dispositions très strictes en matière de *pleading* associées à l'obligation de révéler les éléments de preuve réduisent la nécessité de procéder à un ultérieur échange des éléments de preuve. Une partie doit d'abord "montrer son jeu" avant de parler, avant de chercher à voir celui de son adversaire. Dans ce même esprit, les Règles essaient de définir un droit limité à accéder aux pièces et aux dépositions des témoins de la partie adverse. La plupart des pays de droit civil considéreraient inopportun un accès large. Toutefois, un juge d'un système de droit civil a le pouvoir d'exiger la production des preuves documentaires pertinentes et la déposition de témoins. Dans les systèmes judiciaires modernes, dans une approche responsable de la justice, il existe une nécessité pratique croissante de permettre une certaine mesure de *discovery*, et dans certains cas du moins, la déposition des témoins clé.

Dans la plupart des juridictions de *common law*, les dépositions dans la phase préliminaire du procès (*pretrial*) sont très rares, et sont utilisées dans certains pays seulement si le témoin ne peut être présent lors de l'audience. Des documents sont soumis à la *discovery* uniquement lorsqu'ils sont pertinents pour le procès, au regard des actes introductifs d'instance et, comme on l'a vu plus haut, compte tenu de l'obligation que les demandes et les réponses soient formulées de façon absolument claire¹⁰. En revanche, une très large *discovery* est communément admise dans les procès qui ont lieu aujourd'hui aux Etats-Unis, en particulier dans les affaires aux enjeux importants. Les *Federal Rules of Civil Procedure* américaines ont été récemment amendées pour limiter la *disclosure* et la *discovery* à certains égards, mais leur portée reste beaucoup plus large qu'elle n'est dans les autres pays de *common law*. Les Principes et les Règles offrent un compromis pour le procès international.

Toutes les règles concernant la production des documents dans les pays de *common law*, dérivent des *Judicature Acts* anglais de 1873 et 1875. En 1888, la portée de la *discovery* a été fixée dans la jurisprudence *Peruvian Guano*, comme visant

⁹ L. TOLMAN, "Advisory Committee's Proposals to Amend the Federal Rules of Civil Procedure", 40 *American Bar Association Journal* 843, 844, (1954); F. JAMES / G. HAZARD / J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, §§3.5, 36 (5th ed. 2001).

¹⁰ C. Platto (ed.), *Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide*, Graham & Trotman and IBA, London, 1990.

“tout document ayant trait aux matières faisant l’objet du litige, et qui non seulement constituerait une preuve pour l’un des points litigieux, mais aussi qui pourrait être raisonnablement considéré comme contenant des informations pouvant – quoique ne *devant* pas nécessairement – permettre à une partie directement ou indirectement ... de faire avancer sa prétention ou de nuire à celle de son adversaire (...); on peut considérer qu’un document contient des informations pouvant permettre à la partie qui demande un *affidavit* soit de faire avancer sa prétention soit de nuire à celle de son adversaire, s’il s’agit d’un document qui peut équitablement l’amener à poursuivre son enquête, ou qui peut avoir l’une ou l’autre de ces conséquences (...) ¹¹”.

Dans les systèmes de droit écrit, il n’y a pas de procédure de *discovery* en tant que telle. Toutefois, une partie a le droit de demander au tribunal d’interroger un témoin, ou de demander à la partie adverse de produire un document. Cette règle est le corollaire du principe général dans les pays de droit écrit selon lequel c’est le tribunal (plus que les parties) qui est responsable de l’administration de la preuve. Dans certains pays de droit écrit, une partie ne peut être forcée à produire un document qui établira sa responsabilité (une sorte d’équivalent en droit civil du principe selon lequel la partie a le droit de ne pas s’auto-incriminer). Toutefois, dans de nombreux systèmes de droit écrit, une partie peut être contrainte à produire un document si le juge estime que le document constitue la seule preuve concernant le point litigieux. Ce même résultat peut être atteint en faisant reposer la charge de la preuve sur la partie qui détient ce document. En tout état de cause, le critère pour la production d’un document selon les systèmes de droit écrit est toujours celui de la “pertinence”, au sens strict du terme.

VII. Procédure à l’audience plénière

Une autre différence entre les pays de droit écrit et les systèmes de *common law* concerne l’administration de la preuve à l’audience plénière. Comme on le sait, dans les premiers, l’administration des preuves est faite par le juge, avec la participation des avocats, alors que dans les pays de *common law*, les preuves sont présentées par les avocats, le juge n’exerçant qu’une fonction complémentaire et de contrôle. En outre, dans de nombreux pays de droit écrit les preuves sont généralement administrées en plusieurs audiences programmées selon la disponibilité des témoins, alors que dans les systèmes de *common law* l’administration de la preuve est généralement concentrée lors d’une seule audience, à laquelle les témoins doivent être présents. Plus fondamentalement, la conception de base de l’audience plénière dans les pays de droit écrit est celle d’une enquête par le juge contrôlée par les avocats au nom des parties, alors que dans les systèmes de *common law* la conception est celle d’une suite d’interventions devant la cour de la part des parties par l’intermédiaire de leurs avocats.

De façon plus pragmatique, la mise en œuvre de ces différentes conceptions de l’audience plénière exige des juges et des avocats des compétences professionnelles très différentes. Un juge, dans un système juridique de droit écrit, doit être capable de concevoir des questions et de les articuler dans une suite ordonnée, et un avocat doit apporter une attention particulière aux questions du juge, et être prêt à suggérer des directions supplémentaires ou des extensions dans l’enquête. Dans les systèmes de *common law*, de telles capacités sont plutôt requises des avocats: ils doivent être capables de concevoir les questions et de les articuler dans une suite ordonnée, alors que le juge doit être capable d’approfondir, en le développant, le

¹¹ *Compagnie financière et commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* 11 *Queen’s Bench Division (United Kingdom)* 55, 63 (1882), concernant l’*Order XXXI*, règle 12 des *Règles de la Cour Suprême* de 1875, exigeant la production des documents *ayant trait à toute question en cause dans l’action* (“*relating to any matters in question in the action*”).

travail des avocats, en posant des questions supplémentaires. Il s'agit toutefois là de différences de degré, qui tendent à s'estomper progressivement.

VIII. Appel et caractère définitif du jugement

Les Principes et les Règles soumettent à la loi du for les questions concernant l'appel et les recours ultérieurs devant des cours plus élevées, qui sont accessibles aux plaideurs dans de nombreux systèmes. Les Principes et Règles définissent les conditions du caractère définitif du jugement, afin de décourager la réouverture d'une affaire qui a été tranchée. En effet, un jugement rendu équitablement est la meilleure façon pour l'homme de s'approcher de la vraie justice. Par conséquent, un jugement rendu ne doit pas être modifié, même lorsqu'il peut y avoir des raisons de croire qu'on aurait pu aboutir à un résultat différent, à moins que l'on puisse démontrer que ce jugement a été vicié par la fraude durant la procédure ou par l'existence d'une preuve décisive qui n'avait pas été et ne pouvait raisonnablement pas être découverte lors du jugement. Les Principes et Règles entérinent cette approche du caractère définitif du jugement.

IX. Modalités de reconnaissance des Principes et des Règles

Les Principes reflètent des concepts fondamentaux d'équité dans la solution des principaux litiges des systèmes juridiques modernes. La plupart de ces systèmes pourraient adopter les Principes en apportant des changements relativement modestes à leurs propres codes de procédure civile. De plus amples modifications seraient nécessaires dans les pays qui ne reconnaissent pas généralement la possibilité pour une partie d'obtenir les éléments de preuve qui lui sont favorables et dont leur adversaire dispose. Les Règles, qui sont un modèle rédigé par les Rapporteurs, mais n'ont été formellement adoptées ni par UNIDROIT ni par l'ALI, sont proposées comme un complément des Principes, plus détaillées et illustrant une concrète réalisation des Principes. Les Principes comme les Règles cherchent à combiner les meilleurs éléments de la procédure accusatoire dans la tradition de la *common law*, avec les meilleurs éléments de la procédure fondée sur le rôle central du juge, dans la tradition de droit écrit. Les dispositions sont formulées dans des termes et à travers des concepts pouvant être acceptés par toutes les traditions juridiques. Les Principes et les Règles pourraient être utilisées sous une forme modifiée dans la procédure arbitrale.

L'adoption des Principes et des Règles relève du droit interne et international de chaque Etat. Ils pourront être adoptés par une convention internationale ou par l'autorité compétente de l'Etat en vue de leur application par les juridictions de cet Etat. Dans les systèmes juridiques non fédéraux, l'autorité relèvera du gouvernement national. Dans les systèmes fédéraux, l'attribution de cette compétence dépendra des règles régissant la répartition des compétences au sein de chaque fédération. Dans un système fédéral, ils pourraient être adoptés par le pouvoir fédéral pour la procédure devant les tribunaux fédéraux, et par l'autorité étatique ou provinciale pour la procédure des tribunaux des Etats fédérés ou des provinces. Dans les Principes et dans les Règles, le terme "Etat" désigne un Etat national et non pas une province ou un Etat membre d'une fédération.

Les Principes et les Règles pourraient être adoptés pour la procédure devant les tribunaux de droit commun de première instance, ou devant des tribunaux spécialisés, ou enfin devant les sections ayant compétence en matière commerciale des tribunaux de droit commun. Les Principes et les Règles pourraient être employés comme modèle pour la réforme de différents systèmes judiciaires.

X. Finalité des Principes et des Règles

L'objectif des Principes et des Règles est d'offrir un système équitable de procédure pour des parties engagées dans un litige relatif à une transaction commerciale internationale. Ils

cherchent par ailleurs à réduire les doutes et les inquiétudes des parties qui se trouvent engagées dans un procès dans un environnement qui ne leur est pas familier, en sachant que tout litige est, par définition, désagréable du point de vue des parties. La réduction des différences entre les systèmes juridiques, appelée communément "harmonisation" législative, est un moyen d'atteindre une telle équité. Toutefois, un ensemble de règles n'est que l'un des différents aspects nécessaires pour un procès équitable. D'un point de vue pratique, la compétence, l'indépendance et l'impartialité des juges, de même que la compétence et l'intégrité des conseils des parties, seront des aspects beaucoup plus importants. Toutefois, les règles de procédure influencent objectivement le déroulement d'un procès.

Les Principes et les Règles essaient d'exprimer, autant que possible, l'idéal d'un jugement impartial. Elles peuvent être aussi une référence en matière de coopération judiciaire, pour l'assistance mutuelle entre les tribunaux des différents pays. De même, une référence aux principes qui y sont renfermés peut tempérer l'inévitable esprit de clocher qui anime les praticiens du droit (aussi bien les juges que les avocats) lorsqu'ils apprécient leur propre système juridique.

Les Principes et les Règles, notamment pour ce qui concerne la présentation des demandes, le développement et la présentation des preuves et des moyens de droit, et le jugement définitif du tribunal peuvent être adoptés ou appliqués à des formes de procédure ne rentrant pas dans leur champ d'application, comme la procédure arbitrale. De même, un tribunal pourrait se référer aux Principes et aux Règles comme à des principes généraux de procédure civile généralement reconnus lorsque cela n'est pas incompatible avec ses propres règles constitutionnelles ou de procédure.

On envisage que, là où ils seraient adoptés, les Principes et les Règles institueraient une forme spéciale de procédure en matière de litiges relatifs aux transactions internationales, comme les règles particulières de procédure que la plupart des Etats prévoient en matière de faillite, de contentieux du travail, d'administration judiciaire des biens, et de demandes en matière civile contre les services administratifs de l'Etat. Lorsque cela est permis par les règles de procédure du for, avec l'accord du tribunal, les Règles pourraient aussi être adoptées, en tout ou en partie, par accord des parties, afin qu'elles s'appliquent au litige qui les oppose. Une telle forme de mise en œuvre reposerait sur une clause contractuelle des parties, par laquelle celles-ci déclarent déroger à d'autres règles de procédure, normalement applicables, en faveur des *Règles de procédure civile transnationale*.

XI. Révision des projets précédents

Les projets précédents des Principes et des Règles ont été publiés dans de nombreuses revues juridiques du monde entier. Voir 30 *Cornell International Law Journal* 493 (1997), 33 *Texas International Law Journal* 499 (1998), et 33 *New York University Journal of International Law & Politics* 769 (2001). Ces projets ainsi que les publications d'UNIDROIT et de l'ALI¹² ont fait l'objet de critiques et de commentaires de la part de juristes, universitaires et praticiens, aussi bien de pays de *common law* que de droit écrit¹³. On pourra facilement observer que de

¹² Les principales publications de l'ALI sont : les *Preliminary Drafts No. 1* (1998), *No. 2* (2000), *No. 3* (2002), *Interim Revision* (1998), *Council Drafts No. 1* (2001), *No. 2* (2003), *Discussion Drafts No. 1* (1999), *No. 2* (2001), *No. 3* (2002), *No. 4* (2003), et *Proposed Final Draft* (2004). Les principales publications d'UNIDROIT sont *Study LXXVI – Doc. 4* (2001), *Doc. 5* (2002), *Doc. 9* (2002), et *Doc. 10* (2003), et *Etude LXXVI – Secretary's Report* (2001), (2002), (2003), and (2004). Ces publications ont fait l'objet d'une ample diffusion, tant sur papier qu'en forme électronique.

¹³ Voir Geoffrey C. HAZARD, Jr., "Litigio civil sin fronteras: armonización y unificación del derecho procesal", 11 *Tribunales de Justicia* 24 (2002) [Spain]; Antonio GIDI, "Iniciativas para la formulación de normas uniformes en el ámbito del derecho procesal civil internacional", 54 *Derecho PUC* 245 (2001) [Peru], également publié dans 11 *Tribunales de Justicia* 21 (2002) [Spain], et 26 *Rev. Dir. Proc. Civ.* (2002) [Brazil];

HAZARD, STÜRNER, TARUFFO, GIDI, "Principios fundamentales del proceso civil transnacional", 54 *Derecho PUC* 253 (2001), also published in 11 *Tribunales de Justicia* 27 (2002) [Spain], and in 26 *Rev. Dir. Proc. Civ* (2002) [Brazil]; HAZARD, TARUFFO, STÜRNER, GIDI, "Normas del proceso civil transnacional", 54 *Derecho PUC* 263 (2001), également publié dans 11 *Tribunales de Justicia* 31 (2002) [Spain], and in 26 *Rev. Dir. Proc. Civ* (2002) [Brazil]; Lorena BACHMAIER WINTER, 11 *Tribunales de Justicia* 19 (2002) [Spain]; Jorge SÁNCHEZ CORDERO & Antonio GIDI, "Las reglas y procedimientos del derecho procesal civil transnacional. El proyecto American Law Institute-UNIDROIT" (2003).

Numéro spécial: HARMONISING TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE: THE ALI/UNIDROIT PRINCIPLES AND RULES. VERS UNE PROCEDURE CIVILE TRANSNATIONALE HARMONISEE: LES PRINCIPES ET REGLES ALI / UNIDROIT: VI *Uniform Law Review / Revue de Droit Uniforme* 740 (2001). Herbert KRONKE, "Efficiency, Fairness, Macro-Economic Functions: Challenges for the Harmonisation of Transnational Civil Procedure" ["Efficacité, impartialité, fonctions macro-économiques: les objectifs de l'harmonisation de la procédure civile transnationale"], 741; Geoffrey C. HAZARD, Jr., "Fundamentals of Civil Procedure", 753; Marcel STORME, "Procedural Law and the Reform of Justice: From Regional to Universal Harmonisation", 763; Philippe FOUCHARD, "Une procédure civile transnationale: Quelle fin et quels moyens? ", 779; Stephen GOLDSTEIN, "The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure: the Utility of Such a Harmonization Project", 789; Janet WALKER, "The Utility of the ALI/UNIDROIT Project on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 803; Antonio GIDI, "Notes on Criticizing the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 819; Haimo SCHACK, "Transnational Service of Process: a Call for Uniform and Mandatory Rules", 827; L.J. PRIESTLEY, QC, "Transnational Civil Procedure – Fact Pleading v. Notice Pleading: its Significance in the Development of Evidence", 841; Edward H. COOPER, "Transnational Civil Procedure: Fact Pleading or Notice Pleading? A Viewpoint from the USA", 857; Rolf STÜRNER, "Transnational Civil Procedure: Discovery and Sanctions Against Non-compliance", 871; Pierre LALIVE, "Principe d'inquisition et principe accusatoire dans l'arbitrage commercial international", 887; Gabriele MECARELLI, "Quelques réflexions en matière de discovery, 901; Áida KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La charge de la preuve dans les Principes et Règles ALI/UNIDROIT relatifs à la procédure civile transnationale", 915; Jean-Paul BERAUDO, "Réflexions sur les Principes ALI/UNIDROIT à propos de la preuve", 925; Neil ANDREWS, "Provisional and Protective Measures: Towards a Uniform Protective Order in Civil Matters", 931; Bryan BEAUMONT, "The Proposed ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure and their Relationship to Australian Jurisdictions", 951; Sheldon H. ELSÉN, "An American Lawyer Looks at Litigation under the Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 971; Valentinas MIKELÉNAS, "The Proposed ALI/UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and the New Code of Civil Procedure in Lithuania", 981; Frédérique FERRAND, "Les "Principes" relatifs à la procédure civile transnationale sont-ils autosuffisants? – De la nécessité ou non de les assortir de "Règles" dans le projet ALI/UNIDROIT", 995; Thomas PFEIFFER, "The ALI/UNIDROIT Project: Are Principles Sufficient, Without the Rules? ", 1015.

Voir aussi, *Vers un Procès Civil Universel? Les Règles Transnationales de Procédure Civile de l'American Law Institute*, Philippe Fouchard, ed., Paris, éd. Panthéon-Assas, 2001: Michele TARUFFO, "La genèse et la finalité des Règles proposées par l'American Law Institute"; Pierre MAYER, "L'utilité des Règles transnationales de procédure civile: une vue critique"; Horatia MUIR WATT, "Quelle méthode?"; Marie-Laure NIROYET, "Quels litiges?"; Hélène GAUDEMET-TALLON, "Quel juge?"; Geoffrey HAZARD, "Le déroulement du procès"; Jacques NORMAND, "La confrontation des principes directeurs"; Catherine KESSEDJIAN, "Quelques réflexions en matière de preuves"; Loïc CADIET, "Quelles preuves? *Discovery*, témoins, experts, rôle respectif des parties et du juge"; Antonio GIDI, "Vers un procès civil transnational. une première réponse aux critiques"; Philippe FOUCHARD, "Clôture"; Gabriele MECARELLI, "Les Principes fondamentaux et les 'nouvelles' Règles de procédure civile transnationale: premières observations".

Voir aussi : HAZARD, TARUFFO, STÜRNER, and GIDI, "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 33 *New York University Journal of International Law & Politics*, 769 (2001), *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure* (Federico Carpi and Michele Lupoi, eds. 2001), Gerhard WALTER / Samuel P. BAUMGARTNER, "Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation", 18 *Kitsumeikan Law Review*, 169 (2001), R. STÜRNER, "Règles Transnationales de Procédure Civile? Quelques Remarques d'un Européen sur un Nouveau Projet Commun de l'American Law Institute et d'UNIDROIT", *Revue internationale de droit comparé* 2000, 845; R. STÜRNER, "Some European Remarks on a New Joint Project of The American Law Institute and UNIDROIT", 34 *International Lawyer*, 1071 (2000); A. GIDI, "Presentación del Proyecto de Normas Transnacionales del Proceso Civil", 52 *Revista de la*

nombreuses modifications ont été apportées au projet par suite des amples discussions et débats qui ont suivi ces publications. Le résultat peut être clairement apprécié des nouvelles publications.

Les précédents avant-projets des Principes et des Règles ont été traduits en russe par Nikolai Eliseev ; en arabe par Hossam Loutfi ; en allemand par Gerhard Walter, Université de

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú 607 (1999); A. GIDI, "Normas Transnacionais de Processo Civil", 8 *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 54 (2000); J. LEBRE DE FREITAS, "O Anteprojecto Hazard-Taruffo para o Processo dos Litígios Comerciais Internacionais", 2 *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* 19 (2000); E. KUNŠTEK, "Transnacionalna Pravila Gradanskog Postupka", 21 *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta U Rijeci*, 351 (2000); A. GIDI, "Apresentação às Normas Transnacionais de Processo Civil", 8 *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 40 (2000), désormais in 52 *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 593 (1999); G. WALTER / Samuel P. BAUMGARTNER, "Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation", 6 *Zeitschrift für Zivilprozeß International* (2000), désormais in 18 *Ritsumeikan Law Review* (2000), G.C. HAZARD, JR., "Litigio Civil Sin Fronteras: Armonización y Unificación del Derecho Procesal", 52 *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 583 (1999), and *idem*, "Civil Litigation Without Frontiers: Harmonization and Unification of Procedural Law", 52 *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* 575 (1999).

Voir aussi Hazard, Taruffo, Stürner, and Gidi, "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", 33 *New York University Journal of International Law & Politics* 769 (2001); *Essays on Transnational and Comparative Civil Procedure* (Federico Carpi and Michele Lupoi, eds. 2001); Gerhard WALTER et Samuel P. BAUMGARTNER, "Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation", 18 *Ritsumeikan Law Review* 169 (2001); Rolf STÜRNER, "Règles Transnationales de Procédure Civile? Quelques Remarques d'un Européen sur un Nouveau Projet Commun de l'American Law Institute et d'UNIDROIT", *Revue internationale de droit comparé* 845 (2000); Rolf STÜRNER, "Some European Remarks on a New Joint Project of The American Law Institute and UNIDROIT", 34 *Int'l Law*. 1071 (2000); Antonio GIDI, "Presentación del Proyecto de Normas Transnacionales del Proceso Civil", 52 *Derecho PUC* 607 (1999); Antonio GIDI, "Normas Transnacionais de Processo Civil", 8 *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 54 (2000); José LEBRE DE FREITAS, "O Anteprojecto Hazard-Taruffo para o Processo dos Litígios Comerciais Internacionais", 2 *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa* 19 (2000); Eduard KUNŠTEK, *Transnacionalna Pravila Gradanskog Postupka*, 21 *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta U Rijeci* 351 (2000); Antonio GIDI, "A apresentação às Normas Transnacionais de Processo Civil", 8 *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA* 40 (2000) [Brazil], également publié dans 52 *Derecho PUC* 593 (1999) [Peru], dans *Roma e America* 335 (2000) [Italy], and in 102 *RePro* 185 (2001) [Brazil]; Gerhard WALTER & Samuel P. BAUMGARTNER, "Improving the Prospects of the Transnational Rules of Civil Procedure Project: Some Thoughts on Purpose and Means of Implementation", 6 *Zeitschrift für Zivilprozeß International* (2000), également publié dans 18 *Ritsumeikan Law Review* 169 (2001); Samuel P. BAUMGARTNER, "Gaining a Worldly Perspective for the World in Our Courts", non publié (disponible auprès de l'ALI); Joaquim-J. Forner DELAYGUA, "El Proyecto del American Law Institute 'Transnational Rules of Civil Procedure': La Cooperación Judicial", 0 *Anuario Español de Derecho Internacional Privado* 275 (2000); Geoffrey C. HAZARD, Jr., "Litigio Civil Sin Fronteras: Armonización y Unificación del Derecho Procesal", 52 *Derecho PUC* 583 (1999); and *idem*, "Civil Litigation Without Frontiers: Harmonization and Unification of Procedural Law", 52 *Derecho PUC* 575 (1999).

Voir aussi Gary BORN, "Critical Observations on the Draft Transnational Rules of Civil Procedure", 33 *Texas International Law Journal*, 387 (1998), Russell J. WEINTRAUB, "Critique of the Hazard-Taruffo Transnational Rules of Civil Procedure", *Ibidem*, 413, J. DOLINGER / C. TIBURCIO, "The Forum Law Rule in International Litigation – Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or lex Diligentiae?", *Ibidem*, 425, G. WALTER / S.P. BAUMGARTNER, "Utility and Feasibility of Transnational Rules of Civil Procedure: Some German and Swiss Reactions to the Hazard-Taruffo Project", *Ibidem*, 463, C.KESSEJJIAN, "First Impression of the Transnational Rules of Civil Procedure from Paris and The Hague", *Ibidem*, 477, G. C. HAZARD, JR., "Transnational Rules of Civil Procedure: Preliminary Draft No. 1", *Ibidem*, 499, M. TARUFFO, "Drafting Rules for Transnational Litigation", *Zeitschrift für Zivilprozess International* 449 (1997), and J. BARCELO III, *supra* note 7, 493.

Berne puis par Stefan Huber de l'Université de Heidelberg ; en japonais par Koichi Miki de l'Université Keio ; en grec par Flora Triantaphyllou ; en français par Frédérique Ferrand de l'Université Jean Moulin (Lyon) et Gabriele Mecarelli, Université Panthéon-Assas Paris II ; en chinois par Chi-Wei Huang et Chen Rong ; en italien par Francesca Cuomo et Valentina Riva, Université de Pavie ; en croate par Eduard Kunštek ; en espagnol par Lorena Bachmaier Winter, Université Complutense de Madrid, Evaluz Cotto de la Puerto Rico University, Franciso Malaga de l'Université Pompeu Fabra, Aníbal Quiroga León de l'Université catholique du Pérou, Horácio Segundo Pinto de l'Université catholique d'Argentine, et Eduardo Oteiza de l'Université nationale de La Plata; et en portugais par le Rapporteur associé Antonio Gidi puis par Cassio Scarpinella Bueno. On espère qu'il y aura d'autres traductions dans d'autres langues à l'avenir.

Les révisions successives des Principes et des Règles ont eu lieu suite aux discussions qui se sont déroulées lors de réunions en différents lieux avec les Conseillers et les Consultants de différents pays, parmi lesquels : Stockholm, Suède; Riga, Lettonie; Athènes, Grèce; Chutes d'Iguassu, Brésil; Buenos Aires, Argentine; Bologne et Rome, Italie; Freiburg et Heidelberg, Allemagne; Barcelone, Espagne; Vancouver, Canada; San Francisco, Boston, Washington, et Philadelphie, Etats-Unis; Vienne, Autriche; Tokyo, Japon; Singapore; Paris et Lyon, France; Mexico, Mexique; Beijing, Chine; Moscou, Russie; et Londres, Royaume-Uni. De nombreux échanges ont également eu lieu par correspondance.¹⁴

Le projet a fait l'objet de discussions approfondies et de critiques constructives à une réunion des procéduralistes français à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) le 27 octobre 2000, à laquelle ont participé notamment les juges Guy Canivet, Jacques Lemontey, et Jean Buffet, et les Professeurs Bernard Audit, Georges Bolard, Loïc Cadiet, Philippe Fouchard, Hélène Gaudemet-Tallon, Serge Guinchard, Catherine Kessedjian, Pierre Mayer, Horatia Muir-Watt, Marie-Laure Niboyet, Jacques Normand, et Claude Reymond.¹⁵

Les 10 et 11 octobre 2001, le projet a été présenté à l'Université Renmin à Beijing à une assemblée large de professeurs de droit, de juges, d'arbitres et d'avocats praticiens. Le 13 octobre 2001, le projet a été présenté pour la deuxième fois à un groupe d'experts japonais. Le 28 février 2002, le projet a été présenté au Centre mexicain de droit uniforme et le 11 mars 2002, à la Faculté de droit de l'UNAM. Les réunions au Mexique ont été organisées par Jorge Sánchez Cordero et Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco. Le 24 mai 2002, le projet a été présenté à Londres, à une conférence organisée par le Professeur Neil Andrews et le British Institute of International and Comparative Law. Le 4 juin 2002, le projet a été présenté à

¹⁴ Au cours des sept années durant lesquelles le projet a été soumis au débat public, les personnes suivantes ont envoyé des commentaires : Lucio Cabrera Acevedo, Ricardo Almeida, Neil Andrews, Mathew Applebaum, Lorena Bachmaier Winter, Joaquim Barbosa, Robert Barker, Samuel Baumgartner, Allen Black, Robert Bone, Bennett Boskey, Ronald Brand, Edward Brown, Stephen Burbank, Robert Byer, Stephen Calkins, Aída Kemelmajer de Carlucci, Robert Casad, Gerhard Casper, Michael Cohen, Edward Cooper, Thomas F. Cope, Marco de Cristofaro, Sheldon Elsen, Enrique Falcón, Frédérique Ferrand, José Lebre de Freitas, Carl Goodman, Stephen Goldstein, Peter Gottwald, Jaime Greif, Trevor Hartley, Lars Heuman, Henry Hoffstot, Jr., Richard Hulbert, J. A. Jolowicz, Mary Kay Kane, Dianna Kempe, Konstantinos Kerameus, Donald King, Faidonas Kozyris, John Leubsdorf, Houston Putnam Lowry, Luigia Maggioni, Richard Marcus, Stephen McEwen, Jr., James McKay, Gabriele Mecarelli, Tony Moussa, Ramón Mullerat-Balmaña, Lawrence Newman, Jacques Normand, Olakunle Olatawura, Ernesto Penalva, Thomas Pfeiffer, Lea Querzola, Hilmar Raeschke-Kessler, William Reynolds, Tom Rowe, Amos Shapira, Patricia Shaughnessy, Michael Stamp, Hans Rudolf Steiner, Louise Teitz, Laurel Terry, Natalie Thingelstad, Julius Towers, Spyros Vrellis, Janet Walker, Gerhard Walter, Garry Watson, Jack Weinstein, Ralph Whitten, Des Williams, Diane Wood, Pelayia Yessiou-Faltsi, Rodrigo Zamora, Joachim Zekoll, et d'autres encore.

¹⁵ Voir *Vers un Procès Civil Universel? Les Règles Transnationales de Procédure Civile de l'American Law Institute* (Philippe Fouchard ed., 2001).

Moscou, à l'Institut étatique de Moscou des Relations internationales (MGIMO) lors d'une conférence organisée par le Professeur Sergei Lebedev et Roswell Perkins.¹⁶

Durant l'été 2003, le projet a été présenté les 16 et 17 mai à Bologne, Italie lors d'une Conférence organisée par le Professeur Federico Carpi; le 29 mai, à Athènes, Grèce, à une Conférence organisée par le Professeur Konstantinos Kerameus; le 3 juin à Stockholm, Suède, à une Conférence organisée par la Professeure Patricia Shaughnessy; le 6 juin à Riga, Lettonie, à une Conférence organisée par le Professeur John Burke; le 10 juin, à Heidelberg, Allemagne, à une Conférence organisée par le Professeur Thomas Pfeiffer; le 12 juin à Lyon, France, à une Conférence organisée par la Professeure Frédérique Ferrand; le 9 août aux Chutes d'Iguassu, à une Conférence organisée par les Professeurs Luiz Rodrigues Wambier et Teresa Arruda Alvim Wambier; et le 14 août, à Buenos Aires, à une Conférence organisée par les Professeurs Roberto Berizonce et Eduardo Oteiza, et la Juge Aída Kemelmajer de Carlucci.

Nous espérons que ce dialogue permanent aura permis de mieux comprendre les Principes et les Règles, et les aura rendus plus acceptables tant par les pays de common law que par les pays de droit civil.

¹⁶ 15 MOSCOW JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 252 (2002).

PRINCIPES ALI-UNIDROIT DE PROCEDURE CIVILE TRANSNATIONALE

(avec commentaires)

Champ d'application et transposition en droit interne

Les présents Principes sont destinés au règlement des litiges transnationaux en matière commerciale. Ils peuvent être également appropriés pour la solution de la plupart des autres litiges de nature civile et peuvent constituer le fondement de futures réformes des règles nationales de procédure.

Commentaire :

P-A Un système national souhaitant transposer les présents Principes peut le faire par un acte normatif, tel qu'une loi ou un ensemble de règles, ou un traité international. La loi du for peut décider que certaines catégories de litiges seront exclues du champ d'application des présents Principes, ou décider que l'application de ces derniers sera étendue à d'autres litiges civils. Les tribunaux peuvent adapter leur pratique aux présents Principes, en particulier si les parties à l'instance y sont favorables. Par ailleurs, les Principes fixent des *standards* permettant la reconnaissance, dans l'État du for, des jugements étrangers. V. le Principe 30. Les règles de procédure du for sont appliquées dans les litiges non soumis aux présents Principes.

P-B L'acte transposant les présents Principes pourra préciser les notions de « commercial » ou de « transnational », en prenant nécessairement en compte les traditions juridiques ainsi que la terminologie nationales. La notion d'opérations commerciales transnationales peut inclure les contrats commerciaux conclus entre ressortissants de différents États ou conclus, dans un État, entre un ressortissant national et un autre, d'un État étranger. De telles opérations commerciales peuvent inclure les ventes, les baux, les emprunts, les investissements, les acquisitions, les opérations bancaires, les sûretés, les droits réels, la propriété intellectuelle ou toutes autres opérations commerciales ou financières, mais non nécessairement le droit de la consommation.

P-C Un différend ne peut être considéré comme transnational lorsqu'il concerne uniquement un État et des parties ressortissantes de ce même État. Pour les besoins de ces Principes, une personne physique est considérée comme ressortissante d'un État en raison de sa nationalité ou de sa résidence habituelle. Une personne morale (société commerciale, une association ou tout autre personne morale ou entité ayant capacité à agir) sont réputées être ressortissantes de l'État où elles ont été immatriculées et de celui où se trouve leur centre principal d'activités.

P-D Dans les litiges qui concernent une pluralité de parties ou de demandes, parmi lesquelles certaines ne relèveraient pas du champ d'application des présents Principes, ces derniers peuvent être néanmoins appliqués lorsque le tribunal considère que l'objet principal du litige relève de leur champ d'application. Toutefois, les Principes ne sont pas applicables, sans modifications, aux actions qui concernent un intérêt collectif, telles que les *class actions*, ou les actions en représentation conjointe, ou aux procédures collectives.

P-E Ces Principes sont également applicables aux procédures d'arbitrage international, sauf incompatibilité avec de telles procédures (comme par exemple, en ce qui concerne les Principes relatifs à la compétence, la publicité du procès et aux voies de recours).

1. Indépendance, impartialité et qualification du tribunal et de ses membres

1.1 Le tribunal et ses membres doivent disposer d'une indépendance leur permettant de résoudre le différend au regard des faits et des moyens de droit. Le tribunal doit être exempt d'influences intérieures et extérieures injustifiées.

1.2 Les juges bénéficient d'une permanence raisonnable. Les membres non professionnels du tribunal doivent être nommés à l'issue d'une procédure qui garantit leur indépendance par rapport aux parties, au litige et à toute personne intéressée au litige.

1.3 Le tribunal doit être impartial. Un juge ou toute personne ayant le pouvoir de prendre une décision ne doit pas participer aux activités du tribunal, dès lors qu'il existe des motifs raisonnables de mettre en doute son impartialité. Le droit du for doit prévoir des moyens équitables et efficaces pour contester l'impartialité.

1.4 Ni le tribunal ni le juge ne doivent accepter les communications relatives au litige faites par une partie en l'absence des autres parties, à l'exception des communications concernant une procédure non contradictoire ou la gestion ordinaire de l'instance. Si une telle communication a lieu, la partie absente doit être promptement informée du contenu de celle-ci.

1.5 Le tribunal doit avoir des connaissances juridiques solides et de l'expérience.

Commentaire :

P-1A L'indépendance doit être considérée comme une notion plus objective, et l'impartialité comme plus subjective, mais les deux qualités sont étroitement liées.

P-1B Des influences extérieures peuvent être exercées par des membres du pouvoir exécutif ou législatif ; les influences internes peuvent provenir d'autres membres du pouvoir judiciaire.

P-1C Ce Principe reconnaît que les juges exercent leurs fonctions pendant une longue période, et généralement pendant toute leur carrière. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les juges bénéficient d'une expérience préalable en tant qu'avocats et certains magistrats sont nommés pour une courte période. Un des objectifs de ces Principes est d'éviter la création de tribunaux *ad hoc*. Le terme « juge » désigne tout magistrat judiciaire ou quasi-judiciaire, selon la loi du for.

P1-D Même si l'existence d'une procédure permettant de contester l'impartialité du juge n'est nécessaire que dans des circonstances exceptionnelles, la possibilité d'accéder à une telle procédure renforce la confiance des parties, spécialement lorsqu'elles sont ressortissantes d'un autre État. Toutefois, l'existence d'une telle procédure ne doit pas conduire à des abus, par l'introduction de contestations infondées.

P1-E Le recours à des procédures non contradictoires (procédures *ex parte*) peut être justifié, notamment pour l'obtention de mesures provisoires. Voir les Principes 5.8 et 8. La procédure par défaut est soumise au Principe 15. La gestion de l'instance comprend, par exemple, la fixation du calendrier pour la présentation des éléments de preuve allégués.

P1-F Le Principe 1.5 exige seulement que les juges chargés d'un litige transnational aient des connaissances juridiques. Il n'exige pas qu'ils aient des connaissances spécifiques en droit des affaires ou en droit financier. Toutefois, la connaissance de ces domaines serait souhaitable.

2 Compétence à l'égard des parties

2.1 La compétence du tribunal peut s'exercer à l'égard d'une partie

2.1.1 Lorsque les parties décident de soumettre le litige au tribunal ;

2.1.2 Lorsqu'il existe un lien substantiel entre l'État du for et la partie, l'opération ou les circonstances du litige. Un tel lien existe lorsqu'une partie essentielle de l'opération ou des circonstances du litige s'est réalisée dans l'État du for, lorsque le défendeur a sa résidence habituelle, s'il s'agit d'une personne physique, ou bien le centre principal de ses activités ou le lieu où il a été immatriculé dans l'État du for, s'il s'agit d'une personne morale. Ce lien existe également si les biens qui font l'objet du litige sont situés dans l'État du for.

2.2 La compétence peut être étendue si aucune autre juridiction étrangère n'apparaît raisonnablement compétente

2.2.1 A l'égard d'un défendeur qui se trouve dans l'État du for ou qui a la nationalité de ce dernier

2.2.2 En cas de situation d'un bien du défendeur dans l'État du for, que le litige porte ou non sur ce bien ; dans ce cas, la compétence du tribunal doit être limitée à ce bien ou à sa valeur.

2.3 Des mesures provisoires peuvent être prononcées à l'encontre d'une personne ou de biens situés dans l'État du for, même si les tribunaux d'un autre État sont compétents pour connaître du litige.

2.4 Le tribunal saisi décline généralement sa compétence en présence d'une clause attributive de juridiction par laquelle les parties reconnaissent compétence exclusive à un autre tribunal.

2.5 Le tribunal peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, lorsqu'il apparaît que la compétence du tribunal serait manifestement inadéquate et que la compétence d'un autre tribunal serait plus appropriée.

2.6 Le tribunal décline sa compétence ou surseoit à statuer, si le litige est pendant devant les juridictions compétentes d'un autre État, à moins qu'il n'apparaisse que le litige ne sera pas équitablement, efficacement et rapidement tranché devant ces juridictions.

Commentaire :

P-2A Sous réserve des règles de compétence prévues par la loi du for ou par le droit international, généralement le tribunal peut être compétent en vertu de l'accord des parties. Un tribunal ne peut se déclarer compétent sur le fondement d'un consentement tacite des parties sans donner à celles-ci une possibilité équitable de contester cette compétence. A défaut d'accord des parties, et dans le respect de la volonté des parties de considérer qu'un autre tribunal ou un autre pays auront une compétence exclusive, un tribunal est compétent uniquement s'il existe un lien substantiel entre le litige et le for, selon les dispositions du Principe 2.1.2.

P-2B Le principe du « lien substantiel » est généralement accepté dans le contentieux transnational. La mise en œuvre de ce standard implique nécessairement des considérations de nature pratique et une certaine retenue de la part du tribunal. Ce principe exclut la simple présence physique, appelée familièrement aux États-Unis la « *tag jurisdiction* ». Bien que fondé d'un point de vue historique dans la fédération américaine, le critère de la simple présence physique est inadapté au contentieux international moderne. Le concept de « lien substantiel »

peut être précisé et dégagé à partir du droit conventionnel et de la loi nationale. La portée de cette expression peut ne pas être la même dans tous les systèmes. Toutefois, ce concept ne peut justifier que la compétence du tribunal soit fondée sur des relations d'affaires non liées à l'opération ou encore aux circonstances du litige.

P-2C Le Principe 2.2 couvre le concept de « *forum necessitatis* »- le for nécessaire- selon lequel le tribunal peut se considérer compétent lorsque aucun autre tribunal n'est accessible.

P-2D Le Principe 2.3 reconnaît qu'un État peut étendre la compétence de ses tribunaux par la saisie de biens situés sur son territoire, par exemple pour garantir l'efficacité d'un éventuel jugement, même lorsque la propriété de ces biens ne constitue pas l'objet du différend. La procédure est dans ce cas appelée « *quasi in rem jurisdiction* » dans certains systèmes juridiques. Le Principe 2.3 envisage que, dans ce cas, le fond du litige puisse être tranché par un autre tribunal. La question de la localisation des bien immatériels est soumise à la loi du for.

P-2E Les clauses attributives de juridiction ainsi que les clauses compromissaires doivent en principe être respectées.

P-2F Le concept reconnu dans le Principe 2.5 est comparable à la règle du *forum non conveniens* des pays de *common law*. Dans certains systèmes de droit civil, le concept tend à prévenir les abus de procédure fondés sur la compétence. La volonté de rendre ce Principe efficace peut aboutir à la suspension de l'instance dans le for, par égards envers un autre tribunal. L'existence d'un tribunal plus approprié est nécessaire à l'application de ce Principe. Ce Principe doit être interprété à la lumière du principe de l'égalité procédurale des parties, qui interdit tout type de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence. Voir principe 3.2.

P-2G Pour les délais et la portée des mécanismes permettant de suspendre d'autres procédures, comme la litispendance, voir les Principes 10.2 et 28.1.

3 Égalité procédurale des parties

3.1 Le tribunal assure aux parties, en demande et en défense, les mêmes garanties procédurales.

3.2 Ce droit s'oppose à toute discrimination non justifiée, de quelque sorte que ce soit, et notamment sur le fondement de leur nationalité ou de leur résidence. Le tribunal prend en compte les difficultés rencontrées par une partie étrangère pour pouvoir participer au procès.

3.3 Aucune caution ou garantie des frais de procédure ou, en cas d'une demande de mesures provisoires, dans l'éventualité où elle serait condamnée au fond, ne doit être exigée d'une personne sur le seul fondement de sa nationalité étrangère ou de son absence de résidence habituelle dans l'État du for.

3.4 Dans la mesure du possible, les règles de compétence territoriale ne doivent pas imposer à la partie n'ayant pas sa résidence habituelle dans l'État du for des frais déraisonnables pour accéder au tribunal.

Commentaire :

P-3A Le terme « raisonnable » est utilisé à plusieurs reprises dans les Principes, dans le sens, selon le contexte, de « proportionnel », « significatif », « non excessif », ou « équitable ». Il peut aussi être employé par opposition à « arbitraire ». La référence au concept de raisonnable s'oppose aussi à une interprétation trop technique et reconnaît une marge de discrétion au tribunal, afin d'éviter une application trop stricte, excessive et déraisonnable des règles de procédure.

P-3B Les discriminations interdites peuvent se fonder sur la nationalité, le sexe, la race, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, les origines nationales ou sociales, la naissance ou tout autre état, les orientations sexuelles, ou l'appartenance à une minorité nationale. Toute forme de discrimination est interdite, mais les discriminations fondées sur la nationalité ou le lieu de résidence représentent un point particulièrement sensible dans le contentieux transnational.

P-3C Une protection particulière doit être assurée à une partie, telle qu'un mineur, n'ayant pas une pleine capacité juridique, pour la protection de ses intérêts, comme la nomination d'un tuteur ou d'un curateur. De telles mesures de protection ne peuvent être imposées de façon abusive à une partie étrangère.

P-3D Certains systèmes juridiques exigent qu'une personne fournisse une caution, ou une garantie en cas de demande de mesures provisoires, dans l'éventualité où elle serait condamnée au fond, pour garantir l'entier dédommagement pour les éventuels préjudices subis par l'autre partie. D'autres, au contraire, n'exigent pas de telles cautions ou garanties, ou les interdisent, par des dispositions constitutionnelles concernant l'accès à la justice ou l'égalité des parties. Le Principe 3.3 constitue un compromis entre ces deux positions, sans pour autant modifier, sur ce point, la loi du for. Toutefois, l'obligation pour une partie étrangère ou n'ayant pas sa résidence habituelle dans l'État du for de fournir une caution ou une garantie, dans le cas de mesures provisoires ou conservatoires, doit être appréciée selon les mêmes principes généraux.

P-3E Les règles nationales de compétence territoriale prennent en compte des considérations relatives à la facilité d'accès au tribunal à l'intérieur du pays. Elles devraient être appliquées à la lumière du principe de la facilité d'accès au tribunal prévue par le Principe 3.4. Une règle de compétence qui imposerait des difficultés essentielles pour l'accès au tribunal à l'intérieur de l'État du for ne devrait pas être appliquée dès lors qu'il existe un autre tribunal dont l'accès serait plus aisé ; de même, le procès devrait être transféré dans l'État du for dès lors que les règles de compétence désignent un tribunal dont l'accès est particulièrement difficile.

4 Droit pour les parties d'être assistées par un avocat

4.1 Chaque partie a le droit d'être assistée par un avocat de son choix. Elle doit pouvoir être représentée par un avocat admis à exercer dans l'État du for et assistée activement par un avocat exerçant ailleurs.

4.2 L'indépendance professionnelle de l'avocat doit être respectée. L'avocat doit être mis en mesure de respecter son devoir de loyauté envers son client et la confidentialité de ses échanges avec ce dernier.

Commentaire :

P-4A La loi du for peut exiger que l'avocat représentant une partie soit admis à exercer dans l'État du for, et interdire, si tel n'est pas le cas, que la partie puisse être représentée par lui. Toutefois, une partie devrait pouvoir être assistée par un autre avocat (et plus particulièrement par son avocat habituel) qui devrait être autorisé à assister et à participer activement à toutes les audiences.

P-4B Un avocat admis à exercer dans le pays d'une des parties n'est pas autorisé par ces Principes à représenter seul cette partie devant les tribunaux étrangers. Cette question est soumise à la loi du for ; toutefois, l'avocat étranger doit au moins être autorisé à assister aux audiences et à s'adresser, de façon informelle, au tribunal.

P-4C Les relations entre l’avocat et son client sont généralement soumises à la loi du for, y compris le choix des règles de droit applicables.

P-4D Les principes relatifs à la déontologie varient quelque peu selon les différents pays. Toutefois, tous les pays devraient reconnaître que les avocats, lors de l’exercice indépendant de leur mission, sont tenus à la défense des intérêts de leurs clients et à la protection du secret de la confidentialité des informations obtenus par eux.

5 Notification et droit d’être entendu

5.1 L’acte introductif d’instance doit faire l’objet d’une notification à toutes les parties qui ne sont pas demandeurs. Cette notification initiale doit être effectuée par des moyens raisonnablement efficaces et contenir une copie de la demande introductive d’instance, ou comprendre sous quelque autre forme les allégations du demandeur ainsi que la solution requise. Une partie à l’encontre de laquelle une prétention est formulée doit être informée des moyens qui lui sont offerts pour répondre, ainsi que de la possibilité que soit rendu un jugement par défaut s’il s’abstient de répondre dans les délais requis.

5.2 La notification des documents précisés dans le Principe 5.1 doit être faite dans la langue de l’État du for ou bien dans une langue de l’État dans lequel le destinataire, s’il est une personne physique, a sa résidence habituelle ou, s’il est une personne morale, a le centre principal de ses activités ou bien encore dans la langue dans laquelle les principaux documents de l’opération litigieuse sont rédigés. Le défendeur et les autres parties doivent notifier leurs réponses et autres explications et requêtes dans la langue du procès, selon les dispositions du Principe 6.

5.3 Les parties reçoivent, au cours du procès, notification dans un bref délai de tous les actes des autres parties, ainsi que des décisions du tribunal.

5.4 Les parties ont le droit d’alléguer les faits et les moyens de droit pertinents, ainsi que de présenter des éléments de preuve.

5.5 Chaque partie doit avoir la possibilité, de façon équitable et dans un délai raisonnable, de répondre aux moyens de fait et de droit et aux preuves présentées par la partie adverse, ainsi qu’aux ordonnances et suggestions du tribunal.

5.6 Le tribunal doit prendre en considération tous les moyens de fait et de droit qui sont invoqués par les parties, et répondre à ceux qui sont essentiels.

5.7 Les parties ont le droit, d’un commun accord et avec l’autorisation du tribunal, d’avoir recours à des moyens rapides de communication tels que les moyens de télécommunication.

5.8 Une ordonnance affectant les intérêts d’une partie sans que celle-ci en ait reçu préalablement notification ne peut être rendue et exécutée que sur preuve d’une nécessité urgente et après considération des exigences d’équité. Une ordonnance rendue *ex parte* doit être proportionnelle aux intérêts dont le requérant demande la protection. Dès que possible, la partie doit recevoir notification de l’ordonnance ainsi que de ses motifs, afin qu’elle puisse la déférer au tribunal pour qu’il la réexamine dans sa totalité dans un délai bref.

Commentaire :

P-5A Les procédures de notification varient quelque peu selon les systèmes juridiques. Par exemple, dans certains systèmes le tribunal a la charge de procéder à la notification, y compris de l’acte introductif d’instance, alors que dans d’autres pays cette obligation incombe

aux parties. Les modalités techniques requises par le droit du for doivent être respectées, afin de fournir une notification précise.

P-5B La possibilité qu'un jugement par défaut puisse être rendu revêt une importance particulière dans le contentieux international.

P-5C Le droit pour une partie d'être informée des moyens de fait et de droit de son adversaire est en accord avec les devoirs du tribunal, tels que définis au Principe 22.

P-5D Selon le Principe 5.5, les parties devraient notifier rapidement les éléments de faits sur lesquels reposent leurs demandes et défenses, ainsi que les règles de droit qui seront invoquées, afin que leur adversaire puisse préparer sa défense.

P-5E Le standard défini dans le Principe 5.6 n'exige pas que le tribunal prenne en considération des moyens de faits et de droit déjà appréciés dans une phase précédente de la procédure ou non nécessaires à la solution du litige. Voir le Principe 23, qui exige que la décision écrite soit accompagnée d'une motivation en fait et en droit.

P-5F Le droit du for peut prévoir l'emploi de moyens rapides de communication, sans que l'accord des parties, ou un ordre spécial du tribunal soit nécessaire.

P5-F Le Principe 5.8 autorise le recours à des procédures *ex parte*, telle qu'une ordonnance ou une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier dans la première phase de l'instance. L'efficacité de ces mesures dépend souvent de la possibilité de les exécuter sans notification préalable. La partie à l'encontre de laquelle une telle mesure a été ordonnée doit en être rapidement informée, pouvoir être immédiatement entendue et pouvoir la faire réexaminer en fait et en droit. Une procédure *ex parte* doit être conduite conformément au Principe 8. Voir les Principes 1.4 et 8.

6 Langue de la procédure

6.1 La procédure doit être conduite généralement dans la langue du tribunal ; il en va de même des documents présentés et des communications orales.

6.2 Le tribunal peut autoriser l'emploi d'autres langues pour toute ou partie de la procédure à condition qu'il ne soit causé de grief à aucune des parties.

6.3 Une traduction doit être prévue lorsqu'une partie ou un témoin ne parle pas suffisamment la langue dans laquelle se déroule la procédure. La traduction de documents longs ou volumineux peut être limitée à des passages sélectionnés par les parties ou choisies par le tribunal.

Commentaire :

P-6A Le tribunal doit conduire le procès dans une langue qu'il maîtrise couramment. Il s'agira généralement de la langue de l'État où il siège. Toutefois, si le tribunal et les parties parlent une langue étrangère, elles peuvent choisir, ou le tribunal peut ordonner l'usage de cette langue pour tout ou partie du procès. Cela peut concerner l'examen par le tribunal d'un document particulier ou l'audition d'un témoin dans sa langue maternelle.

P-6B Souvent, lors d'un litige transnational, les témoins et les experts ne parlent pas la langue dans laquelle la procédure se déroule. Dans un tel cas, la traduction est nécessaire au tribunal et aux autres parties. Les témoignages peuvent être présentés par écrit à l'aide d'un traducteur, dont la partie qui a présenté le témoignage prend en charge les honoraires, à moins que le tribunal n'en décide autrement. Ou bien le témoin peut être interrogé au moment de sa déposition, sur accord des parties ou sur ordre du tribunal. La déposition peut alors être traduite et soumise au tribunal lors de l'audience.

7 Célérité de la justice

7.1 Le tribunal tranche le litige dans un délai raisonnable.

7.2 A cette fin, les parties doivent coopérer avec le tribunal et ont le droit d'être raisonnablement consultées pour l'établissement du calendrier de la procédure. Les règles de procédure et les ordonnances du tribunal peuvent fixer le calendrier prévisionnel et impartir des délais; des sanctions peuvent être prévues à l'encontre des parties ou de leurs avocats qui, sans motif légitime, ne respecteraient pas de telles obligations.

Commentaire :

P-7A Dans tous les systèmes juridiques le tribunal a le devoir d'avancer vers la solution du différend. Ce principe est généralement évoqué par la formule : « *justice delayed is justice denied* ». Certains systèmes prévoient un calendrier précisant les différentes étapes de la procédure.

P-7B La possibilité de pouvoir obtenir rapidement une décision judiciaire est un aspect de l'accès à la justice ; il est aussi considéré comme un droit fondamental ; il doit toutefois être compatible avec le droit pour une partie de pouvoir organiser et présenter sa défense.

8 Mesures provisoires et conservatoires

8.1 Le tribunal peut accorder une mesure provisoire lorsque cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de la décision à intervenir, ou pour protéger ou régler la situation présente. La mesure provisoire est prononcée dans le respect du principe de proportionnalité.

8.2 Un tribunal peut accorder une mesure provisoire sans notification préalable uniquement si l'urgence et de prépondérantes raisons d'équité l'exigent. Le demandeur doit communiquer tous les éléments de faits et moyens de droit que le juge doit équitablement prendre en considération. Une personne à l'encontre de laquelle une telle ordonnance *ex parte* a été rendue doit pouvoir contester dans les délais les plus brefs possibles le bien-fondé de l'ordonnance.

8.3 Le requérant qui a sollicité du juge l'octroi d'une mesure provisoire est tenu d'indemniser l'adversaire contre lequel a été rendue l'ordonnance si le tribunal considère par la suite que l'ordonnance n'était pas fondée. Lorsque cela lui paraît nécessaire, le tribunal peut exiger du requérant qu'il dépose une garantie ou qu'il assume de façon formelle une telle obligation d'indemnisation.

Commentaire :

P-8A L'expression « mesure provisoire » inclut le concept d' « ordonnance », ou d' « *injunction* », à savoir l'ordre du tribunal de faire ou de ne pas faire, comme par exemple, l'obligation de préserver la propriété du bien en l'état. Le Principe 8.1 autorise ainsi les ordonnances de faire (qui exigent l'accomplissement d'un acte) ou de ne pas faire (qui interdisent un acte spécifique ou une série d'actions). Cette expression est utilisée dans une acception large, qui inclut les saisies-arrêt et les saisies conservatoires, et toute autre directive du tribunal. L'expression « régler », inclut la possibilité d'améliorer le différend sous-jacent. C'est le cas par exemple des mesures de gestion d'une société pendant l'instance qui oppose deux associés. La possibilité, pour le tribunal, d'accorder des mesures telles que les saisies, s'apprécie d'après le droit du for ainsi que les principes de droit international applicable. Le tribunal peut accorder des mesures provisoires pour faciliter le déroulement d'une procédure arbitrale, ou

pour faire exécuter une mesure provisoire accordée par un arbitre, ou exiger que la partie visée par l'ordonnance communique la localisation et la composition de son patrimoine.

P-8B Les Principes 5.8 et 8.2 autorisent le tribunal à rendre une ordonnance sans notification préalable à la personne contre laquelle celle-ci a été rendue, lorsqu'une « nécessité urgente » l'exige. Cette « nécessité urgente », qui constitue la justification des ordonnances *ex parte*, est un concept qui est utilisé dans une acception concrète, tout comme celui de la prépondérance de considérations d'équité. Cette dernière expression correspond, dans le langage des pays de *common law*, au concept de « *balance of equities* ». L'appréciation des éléments d'équité doit prendre en compte le poids des arguments du demandeur, l'intérêt public le cas échéant, l'urgence du besoin d'une protection provisoire, et les charges pratiques qui découleraient de l'octroi d'une telle mesure. Une telle ordonnance est généralement connue sous le nom d'ordonnance *ex parte*. Voir le Principe 1.4.

P-8C Lors de l'examen de la demande d'une partie, qui sollicite l'octroi d'une mesure *ex parte*, le tribunal est appelé à apprécier si le demandeur a, de façon raisonnable et spécifique, démontré qu'une telle mesure est sollicitée pour prévenir un dommage irréparable dans la situation faisant l'objet du litige, et qu'il serait imprudent que le tribunal entende le défendeur avant de l'octroyer. C'est à la partie qui sollicite la délivrance d'une ordonnance sur requête de prouver que de telles conditions sont réunies. Toutefois, dès que possible, l'autre partie ou la personne à l'encontre de laquelle l'ordonnance a été délivrée doit recevoir une notification de l'ordonnance et avoir la possibilité d'exiger le réexamen dans un bref délai de la mesure accordée, ainsi que la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve. Voir le Principe 8.2.

P-8D Les règles de procédure exigent généralement que la partie qui sollicite la délivrance d'une mesure *ex parte* fournisse au tribunal tous les éléments de droit et de fait sur lesquelles elle fonde sa demande, que le tribunal prendra en compte, y compris les éléments qui ne soutiennent pas ses intérêts et qui sont favorables à son adversaire. Le défaut de communiquer ces éléments constitue un motif valable pour refuser la délivrance d'une telle mesure et pour engager la responsabilité de la partie requérante. Dans certains systèmes, le fait pour le tribunal d'accorder des dommages-intérêts en raison d'une ordonnance rendue de façon infondée ne reflète pas nécessairement la solution du litige au fond.

P8-E Après avoir entendu les intéressés, le tribunal peut accorder, annuler, renouveler, ou modifier une ordonnance. Si le tribunal a refusé de délivrer une ordonnance *ex parte*, il peut néanmoins délivrer une ordonnance à l'issue d'une audience. Si le tribunal a préalablement délivré une ordonnance *ex parte*, il peut renouveler ou modifier son ordonnance à la lumière des arguments développés lors de l'audience. La charge de prouver que l'ordonnance est justifiée repose sur la partie qui la sollicite.

P-8F Le Principe 8.3 autorise le tribunal à exiger le dépôt d'une garantie ou toute autre indemnisation, pour garantir les troubles ou le préjudice découlant d'une ordonnance. Les détails d'une telle indemnisation devraient être déterminés par la loi du for. Une telle obligation d'indemniser devrait être expresse et non simplement présumée, et pourrait être formalisée par un cautionnement accordé par un tiers.

P8-G À l'encontre d'une ordonnance délivrée selon ce Principe, il est possible de présenter, dans certains systèmes juridiques, un appel immédiat, selon les règles de procédure du for. Dans certains pays, une telle ordonnance a une durée limitée et son réexamen doit être effectué par le tribunal de première instance, avant un éventuel recours en appel. La garantie de la possibilité d'un réexamen est particulièrement nécessaire lorsqu'il s'agit d'une mesure *ex parte*. L'appel, devant la juridiction de deuxième degré, se déroule de façon différente suivant

les systèmes juridiques. Toutefois, il faudrait aussi tenir compte du fait qu'un tel réexamen peut entraîner une perte de temps ou des abus de procédure.

9 Déroulement du procès

9.1 Le procès est normalement organisé en trois phases: la phase introductive, la phase intermédiaire et la phase finale.

9.2 Lors de la phase introductive, les parties doivent présenter dans les écritures leurs demandes, défenses et autres affirmations et faire état de leurs principaux éléments de preuve.

9.3 Dans la phase intermédiaire, le tribunal, si nécessaire

9.3.1 Détermine, lors de conférences, le déroulement de la procédure ;

9.3.2 Établit le calendrier de déroulement de la procédure ;

9.3.3 Apprécie les questions qui se prêtent à un examen préalable, telles que les questions de compétence, de mesures provisoires ou de prescription ;

9.3.4 Apprécie les questions d'accessibilité, d'admission, de communication et d'échange des moyens de preuve ;

9.3.5 Identifie les questions pouvant faire l'objet d'une décision préalable ;

9.3.6 Ordonne l'administration de la preuve.

9.4 Lors de la phase finale, les éléments de preuve qui n'ont pas encore été communiqués au tribunal selon les modalités du Principe 9.3.6 sont généralement présentés dans une audience finale concentrée au cours de laquelle les parties présentent leurs conclusions finales.

Commentaire :

P-9A La notion de « déroulement » d'une procédure doit faire l'objet d'une application souple en fonction de la nature de chaque espèce. Ainsi par exemple, si cela est utile, le juge a le pouvoir discrétionnaire de tenir une conférence lors de la phase introductive et d'en tenir plusieurs au fur et à mesure de la progression de l'affaire.

P-9B Un calendrier méthodique facilite le déroulement rapide du litige. Un dialogue entre le tribunal et les avocats des parties facilite l'adoption d'un calendrier concret et des auditions méthodiques. Voir Principe 14.2 et Commentaire *P-14A*.

P-9C Traditionnellement, les juridictions des pays de droit civil avaient recours à une suite de courtes audiences, alors que celles des pays de *common law* organisaient la procédure avec une audience « finale ». Cependant, dans la pratique moderne, les tribunaux des deux systèmes de droit organisent des audiences préliminaires, et les systèmes de droit civil ont de plus en plus recours à une audience finale concentrée pour la plupart des moyens de preuve concernant le bien fondé de la demande.

P-9D Dans les systèmes de *common law*, une procédure permettant de parvenir à des solutions préalables est la requête de « *summary judgment* », qui peut concerner des questions purement factuelles ou juridiques. Les tribunaux de droit civil connaissent des procédures similaires, lors de la phase intermédiaire.

P-9E Dans la plupart des systèmes l'exception d'incompétence doit être soulevée par la partie concernée, au début de l'instance, sous peine de forclusion. Il est important, d'un point

de vue pratique, que dans un litige international les questions de compétence soient soulevées rapidement.

10 Principe dispositif

10.1 L'instance est introduite par la demande d'un plaideur ; le tribunal ne peut se saisir d'office.

10.2 Le dépôt de la demande auprès du tribunal constitue le moment déterminant le calcul des délais de prescription, la litispendance et les autres délais.

10.3 L'objet du litige est déterminé par les demandes et défenses des parties, telles que présentées dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions en défense, y compris dans les modifications qui leur sont apportées.

10.4 Si elle justifie de motifs sérieux, une partie a le droit de modifier ses demandes ou défenses, en le notifiant aux autres parties. Cette modification ne doit pas retarder de façon déraisonnable la procédure ni avoir pour conséquence quelque autre injustice.

10.5 Les parties ont le droit de mettre volontairement un terme à l'instance ou de la modifier, par désistement, acquiescement, admission, ou accord amiable. Une partie ne peut mettre unilatéralement un terme à son action ou la modifier si cela cause un préjudice à son adversaire.

Commentaire :

P-10A Tous les systèmes juridiques modernes reconnaissent le principe selon lequel ce sont les parties qui définissent le champ du litige et ses éléments factuels. C'est dans le cadre défini par les parties que le tribunal exerce sa responsabilité de statuer correctement sur le litige. Voir Principes 10.3 et 28.2. Les Principes exigent des parties qu'elles fournissent des moyens de fait et de droit détaillés dans leurs conclusions. Voir Principe 11.3. Cette pratique est contraire au système américain du « notice pleading ».

P-10B Tous les systèmes juridiques prévoient une date limite pour l'introduction de l'instance, dans le cadre des règles appelées « *statutes of limitation* » dans les systèmes de *common law* et délais de prescription dans les pays de droit civil. La notification doit être effectuée, ou du moins tentée, dans le délai prévu par le droit du for. La plupart des systèmes permettent aux parties de soulever une exception devant le tribunal, si la notification n'a pas été effectuée dans un tel délai.

P-10C Le droit de modifier ses prétentions est extrêmement limité dans certains systèmes juridiques. Toutefois, et particulièrement dans les litiges transnationaux, il convient d'accorder une certaine flexibilité aux parties, notamment en présence d'éléments de preuve nouveaux ou inattendus. Les conséquences défavorables que le droit de modifier ses prétentions peut avoir sur les autres parties peuvent être évitées ou limitées par un renvoi ou un ajournement; elles peuvent aussi être compensées de façon adéquate par un remboursement de frais et dépens.

P-10D La loi du for peut autoriser le demandeur à introduire une nouvelle demande par modification de la première même si les délais sont expirés (prescription) à condition toutefois que cette nouvelle demande découle substantiellement des mêmes faits que ceux qui fondent la demande initiale.

P-10E La plupart des systèmes ne permettent pas au demandeur de se désister, après la phase initiale, si le défendeur s'y oppose.

11 Devoirs des parties et de leurs avocats

11.1 Les parties et leurs avocats doivent se conduire loyalement dans leurs relations avec le tribunal et les autres parties.

11.2 Les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide. Les parties doivent s'abstenir de tout abus de procédure, comme le fait d'influencer les témoins ou de détruire des éléments de preuve.

11.3 Dans la phase introductive, les parties doivent présenter, de façon raisonnablement détaillée, les faits allégués et les moyens de droit, la mesure demandée, en décrivant de façon suffisamment précise les moyens de preuve disponibles qui les soutiennent. Lorsque des motifs sérieux justifient l'incapacité pour une partie de fournir des détails raisonnables sur les faits qu'elle invoque ou des précisions suffisantes sur ses moyens de preuve, le tribunal prend en considération la possibilité que des faits ou preuves nécessaires soient produits ultérieurement au cours de l'instance.

11.4 En l'absence de contestation en temps utile par une partie d'un moyen soulevé par la partie adverse, le tribunal peut considérer que ledit moyen a été admis ou accepté.

11.5 Les avocats des parties sont tenus professionnellement d'aider leurs clients à respecter leurs obligations procédurales.

Commentaire :

P-11A Une partie ne doit pas formuler de demande, défense, requête, réponse ou toute autre initiative qui ne serait pas susceptible d'être soutenue en fait et en droit. Dans certaines circonstances, l'absence de respect de cette exigence peut être considérée comme un abus de procédure et conduire à des sanctions et amendes à l'encontre de la partie responsable de cette violation. Toutefois, l'obligation de bonne foi n'empêche pas une partie de faire des efforts raisonnables en vue d'étendre un concept existant à des circonstances différentes. Dans certaines situations, une demande ou défense futile ou vexatoire peut être considérée comme un abus envers le tribunal et peut entraîner un jugement par défaut à l'encontre du demandeur ou du défendeur, de même que des sanctions et amendes.

P-11B Le Principe 11.3 exige des parties qu'elle détaillent dans leurs conclusions leurs moyens de fait, contrairement à la procédure de « *notice pleading* » admise dans les Règles fédérales de Procédure civile des États-Unis. L'exigence de « décrire de façon suffisante » consiste généralement dans l'obligation d'identifier les principaux documents sur lesquels se fonde la demande ou la défense, et de présenter de façon synthétique les témoignages attendus. Voir le Principe 16.

P-11C Le fait, pour une partie, de ne pas contester les allégations de la partie adverse permet généralement de considérer qu'elle les admet. Voir aussi le Principe 21.3.

P-11D Il est universellement admis que l'avocat a des responsabilités professionnelles et déontologiques en ce qui concerne les rapports loyaux avec toutes les parties, leurs avocats, les témoins et le tribunal.

12. Jonction d'instance et intervention

12.1 Une partie peut formuler toutes demandes à l'encontre de son adversaire ou d'un tiers soumis à l'autorité du tribunal, à condition que la demande présente un lien substantiel avec l'objet initial du litige.

12.2 Toute personne justifiant d'un intérêt présentant un lien substantiel avec l'objet du litige a la faculté d'intervenir. Le tribunal, d'office ou à la demande d'une partie, peut informer une partie justifiant d'un tel intérêt en l'invitant à intervenir. Une intervention peut être autorisée par le tribunal à moins qu'elle n'ait pour conséquence de retarder ou de compliquer la procédure de façon excessive ou ne cause inéquitablement tout autre préjudice à une partie. La loi du for peut autoriser une intervention en appel.

12.3 Lorsque cela lui paraît justifié, le tribunal peut autoriser une personne à se substituer à une partie ou à continuer l'action en cours d'instance.

12.4 En principe, une partie qui se joint à la procédure bénéficie des mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations de participation et de coopération que les parties initiales. L'étendue de ces droits et obligations peut dépendre du fondement, du moment et des circonstances de l'intervention ou de la jonction d'instances.

12.5 Le tribunal peut ordonner la disjonction de demandes, questions ou parties, ou les joindre à d'autres instances dans un souci d'équité ou afin d'améliorer l'efficacité de l'organisation de la procédure et de la décision, ou encore dans l'intérêt de la justice. Cette compétence s'étend aux parties ou aux demandes qui ne relèvent pas du champ d'application des présents Principes.

Commentaire :

P-12A Le Principe 12.1 reconnaît le droit très large de formuler toute demande possible à l'encontre d'une autre partie, si les prétentions se rapportent à la même opération commerciale ou au même événement.

P-17B Les règles relatives à la compétence à l'égard des tiers sont très variables selon les pays. Dans les pays de droit civil, une prétention valable émanant d'un tiers constitue en soi-même un fondement de compétence, alors que dans certains pays de *common law*, le tiers doit relever de la compétence du tribunal de façon autonome. Le Principe 12.1 exige un fondement autonome de compétence du tribunal.

P-12C Le Principe autorise les jonctions d'instance concernant des parties revendiquant le même bien ; il ne permet ni n'interdit les « *class actions* » (actions de groupe).

P-12D L'invitation à intervenir constitue pour un tiers une opportunité de rejoindre l'instance. Les effets d'un éventuel refus sont régis par la loi du for. Avant d'inviter un tiers à intervenir, le tribunal doit consulter les parties.

P-12E La loi du for est compétente pour régler les questions de remplacement ou d'adjonction d'une partie, au titre du droit matériel ou processuel du for, dans plusieurs circonstances telles que le décès, la cession de créance, la fusion de société, la faillite, la subrogation. La participation peut être accordée de façon limitée, comme par exemple la possibilité de présenter un élément de preuve sans pour autant devenir une partie à part entière.

P-12F En toute hypothèse, le tribunal est habilité à diviser les demandes et questions à traiter ou à les rassembler en fonction de leur objet et des parties concernées.

13. Avis d'un *amicus curiae*

Le tribunal, après consultation des parties, peut accepter de recevoir de tierces personnes des avis écrits relatifs à des questions juridiques importantes du procès et des informations sur le contexte général du litige. Le tribunal peut également solliciter un tel avis. Avant que le tribunal prenne en compte l'avis de l'*amicus curiae*, les

parties doivent avoir la possibilité de soumettre au tribunal leurs observations écrites sur le contenu de cet avis.

Commentaire :

P-13A L'avis d'un *amicus curiae* est un moyen utile par lequel un tiers fournit au tribunal des informations et une analyse juridique qui peuvent faciliter une solution juste et bien fondée du litige. Un tel avis peut émaner d'une personne n'ayant aucun intérêt dans le litige ou au contraire d'une personne plus partisane. Toute personne peut être autorisée à formuler un tel avis, nonobstant l'absence d'un intérêt juridique suffisant pour une intervention en cause. L'avis écrit peut être complété, à la libre appréciation du tribunal, par une présentation orale devant ce dernier.

P-13B Le tribunal apprécie librement si l'avis doit être pris en compte. Il peut exiger que soit énoncé l'intérêt de l'*amicus curiae* proposé. Le tribunal peut refuser qu'un avis soit donné si celui-ci ne facilite matériellement en aucune façon la résolution du litige. Une vigilance doit être exercée afin que le mécanisme de l'*amicus curiae* n'interfère pas avec l'indépendance du tribunal. Voir Principe 1.1. Le tribunal peut inviter un tiers à présenter son avis. L'*amicus curiae* ne devient pas partie au litige ; il est seulement un commentateur actif. Des affirmations de fait contenues dans l'avis de l'*amicus curiae* ne constituent pas des éléments probatoires dans le litige.

P-13C Dans les pays de droit civil, il n'existe pas de pratique établie permettant à des tiers sans intérêt juridique à la solution du litige de participer à la procédure, bien que la jurisprudence de certains pays tels que la France ait développé des institutions similaires. Par voie de conséquence, la plupart des pays de droit civil n'ont aucune pratique admettant la présentation au tribunal d'avis d'*amici curiae*. Néanmoins, un tel avis est un instrument utile, notamment dans les litiges présentant une grande importance publique.

P-13D Le Principe 13 n'autorise pas les tiers à présenter des déclarations écrites relatives à des faits du litige. Il ne concerne que la présentation de données, d'informations sur le contexte général du litige, de remarques, analyses juridiques ou toutes autres considérations pouvant s'avérer utiles en vue d'une solution correcte et équitable du litige. Ainsi par exemple, une organisation commerciale pourrait donner au tribunal des informations sur des usages spéciaux des affaires.

P-13E Les parties doivent bénéficier de la possibilité de soumettre des observations écrites relatives aux questions abordées dans l'avis de l'*amicus curiae*, avant que cet avis puisse être pris en compte par le tribunal.

14. L'office du juge dans la conduite de l'instance

14.1 Le tribunal conduit activement l'instance le plus tôt possible dans la procédure. Il exerce un pouvoir d'appréciation afin de pouvoir mettre fin au litige loyalement, de façon efficace et dans un délai raisonnable. Le caractère transnational du litige doit être pris en compte.

14.2 Dans la limite du raisonnable, le tribunal conduit l'instance en collaboration avec les parties.

14.3 Le tribunal détermine l'ordre dans lequel les questions doivent être traitées et établit un calendrier comprenant dates et délais pour chaque étape de la procédure. Le tribunal peut modifier ces dispositions.

Commentaire :

P-14A De nombreux systèmes juridictionnels possèdent des règles relatives à la direction de l'instance. Voir Principe 7.2. La conduite de l'instance par le tribunal sera plus équitable et efficace si elle se fait après consultation des parties. Voir également le commentaire P-9A.

P-14B Le Principe 14.3 est particulièrement important dans les affaires complexes. En pratique, des calendriers et autres mesures sont moins nécessaires dans les affaires simples; le tribunal doit néanmoins toujours préciser les détails du déroulement de la procédure.

15. Jugement de rejet et jugement par défaut

15.1 Un jugement de rejet est en principe rendu à l'encontre du demandeur qui, sans motif légitime, ne poursuit pas la procédure qu'il a engagée. Avant de prononcer un tel jugement, le tribunal doit raisonnablement en avertir le demandeur.

15.2 Un jugement par défaut est en principe rendu à l'encontre du défendeur ou d'une autre partie qui, sans motif légitime, s'abstient de comparaître ou de répondre dans les délais prescrits.

15.3 Avant de prononcer un jugement par défaut, le tribunal doit vérifier que :

15.3.1 Le tribunal est compétent à l'égard de la partie à l'encontre de laquelle la décision doit être rendue ;

15.3.2 Les règles de notification ont bien été respectées et que la partie a bénéficié d'un délai suffisant pour répondre.

15.3.3 La demande est raisonnablement soutenue par des faits et des preuves disponibles et est juridiquement fondée, y compris une demande en dommages-intérêts ainsi que toute demande en matière de frais de procédure.

15.4 Un jugement par défaut ne peut accorder des sommes supérieures ou prononcer des sanctions plus sévères que ce qui était demandé dans l'acte introductif d'instance.

15.5 Tout jugement de rejet ou par défaut peut faire l'objet d'un appel ou d'un recours en annulation.

15.6 Toute partie qui, de quelque autre manière que ce soit, ne respecte pas son obligation de participer à la procédure peut faire l'objet de sanctions conformément au Principe 17.

Commentaire :

P-15A Un jugement par défaut permet de mettre fin au différend en l'absence de contestation. Il s'agit d'un mécanisme destiné à contraindre une partie à reconnaître l'autorité du tribunal. Si le tribunal n'était pas habilité à rendre un jugement par défaut, un défendeur pourrait échapper à ses responsabilités simplement en s'abstenant de participer au procès et en contestant par la suite la validité du jugement. Le désistement du demandeur, qui s'abstient de poursuivre l'instance, est connu, dans la terminologie des pays de *common law*, comme défaut de poursuite de l'instance (« *failure to prosecute* ») et conduit à une décision de rejet de la demande (« *involuntary dismissal* ») qui est équivalent à un jugement par défaut. Voir les Principes 11.4 et 17.3.

P-15B Une partie qui comparaît après l'expiration des délais prescrits, mais avant le prononcé du jugement, peut être autorisée, en cas d'excuse justifiée, à présenter sa défense, mais le tribunal peut ordonner une compensation des coûts que ce retard a occasionnés à son adversaire. En prenant une telle décision, le tribunal doit prendre en compte les motifs avancés par la partie, qui ont provoqué son défaut de comparution ou son défaut de participation à la procédure après avoir répondu. Ainsi par exemple, une partie peut ne pas avoir participé au procès, faute d'avoir reçu véritablement notification, ou bien parce que son droit national l'a empêchée de comparaître en raison d'une hostilité entre les deux États.

P-15C Avant de prononcer un jugement par défaut, le tribunal doit faire preuve d'une attention particulière, puisque le défendeur aurait pu ne pas recevoir notification de l'instance, ou se méprendre quant à la nécessité de répondre. Plusieurs procédures nationales imposent qu'à défaut de comparution du défendeur, ce dernier reçoive notification de l'intention du tribunal de prononcer un jugement par défaut.

P-15D Lorsque le tribunal apprécie si la demande est raisonnablement soutenue par des preuves disponibles et est juridiquement fondée au sens du Principe 15.3.3, il n'est pas tenu d'examiner de façon exhaustive le fond du litige. Le juge doit simplement décider si un jugement par défaut serait conciliable avec les faits et les preuves disponibles et légalement justifié. Pour ce faire, le juge doit apprécier de façon critique les preuves au soutien de la demande. Le juge peut exiger la production de preuves supplémentaires ou prévoir une audience dédiée à l'examen des éléments probatoires.

P-15E Le Principe 15.4 limite le jugement par défaut au montant et à la sanction demandés dans l'acte introductif d'instance. Dans les systèmes de droit civil, une telle restriction ne fait que reprendre celle, générale, qui est applicable dans tout litige même lorsque toutes les parties comparaissent (prohibition de *l'infra* et de *l'ultra petita*). Dans les systèmes de *common law*, une telle restriction ne s'applique pas dans les procédures où toutes les parties comparaissent ; elle est en revanche reconnue de façon générale en cas de défaut. Cette restriction permet au défendeur de se dispenser des coûts de la défense sans prendre le risque de voir sa responsabilité plus lourdement engagée que cela n'avait été demandé dans l'acte introductif d'instance.

P-15F En vertu du Principe 5.3, le jugement par défaut ou le jugement de rejet doit être signifié sans délai aux parties. Si les conditions permettant au tribunal de prononcer un jugement par défaut ne sont pas réunies, la partie subissant un grief peut former un appel ou demander que le jugement soit infirmé, selon le droit du for. Chaque système prévoit des moyens pour former un recours à l'encontre d'un jugement par défaut délivré en violation des règles en matière de défaut. Dans certains systèmes juridiques, y compris dans la plupart des systèmes de *common law*, un tel recours est d'abord formé devant la juridiction de première instance ; dans d'autres, y compris dans certains systèmes de droit civil, devant la juridiction d'appel. Les présents Principes renvoient sur ce point à la loi du for.

P-15G La partie défaillante doit pouvoir, dans un délai raisonnable, prouver l'absence de notification préalable ou tout autre motif légitime justifiant sa conduite.

16. Accès aux éléments d'information et à la preuve

16.1 Le tribunal et chaque partie ont en règle générale un accès aux preuves pertinentes pour le litige et non couvertes par une obligation de confidentialité. Font partie de ces preuves les déclarations des parties et les déclarations des témoins, le rapport des experts, les preuves documentaires et les preuves qui résultent de l'examen d'objets, de leur placement sous main de justice ou, dans certains cas, de l'examen physique ou mental d'une personne. Les parties ont le droit de présenter des déclarations ayant une valeur probatoire.

16.2 Si une partie en fait la demande en temps utile, le tribunal ordonne la production de toutes preuves pertinentes, non couvertes par des règles de confidentialité et raisonnablement identifiées qui se trouvent en possession ou sous le contrôle d'une partie ou – si cela apparaît nécessaire et justifié – d'un tiers. La production d'un élément de preuve ne peut être écartée au motif qu'elle serait défavorable à une partie ou à la personne requise.

16.3 Afin de faciliter l'accès aux informations, l'avocat d'une partie peut recueillir la déposition spontanée d'un tiers susceptible de témoigner.

16.4 Les parties, les témoins et les experts sont entendus selon les règles de l'État du for. Une partie a le droit de poser directement des questions additionnelles à une autre partie, à un témoin ou à un expert si le juge ou l'adversaire procède à l'audition en premier.

16.5 Une personne qui produit des éléments de preuve dont elle dispose, qu'elle soit partie ou non à l'instance, peut requérir du tribunal qu'il empêche par ordonnance une révélation abusive d'informations confidentielles.

16.6 Le tribunal apprécie librement les éléments de preuve sans tenir compte de façon injustifiée de leur nature ou de leur origine.

Commentaire :

P-16A La preuve « pertinente » est un élément probatoire qui soutient, contredit ou affaiblit une affirmation de fait contestée dans la procédure. Une partie ne doit pas être autorisée à conduire des « *fishing expeditions* » afin de développer un litige qui ne se fonde sur aucun élément ; en revanche, la partie adverse peut se voir enjoindre de produire une preuve qui est sous son contrôle. Les Principes permettent ainsi une « *discovery* » (communication) limitée sous le contrôle du tribunal. Les tiers sont en principe également tenus de coopérer.

P-16B Dans certains systèmes juridiques, les déclarations d'une partie ne sont pas admises comme preuve ou bien se voient accorder une valeur probatoire réduite. Le Principe 16.1 reconnaît aux déclarations des parties la même valeur probatoire potentielle qu'à celles de tous témoins, mais le tribunal, pour apprécier ce mode de preuve, peut prendre en compte les intérêts de la partie dans le litige.

P-16C Au regard du Principe 16.2, la partie demandant la production de pièces peut être tenue de compenser les frais du tiers résultant de cette production.

P-16D Dans certains systèmes juridiques, le fait pour un avocat de communiquer avec un témoin potentiel constitue en principe une violation de règles déontologiques ou procédurales. La violation d'une telle règle est considérée comme « entachant » le témoignage. Toutefois, cette façon de voir peut entraver l'accès à des preuves qui sont admises dans d'autres systèmes juridiques et porter atteinte à une bonne préparation de la production des preuves.

P-16E L'examen physique ou mental d'une personne peut être opportun, s'il est nécessaire et fiable et si sa valeur probatoire excède les effets préjudiciables de l'admission de cette preuve.

P16F Conformément au Principe 16.4, l'audition des parties, des témoins et des experts se déroule selon les règles de l'État du for, l'interrogatoire étant conduit d'abord soit par les parties, soit par le juge. En tout cas, une partie a le droit de poser des questions additionnelles en s'adressant directement à la partie adverse ou au témoin. Le droit d'une partie de poser directement des questions à une partie adverse ou à un témoin qui n'est pas partie à l'instance, est d'importance centrale et est aujourd'hui reconnu dans la plupart des systèmes

juridiques. De façon similaire, une partie doit être admise à poser des questions additionnelles à un témoin (y compris à une partie) qui aurait été initialement interrogé par le tribunal.

P-16G Le Principe 16.6 signifie qu'aucune valeur juridique particulière, qu'elle soit positive ou négative, ne saurait être attribuée à quelque mode de preuve que ce soit (par exemple au témoignage d'un témoin intéressé au litige). Toutefois, ce Principe n'interfère pas avec les lois nationales qui exigent des formes particulières pour certains actes juridiques, telles qu'un écrit pour un contrat portant sur un immeuble.

P-16H Des sanctions peuvent être prononcées en cas de défaut de production d'une preuve apparaissant raisonnablement comme étant sous le contrôle d'une partie ou en sa possession, ou bien en cas d'absence de coopération d'une partie dans l'administration de la preuve telle que requise par les règles de procédure. Voir Principes 17 et 21.3.

P-16I Les problèmes spécifiques d'administration de la preuve concernant les procès avec jury ne sont pas couverts par ces Principes.

17. Sanctions

17.1 Le tribunal peut sanctionner les parties, leurs avocats ou les tiers qui s'abstiennent ou refusent de déférer aux injonctions du tribunal concernant l'instance.

17.2 Les sanctions, qui doivent être raisonnables et proportionnées à l'importance de la question concernée ainsi qu'au dommage causé, tiennent compte de l'étendue de la participation et de l'intention manifeste des personnes impliquées.

17.3 Peuvent être considérées comme des sanctions appropriées à l'encontre des parties : le fait de tirer des conséquences défavorables, le rejet total ou partiel de la demande ou de la défense, le jugement par défaut, la suspension de l'instance, la condamnation aux frais et dépens au delà de celle prévue par les règles normalement applicables. Les sanctions qui peuvent être appropriées à l'encontre de parties ou de tiers comprennent les sanctions pécuniaires telles que les amendes ou les astreintes. Les avocats peuvent notamment se voir condamner aux frais de la procédure.

17.4 Le droit du for peut prévoir des sanctions supplémentaires , telles que la responsabilité pénale d'une partie ou d'un tiers ayant commis une faute grave, par exemple en cas de faux témoignage, de violence ou de tentative d'intimidation.

Commentaire :

P-17A Les sanctions qu'un tribunal est autorisé à prononcer selon la loi du for varient selon les systèmes juridiques. Les présents Principes ne conduisent pas à autoriser des sanctions que la loi du for n'admettrait pas.

P-17B Dans tous les systèmes juridiques, le tribunal peut tirer des conséquences défavorables du défaut d'une partie à faire progresser la procédure ou à répondre de la manière requise. Voir Principe 21.3. Il peut en outre, à titre de sanction supplémentaire, rejeter la demande ou rendre un jugement par défaut. Voir Principes 5.1 et 15. Dans les pays de *common law*, le tribunal peut, dans diverses circonstances, placer une partie ou son avocat sous « *contempt of court* ». Tous les systèmes juridiques prévoient des mesures coercitives directes à l'encontre des parties.

18. Confidentialité et immunité

18.1 En matière de divulgation des preuves ou d'autres informations doivent être respectés le devoir de confidentialité qui incombe aux parties et aux tiers, les immunités dont ils bénéficient ainsi que les autres règles protectrices similaires.

18.2 Lorsqu'il décide de tirer des conséquences défavorables à une partie ou d'imposer d'autres sanctions indirectes, le tribunal vérifie si ces protections peuvent justifier l'absence de production de preuve par cette partie.

18.3 Le tribunal reconnaît ces protections lorsqu'il use de son pouvoir de prononcer des sanctions directes pour imposer à une partie ou un tiers la divulgation de preuves ou d'autres informations.

Commentaire

P-18A Tous les systèmes juridiques reconnaissent divers devoirs de confidentialité et immunités permettant de ne pas être contraint à fournir une preuve : il en va ainsi du droit de ne pas s'auto-incriminer, du secret professionnel, du respect de la vie privée ainsi que des droits des époux ou des membres de la famille d'être dispensés de déposer. De telles règles protègent des intérêts importants, mais elles peuvent faire obstacle à l'établissement des faits. Les bases dogmatiques et techniques de ces protections varient selon les systèmes juridiques, de même que les conséquences légales de la reconnaissance de ces devoirs et immunités. Lors de l'application de telles règles, des difficultés de choix de la loi peuvent se présenter.

P-18B La valeur accordée à différents droits ou devoirs de confidentialité varie selon les systèmes juridiques; la portée de leur invocation peut également varier selon le contexte spécifique du litige. Ces éléments jouent un rôle lorsque le tribunal envisage de tirer des conséquences défavorables de l'absence de production de preuve par une partie.

P-18C Les Principes 18.2 et 18.3 traduisent une distinction entre sanctions directes et sanctions indirectes. Les sanctions directes comprennent les amendes, les astreintes, les *contempts of court* ou l'emprisonnement. Les sanctions indirectes incluent le fait de tirer des conséquences défavorables, le jugement par défaut et le rejet de la demande ou de la défense. Le tribunal apprécie souverainement s'il y a lieu d'imposer des sanctions indirectes à une partie invoquant devoir de confidentialité ou immunité, mais il ne doit en principe pas prononcer de sanctions directes à l'encontre d'une partie ou d'un tiers refusant de divulguer des informations protégées par la confidentialité ou une immunité. Une approche similaire de pesée des intérêts peut être adoptée lorsque des dispositions légales mettent obstacle à la coopération pleine et entière d'une partie ou d'un tiers.

P-18D Dans certains systèmes juridiques, le tribunal ne peut pas reconnaître un droit de confidentialité de sa propre initiative, mais doit seulement y faire droit lorsque la partie en bénéficiant l'invoque. Le tribunal doit suivre toute exigence procédurale de la loi du for qui imposerait que le droit ou devoir de confidentialité soit expressément invoqué. Au regard de telles exigences, un droit de confidentialité ou une immunité qui n'aurait pas été invoqué régulièrement dans les délais requis peut être considéré comme ayant fait l'objet d'une renonciation.

19. Dépositions écrites et orales

19.1 Les conclusions, mémoires et moyens de droit sont en principe présentés initialement par écrit. Les parties peuvent toutefois présenter oralement des moyens supplémentaires sur des questions importantes de fond ou de procédure.

19.2 L'audience finale doit se dérouler devant les juges chargés de rendre le jugement.

19.3 Le tribunal fixe les modalités procédurales pour l'administration des preuves testimoniales. En général, les dépositions des parties et des témoins sont reçues oralement, et les rapports des experts par écrit. Le tribunal peut toutefois exiger,

après avoir consulté les parties, que la déposition initiale des témoins sera consignée dans un écrit qui devra être communiqué aux parties avant l'audience.

19.4 La déposition orale peut être limitée aux questions additionnelles à la déposition écrite d'un témoin ou au rapport d'un expert.

Commentaire :

P-19A Traditionnellement, tous les systèmes juridiques recevaient les témoignages sous forme orale. La pratique moderne a toutefois tendance à remplacer le témoignage principal d'un témoin par une déclaration écrite. Le Principe 19 permet une souplesse sur ce point. Il envisage que le témoignage puisse être présenté initialement sous forme écrite, la phase orale débutant par les questions additionnelles du tribunal et de la partie adverse. Sur les différentes procédures en matière d'interrogation des témoins, voir Principe 16.4 et le commentaire P-16E.

P-19B Les règles de procédure du for peuvent permettre ou exiger la communication électronique des dépositions écrites ou orales. Voir Principe 5.7.

P-19C Dans de nombreux pays de droit civil, l'interrogatoire initial est conduit par le tribunal et les interventions des parties sont limitées, alors que dans les systèmes de *common law*, les rôles du juge et des avocats sont inversés. En tout état de cause, les parties doivent être en mesure de poser directement des questions à un témoin. Voir Principe 16.4.

20. Publicité de la procédure

20.1 En règle générale, les audiences, y compris celles qui sont consacrées à l'administration de la preuve et au prononcé du jugement, sont ouvertes au public. Après consultation des parties, le tribunal peut toutefois ordonner que certaines audiences ou parties d'audience auront lieu à huis clos dans l'intérêt de la justice, de l'ordre public ou du respect de la vie privée.

20.2 Les dossiers du tribunal et les enregistrements réalisés sont publics, ou accessibles de quelque autre façon aux personnes faisant état d'un intérêt légitime ou formulant une demande justifiée de renseignements et ce dans les conditions de la loi du for.

20.3 Dans l'intérêt de la justice, de l'ordre public ou du respect de la vie privée, lorsque la procédure est publique, le juge peut ordonner qu'une partie de celle-ci se déroule à huis clos.

20.4 Les jugements, leurs motifs ainsi que toute autre décision du tribunal sont accessibles au public.

Commentaire :

P-20A La publicité de divers éléments de la procédure fait l'objet d'approches opposées. Dans certains pays de droit civil, les dossiers et registres du tribunal sont en général confidentiels, même si leur accès peut être autorisé en cas de motif légitime. Dans la tradition de *common law* au contraire, les registres sont en général publics. Cette approche insiste sur l'aspect public des procédures judiciaires et la nécessité de transparence, alors que la première met en exergue le droit des parties au respect de leur vie privée. Les présents Principes expriment une préférence pour une procédure publique, avec des exceptions limitées. En règle générale, les dossiers du tribunal et les enregistrements doivent être publics et accessibles au public ainsi qu'aux médias. Les pays dont la tradition est de garder ces dossiers confidentiels devraient au moins permettre aux personnes ayant un intérêt justifié ou formulant une demande justifiée de renseignement, d'y avoir accès.

P-20B Dans certains systèmes juridiques, le tribunal, à la demande d'une partie, peut décider que toute la procédure se déroulera à huis clos, à l'exception du jugement final. Certains systèmes juridiques garantissent constitutionnellement le droit à la publicité de la procédure, tout en prévoyant certaines dérogations pour les domaines tels que le secret des affaires, la sécurité nationale etc. Les procédures arbitrales se déroulent en règle générale à huis clos.

21. Charge de la preuve et conviction du juge

21.1 En principe, il incombe à chaque partie de prouver les faits allégués au soutien de sa prétention.

21.2 Les faits sont prouvés si le tribunal est raisonnablement convaincu de leur véracité.

21.3 Lorsqu'une partie a en sa possession ou sous son contrôle un élément de preuve pertinent que, sans justification, elle refuse de produire, le tribunal peut tirer toute conséquence défavorable de ce refus au regard de la question concernée par l'élément de preuve non produit.

Commentaire :

P-21A L'exigence posée dans le Principe 21.1 est souvent exprimée par la formule « la charge de la preuve suit la charge de l'allégation ». La charge de l'allégation est déterminée par la loi, qui traduit en fin de compte l'idée d'équité. La détermination de cette charge relève souvent du droit matériel.

P-21B Le degré contenu dans l'expression « raisonnablement convaincu » est en substance celui qui est retenu dans la plupart des systèmes juridiques. Aux États-Unis et dans certains autres pays, le standard retenu est celui de « *preponderance of the evidence* » (de la probabilité prépondérante) qui fonctionnellement a le même sens.

P-21C Le Principe 21.3 repose sur la règle selon laquelle les deux parties ont le devoir de contribuer de bonne foi à décharger la partie adverse de la charge de la preuve. Voir Principe 11. La possibilité de tirer des conséquences défavorables n'empêche en général pas la partie récalcitrante de produire d'autres éléments de preuve pertinents pour la question concernée. Le fait de tirer de telles conséquences défavorables peut être considéré comme une sanction, voir Principe 17.3 ; ce peut également être un renversement de la charge de la preuve, voir Principe 21.1

22. Devoir du juge et des parties dans la détermination des éléments de fait et de droit

22.1 Le tribunal a le devoir de prendre en compte tous les faits et éléments probatoires pertinents pour déterminer le fondement juridique de sa décision, y compris les questions à trancher selon la loi étrangère.

22.2 En donnant aux autres parties l'occasion de présenter leurs observations, le tribunal peut

22.2.1 Permettre à une partie ou l'inviter à modifier ses allégations de fait ou de droit et à présenter en conséquence des moyens de droit ou des preuves additionnels.

22.2.2 Ordonner l'administration d'une preuve qui n'a pas été préalablement suggérée par une partie.

22.2.3 Se fonder sur une analyse juridique ou une interprétation des faits ou des preuves qui n'a pas été proposée par une partie.

22.3 En principe, le tribunal reçoit directement tous les éléments de preuve. Si nécessaire, l'administration et la sauvegarde de la preuve peuvent toutefois être confiées à un délégué approprié. La preuve sera ensuite prise en compte par le tribunal lors de l'audience finale.

22.4 Lorsqu'une expertise paraît utile, le tribunal peut procéder à la nomination d'un expert dont la mission pourra concerner toute question pertinente, y compris la teneur du droit étranger.

22.4.1 Si les parties conviennent de la nomination d'un expert déterminé, le tribunal doit en principe procéder à sa nomination.

22.4.2 Sur toute question pertinente pour laquelle une expertise paraît indiquée, chaque partie a le droit de produire le rapport d'un expert choisi par elle.

22.4.3 Un expert nommé par le tribunal ou par une partie, doit présenter un rapport complet et objectif sur la question qui lui a été soumise.

Commentaire :

P-22A Il est universellement admis que le tribunal a le devoir de déterminer les questions de droit et de fait nécessaires pour le jugement, et que toutes les parties ont le droit d'être entendues au sujet de la loi applicable et des preuves pertinentes. Voir Principe 5.

P-22B La loi étrangère est une question particulièrement importante dans les litiges transnationaux. Il est possible que le juge ne connaisse pas la teneur de la loi étrangère et doive désigner un expert ou demander aux parties de présenter des observations sur les aspects de droit étranger. Voir Principe 22.4.

P-22C L'objet du litige et les questions à prendre en compte sont déterminés par les demandes et défenses des parties telles que formulées dans leurs écritures. En principe, le juge est tenu par l'objet du litige tel que déterminé par les parties. Cependant, le tribunal, dans l'intérêt de la justice, peut ordonner ou autoriser à une partie des modifications, tout en donnant à la partie adverse un droit de réponse. Voir Principe 10.3.

P-22D L'appel à des experts est usuel dans les litiges complexes. La désignation par le tribunal d'un expert neutre est la pratique dans la plupart des pays de droit civil et de certains systèmes de *common law*. Toutefois, des experts désignés par les parties peuvent également apporter une aide précieuse lors de l'analyse de questions de fait difficiles. Il n'y a en général pas lieu de craindre que la désignation d'experts par les parties ne conduise à une « bataille d'experts » qui rendrait encore plus confuses les questions à trancher. Un tel risque serait de toute façon compensé par la valeur d'une telle preuve. L'expertise peut porter sur des questions de droit étranger.

23. Jugement et motivation

23.1 A l'issue des débats, le tribunal rend dans les plus brefs délais un jugement écrit ou retranscrit par écrit. Le jugement doit préciser la mesure prononcée et, en cas de condamnation pécuniaire, le montant accordé.

23.2 Le jugement doit comprendre les motifs essentiels de fait, de droit et probatoires qui soutiennent la décision.

Commentaire :

P-23A La décision écrite informe les parties de ce qui a été décidé ; elle permet également un enregistrement du jugement qui peut être utile lors d'une procédure de reconnaissance ultérieure. Dans divers systèmes juridiques, une motivation est requise par la Constitution nationale ou est considérée comme une garantie fondamentale de l'administration de la justice. Les motifs peuvent consister en des renvois à d'autres documents tels que les conclusions du demandeur en cas de jugement par défaut, ou la transcription des instructions du jury si le verdict émane d'un tel jury. La loi du for peut imposer au tribunal un délai pour rendre son jugement.

P-23B Lorsqu'un jugement ne statue pas sur toutes les demandes et défenses des parties, il doit préciser quelles questions demeurent susceptibles de faire l'objet d'un nouveau procès. Ainsi par exemple, en cas de litige contenant plusieurs demandes, le tribunal peut statuer sur une des demandes (les dommages-intérêts par exemple) et maintenir la procédure ouverte pour trancher les autres questions (par exemple celle d'une injonction).

P-23C Dans certains systèmes juridiques, il est possible de prononcer un jugement avec fixation postérieure du montant pécuniaire ou de tout autre remède accordé, par exemple un calcul pour déterminer le montant des dommages-intérêts ou une précision des termes d'une injonction.

P-23D Voir Principe 5.6, qui impose au tribunal d'examiner toute affirmation de fait ou de droit ainsi que tout élément de preuve qui semblent essentiels.

24. Transaction et conciliation

24.1 Le tribunal, tout en respectant le droit des parties de poursuivre le procès, encourage la transaction et la conciliation lorsqu'elles apparaissent raisonnablement possibles.

24.2 Le tribunal favorise à tout stade de la procédure la participation des parties à des modes alternatifs de résolution du litige.

24.3 Les parties, avant et après le début du procès, coopèrent à toute tentative raisonnable de conciliation ou transaction. Dans sa décision sur les frais de procédure, le tribunal peut tenir compte du refus déraisonnable d'une partie de coopérer ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation ou transaction.

Commentaire :

P-24A La formule « en respectant le droit des parties de poursuivre le procès » signifie que le tribunal ne saurait imposer une transaction aux parties ou les y contraindre. Il peut en revanche, à tout moment approprié, entamer des discussions informelles avec les parties à propos d'une éventuelle transaction ou conciliation. Le juge qui participe à des négociations en vue d'une solution amiable doit éviter de favoriser une partie. Une participation active du juge, comprenant même une proposition d'accord amiable, ne porte toutefois pas atteinte à son impartialité ni ne crée une apparence de partialité.

P-24B Le Principe 24.3 s'écarte de la tradition de certains pays dans lesquels les parties n'ont en général aucune obligation de négocier ou de prendre en compte de quelque autre façon les propositions de transaction de la partie adverse. Le droit du for peut prévoir une procédure amiable pouvant conduire à des sanctions en matière de frais de procédure à l'encontre de la partie qui aura refusé la proposition de transaction de son adversaire. De telles procédures se trouvent par exemple dans les règles procédurales de la province Ontario (Canada) ou encore dans la Part 36 des nouvelles règles anglaises de procédure civile. Il s'agit là de procédures

formelles au cours desquelles une partie peut faire une offre définitive de transaction et ainsi obliger la partie adverse à accepter ou à décliner cette offre sous menace de condamnation à des frais additionnels si cette partie n'obtient pas en fin de compte un résultat plus avantageux que l'offre de transaction qui lui avait été faite. Voir également Principe 25.2.

25. Frais et dépens

25.1 La partie gagnante a en principe droit au remboursement de la totalité ou au moins d'une partie substantielle des frais raisonnablement engagés. Le terme « frais » comprend les frais de justice, du personnel judiciaire tels que des greffiers, les frais relatifs par exemple à l'expertise et les honoraires d'avocat.

25.2 A titre exceptionnel, et en présence de motifs évidents, le tribunal peut refuser ou limiter le remboursement des frais accordés à la partie gagnante. Le tribunal peut limiter ce remboursement aux dépenses qui auraient dû être engagées dans un tel litige et sanctionner une partie gagnante qui a soulevé des questions non pertinentes ou qui s'est rendue coupable d'un quelconque abus de procédure. Lorsqu'il prend des décisions concernant les frais, le tribunal peut tenir compte les fautes commises par les parties au cours de l'instance.

Commentaire

P-25A Le remboursement des frais d'avocat est la règle qui prévaut dans la plupart des systèmes juridiques ; elle ne s'applique toutefois pas en Chine, au Japon ni aux États-Unis. Dans certains systèmes juridiques, le montant des frais accordés à la partie gagnante est fixé par un officier judiciaire expérimenté et est souvent inférieur aux honoraires que la partie gagnante doit verser à son avocat. Dans d'autres systèmes, le montant accordé à la partie gagnante est déterminé par les règles en matière d'honoraires. Dans certains types de litiges, la règle de répartition des honoraires est contestée, mais elle est en général considérée comme appropriée dans les différends commerciaux et est en général stipulée dans les contrats commerciaux.

P-25B En vertu du Principe 25.2, le tribunal peut, à titre exceptionnel, refuser tout remboursement de frais à une partie gagnante, ou ne lui accorder qu'un remboursement partiel, ou encore calculer les frais de façon plus généreuse ou plus sévère qu'il ne le ferait en temps normal. Le caractère exceptionnel du Principe 25.2 impose au juge de motiver sa décision sur ce point. Voir également Principe 24.3.

26. Caractère immédiatement exécutoire du jugement

26.1 Le jugement définitif de première instance est en principe immédiatement exécutoire.

26.2 Le tribunal de première instance ou la juridiction d'appel, d'office ou à la demande d'une partie, peut suspendre l'exécution d'un jugement faisant l'objet d'un appel, si cela s'avère nécessaire dans l'intérêt de la justice.

26.3 Le tribunal peut exiger la consignation d'une garantie de la part de l'appelant pour accorder une suspension de l'exécution forcée, ou de la part de l'intimé pour refuser une telle suspension.

Commentaire :

P-26A Le principe selon lequel le jugement est définitif est essentiel en vue d'une décision effective. Dans certains États, l'exécution immédiate n'est possible que pour les décisions des juridictions de deuxième instance. La tendance est toutefois, comme c'est le cas en

common law ou dans certains pays de droit civil, au caractère immédiatement exécutoire du jugement de première instance par la loi même ou par décision du tribunal.

P-26B Le fait qu'un jugement doive être exécutoire immédiatement lorsqu'il est définitif n'empêche pas le tribunal d'accorder à la partie adverse un délai pour exécuter la condamnation. Le jugement doit être exécuté en conformité avec ses propres termes.

P-26C La loi du for peut également déclarer définitif et donc immédiatement exécutoire un jugement seulement partiel (c'est-à-dire ne tranchant qu'une partie du litige).

27. Appel

27.1 L'appel est recevable selon des modalités équivalentes à celles qui sont prévues par la loi du for pour les autres jugements. L'instance d'appel doit se terminer dans des délais brefs.

27.2 L'appel est en principe limité aux demandes et défenses présentées en première instance.

27.3 Dans l'intérêt de la justice, la juridiction d'appel peut prendre en considération de nouveaux faits et de nouvelles preuves.

Commentaire :

P-27A Les procédures d'appel sont très différentes selon les systèmes juridiques. Il convient donc de renvoyer à l'application de la loi du for.

P-27B Historiquement, dans les systèmes de *common law*, l'appel était fondé sur le principe de « *closed record* », ce qui signifiait que toutes les demandes, défenses, moyens de preuve et moyens de droit devaient avoir été présentés devant la juridiction de première instance. Toutefois, dans la plupart des systèmes modernes de *common law*, la juridiction d'appel peut apprécier s'il y a lieu de prendre en compte de nouveaux moyens de droit et, en cas de circonstances majeures, de nouvelles preuves. Historiquement, dans les pays de droit civil, la juridiction de seconde instance était autorisée à réexaminer entièrement les éléments du litige, mais de nombreux systèmes juridiques modernes se sont éloignés de cette approche. Ce n'est plus que dans un nombre de plus en plus faible de pays de droit civil que la procédure devant la juridiction d'appel peut être un procès entièrement nouveau et est couramment engagée. Dans de nombreux systèmes juridiques au contraire, la décision de la juridiction de première instance ne peut être infirmée ou modifiée qu'en cas d'erreur grave. Le Principe 27 rejette ces deux solutions extrêmes. Toutefois, la production de nouvelles preuves au cours de l'instance d'appel devrait être autorisée uniquement lorsqu'elle est dans l'intérêt de la justice. Si une partie bénéficie d'une telle autorisation, les autres parties doivent se voir accorder un droit de réponse correspondant. Voir les Principes 22.2.

P-27C Dans certains systèmes juridiques, les parties doivent faire valoir leurs objections devant la juridiction de première instance et ne peuvent les soulever pour la première fois en appel.

28. Litispendance et chose jugée

28.1 Pour l'application des règles sur la litispendance, l'objet du litige est déterminé par les demandes et défenses des parties telles que formulées dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions en défense, et par leurs éventuelles modifications.

28.2 Pour l'application des règles sur l'autorité de la chose jugée, le domaine de cette autorité est déterminé par les demandes et défenses des parties, telles que

contenues dans l'acte introductif d'instance, les conclusions en défense, dans leurs modifications ainsi que dans le dispositif et les motifs du jugement.

28.3 Le concept d'autorité de la chose implicitement jugée, qu'il s'agisse d'une question de fait ou de l'application de la loi aux faits, ne doit être appliqué qu'en vue de prévenir une injustice grave.

Commentaire :

P-28A Ce Principe est destiné à éviter les litiges répétés, qu'ils soient concurrents (litispendance) ou successifs (chose jugée).

P-28B Certains systèmes juridiques ont des règles strictes en matière de litispendance, alors que d'autres appliquent des règles plus flexibles, en tenant notamment compte de la qualité de la procédure dans les deux fors. Le Principe de litispendance correspond au Principe 10.3 relatif à l'objet du litige et au Principe 2.6 concernant les procédures parallèles.

P-28C Certains systèmes juridiques, notamment ceux de *common law*, emploient le concept de chose implicitement jugée (*issue preclusion, collateral estoppel* ou *issue estoppel*). Selon ce concept, la solution judiciaire d'une question qui constitue un élément nécessaire du jugement ne peut en principe pas faire l'objet d'un nouvel examen lors d'un litige postérieur au cours duquel la même question est abordée. Le Principe 28.3 peut conduire à l'application de l'autorité de chose implicitement jugée lorsque, par exemple, une partie s'est légitimement fondée, dans la procédure, sur la solution d'une question de fait ou de droit dans une procédure antérieure. De nombreux systèmes de *common law* reconnaissent un champ plus large à l'autorité de chose implicitement jugée. La conception plus limitée retenue par le Principe 28.3 découle du principe de loyauté tel que le connaissent les systèmes de droit civil, et de l'*estoppel in pais* des systèmes de *common law*.

29. Exécution effective

Les parties doivent pouvoir avoir accès à des procédures qui permettent une exécution rapide et effective des jugements, y compris des condamnations pécuniaires, des condamnations aux frais, des ordonnances et des mesures provisoires.

Commentaire :

P-29A De nombreux systèmes juridiques possèdent des procédures archaïques et inefficaces d'exécution des jugements. Du point de vue des parties au litige, et notamment de la partie gagnante, une exécution effective est un élément essentiel de justice. Toutefois, la question des voies d'exécution n'entre pas dans le champ des présents Principes.

30. Reconnaissance

Les jugements définitifs prononcés au cours ou à l'issue d'un procès conduit à l'étranger selon une procédure substantiellement compatible avec les présents Principes, doivent être reconnus et exécutés sauf en cas d'exigence contraire de l'ordre public matériel. Les mesures provisoires sont reconnues dans les mêmes conditions.

Commentaire :

P-30A La reconnaissance de jugements rendus dans un autre for, y compris les jugements ordonnant des mesures provisoires, est particulièrement importante pour les litiges

transnationaux. Tout droit national possède des règles strictes de reconnaissance pour les jugements rendus au sein de son propre système juridique. Les conventions internationales prévoient d'autres conditions relatives à la reconnaissance des jugements étrangers. De nombreux pays limitent l'effet de la plupart des mesures provisoires au territoire de l'État des juridictions duquel elles émanent et coopèrent en émettant des ordonnances parallèles. Toutefois, la technique des mesures provisoires parallèles est moins acceptable que la reconnaissance et l'exécution directes. Voir également Principe 31.

P-30B En vertu du Principe 30, un jugement rendu à l'issue d'une procédure substantiellement conforme aux présents Principes doit en principe avoir les mêmes effets qu'un jugement prononcé à l'issue d'une procédure qui s'est déroulée selon la loi de l'État de reconnaissance. Le Principe 30 consacre donc un principe de traitement égalitaire. Les présents Principes établissent des critères internationaux de compétence, de notification suffisante au débiteur selon le jugement, d'équité procédurale et d'effet de la chose jugée. En conséquence, la plupart des motifs traditionnels de non reconnaissance, tels que défaut de compétence, notification insuffisante, fraude, procédure étrangère inéquitable ou encore inconciliable avec une autre décision définitive, ne peuvent se produire si la procédure étrangère remplit les exigences des Principes. La réciprocité n'est plus, dans de nombreux pays, un pré-requis pour la reconnaissance, mais elle sera quand même réalisée si la loi du for adopte ces Principes, notamment le Principe 30. Seul sera ainsi admis le motif de non reconnaissance fondé sur l'ordre public matériel, dès lors que la procédure étrangère aura été conduite en respect des Principes.

31. Coopération judiciaire internationale

Les tribunaux d'un État qui a adopté les présents Principes prêtent leur assistance aux juridictions de tout État étranger devant lesquelles se déroule un procès conformément aux présents Principes. Ceci comprend l'octroi de mesures provisoires et conservatoires, ainsi que la coopération à l'identification, à la préservation ou à la production de preuves.

Commentaire :

P-31A La coopération et l'assistance judiciaires internationales complètent la reconnaissance internationale et sont tout aussi importantes dans le contexte moderne.

P-31B En compatibilité avec les règles relatives aux communications hors la présence des parties ou de leurs représentants (*ex parte*), les juges établissent, si nécessaire, des communications avec des magistrats d'autres États. Voir Principe 1.4.

P-31C Sur la signification du terme « preuve », voir Principe 16.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX