

Liste des principales abréviations

AJDA	Actualité juridique droit administratif
AJDI	Actualité juridique droit immobilier
Bull. civ. cassation	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de
Cass. Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la cour de cassation
Cass. Com. cassation	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de
Cass. Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la cour de cassation
Chron.	Chronique
Comm. Comm. Electr.	Communication commerce électronique
D.	Dalloz
Dr et Patr.	Droit et Patrimoine
éd.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Infra	Ci-dessous
JCP E	La semaine juridique édition entreprise
JCP G	La semaine juridique édition générale
JCP N	La semaine juridique édition notariale
JCL	Jurisclasseur
JDI	Journal de droit international (Clunet)
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé

Rev. Sc. Crim.	Revue de sciences criminelles
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Rev. Tun. De droit	Revue tunisienne de droit
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielles de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Somm.	Sommaires
Supra	Ci-dessus
Trib. Féd. Suisse	Tribunal Fédéral Suisse

SOMMAIRE

Introduction.....	1
Première partie – Les preuves écrites.....	19
Titre I – La preuve écrite sur support papier.....	21
Premier chapitre – La formation de la preuve écrite.....	23
Deuxième chapitre – L’administration de la preuve écrite dans l’arbitrage international.....	77
Titre II – la preuve écrite sur support électronique.....	135
Premier chapitre – La formation de la preuve électronique.....	137
Deuxième chapitre – L’administration de la preuve électronique.....	172
Deuxième partie – Les preuve orales.....	204
Titre I – La preuve par témoin.....	206
Premier chapitre – Les dispositions générales liées au témoin et au témoignage.....	208
Deuxième chapitre – Les dispositions spécifiques liées au témoin et au témoignage.....	249
Titre II – La preuve par expertise.....	296
Premier chapitre – L’admissibilité de l’expertise dans l’arbitrage international.....	298
Deuxième chapitre – L’administration de la preuve par expertise dans l’arbitrage international.....	348
Conclusion.....	408

« Avant de douter, je veux voir ; après le doute, la preuve ! »

William shakespeare : Othello ou le Maure de Venise; 1604

INTRODUCTION

1. Notion de l'arbitrage. – Avant la naissance de l'Etat, celui qui prétendait être titulaire d'un droit le récupérait par sa propre force. Cependant, après l'organisation de l'Etat, la justice en a fait son principal métier et dès lors, d'aucun n'accepte en principe d'entorse à ce monopole et nul ne peut se faire justice soi-même. Bien que la justice constitue la fonction régaliennne pour chaque Etat, une autre forme de justice est née, semblable de par sa structure et sa finalité à celle de l'Etat, c'est la justice privée, ordonnée par l'accord des particuliers. Ce n'est que l'arbitrage dans lequel les parties renoncent à la compétence des juges de l'Etat pour donner pouvoir à un juge privé qu'elles désignent afin de résoudre leur différend.

L'arbitrage se définit comme un mode de règlement des litiges qui consiste à confier, par une convention, la résolution d'un litige non pas aux juges des juridictions étatiques mais à des personnes privées nommées arbitres. A partir de là, un avantage fondamental se dessine pour les parties qui est celui d'être jugées à l'abri du public et selon des règles de leur choix qui peuvent être différents des règles applicables devant les juridictions de l'Etat. L'affaire est donc laissée aux parties qui possèdent à cet égard la liberté de choisir cette justice privée afin de résoudre le différend né de leur rapport.

2. En outre, si la notion de l'arbitrage implique la convention signée entre deux parties pour résoudre un litige issu d'une opération économique réalisée entre elles, la nature de cette opération ne peut être envisagée qu'avec certains critères qui permettent ensuite de donner à l'arbitrage la qualification d'arbitrage interne ou international. En effet, lorsque les parties réalisent une transaction commerciale, celle-ci ne peut être internationale qu'en s'assurant de la nature des relations économiques qui se trouvent à l'origine du litige soumis à l'autorité des arbitres. En d'autres termes, cette qualification ne dépend pas de la volonté des parties même en présence des éléments d'extranéité. Ainsi, lorsque les parties choisissent des arbitres de nationalités différentes ou lorsque le lieu du déroulement de l'arbitrage n'est autre que celui de leur résidence, cela ne suffit pas pour rendre l'arbitrage international. Le critère de l'arbitrage international n'est donc pas lié à l'arbitrage lui-même mais c'est à partir de l'opération économique elle-même qu'on peut dire que l'arbitrage est interne ou international. A cet effet, si l'opération réalisée présente un rapport avec les intérêts du commerce international, l'arbitrage sera, selon l'article 1504 du code de procédure civile, certainement

international nonobstant des autres critères¹. En définitive, quel que soit le statut interne ou international de l'arbitrage, l'objectif essentiel du procès arbitral est d'atteindre la vérité.

3. L'objectif de l'arbitrage – La recherche de la vérité. – La recherche de la vérité dans le procès arbitral ne doit pas être faite qu'avec la collaboration des parties. C'est sans doute une conséquence de la nature contractuelle de l'arbitrage qui se constitue par la volonté des parties qui désignent des arbitres qui, à leur tour, tirent leurs pouvoirs d'exercer leur fonction de la volonté commune de toutes les parties. De ce fait, selon l'article 10 du code civil, chacun, et spécialement les parties, est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Néanmoins, le concours des parties à la justice ne se fait pas par leur simple présence physique durant les audiences de l'instance, mais c'est par la présentation et la production des différents modes de preuve qu'elles possèdent, que les parties collaborent à la manifestation de la vérité. Ainsi, pour que la vérité paraît dans les plus brefs délais, le procès arbitral impose à toutes les parties une communication complète et spontanée de leurs éléments de preuve sous peine de recourir à une collaboration forcée afin d'obliger les parties, et même un tiers, à présenter des éléments de preuve qu'elles détiennent.

4. L'objectif des parties – Prouver leurs droits. – Dans n'importe quel procès et surtout un procès arbitral dans lequel les parties se sont mises d'accord pour résoudre leur différend par des juges privés, chacun des plaideurs désire sortir gagnant parce qu'à l'origine la victoire est, selon lui, préjugée et que l'autre partie n'a aucune possibilité pour gagner. Mais, afin d'atteindre leur ambition, les plaignants doivent prouver les droits qu'ils prétendent avoir et à partir desquels l'instance arbitrale est déclenchée. C'est en fait plus qu'un devoir incombant à elles, c'est un droit pour chaque partie de présenter ce qu'elle possède et de prouver ce qu'elle allègue.

En fait, la préoccupation essentielle de toutes les parties à l'arbitrage porte sur la recherche de la preuve des faits qu'elles avancent et sur laquelle elles doivent fonder leur prétention afin de convaincre les arbitres qu'elles ont désignés pour trancher leur litige. A partir de là paraît le devoir d'établir les faits par les parties qui conservent la maîtrise des prétentions qu'elles soumettent aux arbitres et spécialement par la partie sur laquelle repose la charge de la

¹ - Art. 1504 du code de procédure civile : est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.

preuve². C'est le devoir de celui qui prétend à un droit d'établir son existence et de justifier, voire de prouver, le fait qui a provoqué la naissance de ce droit³. Il doit donc apporter la preuve de son droit parce qu'il ne suffit pas d'avoir des droits mais il faut encore être « à l'occasion d'en établir l'existence »⁴. En conséquence, c'est par l'administration de la preuve qui constitue le point essentiel de la procédure arbitrale qu'on peut se poser la question suivante : comment prouver sans avoir les moyens ? La réponse à cette question diverge sans aucun doute avec ce qu'on appelle la phase de l'administration de la preuve durant laquelle les parties produisent tous les éléments de preuve qu'elles détiennent afin de soutenir ce qu'elles avaient avancé auparavant. Par conséquent, c'est lors du déclenchement de la phase de l'administration de la preuve que les parties peuvent prouver leurs droits afin de convaincre le tribunal arbitral pour atteindre l'objectif final de l'arbitrage qui se résume par l'apparition de la vérité.

Mais avant d'accéder au sujet de la preuve qui constitue notre étude dans cette thèse, il faut énoncer que suite à la naissance d'un litige entre les parties contractantes, l'instance arbitrale débute par une demande adressée par l'une des parties à l'autre⁵ afin de l'informer d'une part de son intention de recourir à l'arbitrage et, d'autre part, pour la porter à désigner son arbitre et de préciser sa position vis-à-vis de la procédure déclenchée.

5. Notion de preuve et de prouver. – Comme on l'a dit, afin de mieux établir les faits, les parties à l'arbitrage doivent convaincre le tribunal arbitral à travers les divers éléments qu'elles possèdent entre leurs mains. Il faut donc prouver les faits afin que les arbitres puissent constituer une conviction pour pouvoir trancher le litige. Il s'ensuit que la nécessité de prouver règne dans presque toute la vie de la procédure arbitrale jusqu'à prononcer la sentence.

Cependant, si la production des divers éléments de preuve est désormais unanimement admise, la réglementation des preuves doit être clarifiée. En fait, la réglementation des preuves ne fait pas l'objet du contenu d'un seul code mais elle se partage entre le code civil et le code de procédure civile. De ce fait, lorsqu'un texte de loi définit l'admissibilité et la force

² - G. Flécheux, « La preuve dans les arbitrages internationaux », in *L'internationalisation dans les institutions et le droit*, Etudes offertes à Alain Plantey, p. 323.

³ - J. Chevallier, *La charge de la preuve – Cour de droit civil approfondi 1958-1959*, Les cours de droit de Paris V, 1959, p.6.

⁴ - P. Foriers, « Introduction au droit de la preuve », in *La preuve en droit*, études publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles 1981, p. 17.

⁵ - Généralement, c'est la partie qui a subi des préjudices de la male exécution du contrat litigieux soumis à l'arbitrage.

probante des divers modes de preuve, c'est certainement le code civil qui traite de la reconnaissance des droits qui reviennent à chaque personne. Par contre, lorsque des règles envisagent la matière des preuves dans son aspect judiciaire, elles relèvent sans aucun doute du code de procédure parce que la mission de celui-ci consiste à réglementer l'administration des divers moyens de preuve tel que leur production dans l'instance et le rôle du juge (et de l'arbitre) et de chacune des parties dans le déroulement du procès.

En outre, donner au mot « preuve » une signification n'est pas une chose simple à faire de fait qu'il désigne tantôt l'action de faire la preuve c'est-à-dire le fait de produire les moyens de preuve à l'aide desquels les parties entendent établir la vérité d'une prétention alléguée, tantôt il énonce le résultat de cette action c'est-à-dire lorsqu'on a pu convaincre le tribunal par les modes de preuve qu'on a présentés et tantôt il parle des moyens qu'on utilise pour faire la preuve c'est-à-dire lorsqu'on distingue les différentes preuves et on les classe entre preuves admissibles et preuves non admissibles dans le procès⁶.

Malgré cette divergence dans la signification du mot preuve, la doctrine est, dans sa majorité, d'accord sur la définition de la preuve. Ainsi, pour Henri Lévy-Bruhl, « *la preuve est un mécanisme destiné à établir une conviction sur un point incertain* »⁷. Mais pour Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, la preuve est « ce qui sert à établir qu'une chose est vraie »⁸. De ces deux définitions, il s'ensuit que la preuve exerce deux fonctions : dans un premier lieu, la preuve ne peut jouer que dans le cas où existe un doute de fait que lorsque tout est clair et sans ambiguïté on n'aura pas besoin d'utiliser des preuves ; c'est donc une recherche de la vérité. Dans un second lieu, la preuve joue principalement pour convaincre le tribunal arbitral de sorte que les parties produisent leurs éléments de preuve dans le but essentiel de porter les arbitres à constituer une conviction favorable à la thèse soutenue par chacune d'elles⁹. De ce qui précède, il résulte que prouver c'est faire apparaître quelque chose comme vrai et certain c'est-à-dire c'est l'établissement de la vérité d'un fait allégué par l'une des parties¹⁰. En définitif, comme Aubry et Rau ont affirmé : « *Prouver c'est de la part de l'une des parties de soumettre au juge saisi d'une contestation, des éléments de conviction propres à justifier la*

⁶ - Le mot preuve vient du mot latin *probatio* qui signifie bon et honnête.

⁷ - H. Lévy-Bruhl, *La preuve judiciaire*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris 1964, p. 15.

⁸ - J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} éd. Avec le concours de M. Fabre-Magnan, L.G.D.J. 1994, p. 600.

⁹ - M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 1, 11^{ème} éd., L.G.D.J. 1928, n°350, p. 139 ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, L.G.D.J., 1994, p. 80.

¹⁰ - A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^{ème} éd. Par L. Julliot de la Morandière, Dalloz 1948, p. 486.

*vérité d'un fait qu'elle allègue et que l'autre dénie, fait que sans cela le juge ne serait ni obligé, ni même autorisé à tenir pour vrai ».*¹¹

6. La charge de la preuve. – A l'issu du déclenchement de la procédure arbitrale, les parties, soucieuses de leurs droits, ne peuvent qu'être vigilants à l'égard du déroulement du procès arbitral dans lequel elles doivent être chargées de présenter une meilleure preuve pour enfin recevoir une sentence arbitrale qui les rend satisfaites. De ce fait, les parties doivent toujours être au courant de ce que peut contenir la matière de preuve. Ainsi, hormis l'admissibilité et la force probante des modes de preuve, le droit de la preuve regroupe aussi la charge et l'objet de la preuve qui relèvent tous deux de l'administration de la preuve.

En ce qui concerne la charge de la preuve, la question qui doit être posée est la suivante : si deux personnes sont en contestation à un point, laquelle des deux doit apporter la preuve de la vérité de sa prétention ? En d'autres termes « qui doit prouver ? ». La réponse à cette question paraît simple de fait qu'elle peut être comprise comme si l'on demande qui doit apporter plus d'éléments de preuve pour gagner le procès. En fait, lorsque le demandeur prétend à un droit contre le défendeur qui, à son tour, lui oppose une dénégation, lequel doit démontrer qu'il a raison ? Est-ce au demandeur de justifier sa demande ou au défendeur de prouver le contraire des dires du demandeur ?

A ce propos, deux textes de loi retiennent ce sujet et définissent à qui incombe la charge de la preuve : le premier de ces textes est l'article 9 du code de procédure civile qui énonce *qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* et le second texte se trouve dans l'article 1315 du code civil relatif à la preuve des obligations et énonce que *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*¹². Sans aucun doute, ces deux textes envisagent d'une manière claire deux conséquences : la première affirme que la responsabilité première de l'administration de la preuve incombe aux parties qui doivent, d'une part délimiter le débat judiciaire par leurs allégations et, d'autre part, produire les éléments de preuve afin de bien soutenir leurs allégations. Ainsi, qui se prétend être créancier doit prouver le prêt qu'il allègue contre son débiteur. En second, les deux textes qu'on a cités, notamment l'article 1315 du

¹¹ - Aubry et Rau, *Droit civil français*, 6^{ème} éd. par Paul Esmein, T. 2, Librairie Technique, 1958, p. 50.

¹² - Ce dernier texte traite de la charge de la preuve en dessinant un ordre chronologique dans la production des preuves.

code civil, annoncent une règle très importante qui dit que la charge de la preuve ne peut être que mobile et pèse sur les deux parties.

Cependant, cette dernière conséquence paraît être ambiguë et a besoin de certaines clarifications. En effet, lorsque deux parties contractantes se transforment en des plaideurs dans une procédure en justice, il est tout à fait normal que l'un d'eux débute son action par une liste de demandes qui doit par la suite être prouvée par les divers moyens que possède ce plaideur. A cet effet, la charge de la preuve incombe à cette personne qui sera nommée demandeur. Il appartient donc à celui qui élève une prétention en justice d'étayer sa demande par les éléments de preuve. C'est en fait « *le principe de raison et de sécurité sociale tout à la fois, c'est que celui qui doit innover doit démontrer que sa prétention est fondée* »¹³.

Néanmoins, si le principe énonce que la charge de la preuve pèse sur le demandeur, le mot demandeur ne doit jamais être pris dans son sens procédural. Le demandeur, selon les auteurs, ne peut pas toujours être celui qui « prend l'initiative de l'instance mais celui qui formule une prétention »¹⁴. De ce fait, lorsque le défendeur suggère ses moyens de défense contre la prétention originaire du demandeur, il devient demandeur de l'exception qu'il soulève. Ainsi, dans le cas où un défendeur reconnaît avoir emprunté un prêt mais prétend qu'il l'a déjà remboursé, il lui appartient alors de prouver ses prétentions parce qu'il a invoqué ce qu'on appelle une exception qui est considérée comme une demande originaire. A son tour, si le demandeur primitif (devenu ensuite défendeur) répond par une demande, il lui reviendra de prouver cette demande et il sera alors demandeur. Ainsi, la charge de la preuve passe de l'un à l'autre plaideur respectivement selon leurs allégations successives. Il sera alors vrai de considérer que la charge de la preuve est partagée entre chacune des parties à l'instance et non point exclusivement sur celui qui a formulé la demande originaire.

7. L'objet de la preuve. – A côté de la charge de la preuve, l'objet de cette preuve doit aussi être envisagé. Comme on l'a dit, quiconque prétend à un droit doit établir son existence. De ce fait, il faut savoir ce qui doit être prouvé par les parties à l'instance.

Dans son ouvrage intitulé « La preuve en droit international privé », Thomas Habu Groud a donné une définition à l'objet de la preuve. Selon cet auteur, l'objet de la preuve constitue « *l'ensemble des éléments factuels qui conditionnent l'application de la règle de droit qu'une*

¹³ - E. Bonnier, *Traité des preuves en droit civil et criminel*, Paris 1873, p. 21.

¹⁴ - X. Lagarde, op. cit., p. 211.

partie invoque à son profit »¹⁵. Il ajoute que l'objet de la preuve forme « *l'ensemble des faits, dont la correspondance avec le modèle abstrait décrit dans le présupposé, entraîne l'effet juridique* ». D'après ce qui a été énoncé, l'objet de preuve n'est constitué que des faits qui ont provoqué la naissance d'un litige et dont les parties doivent prouver l'existence. De plus, la question de l'objet de la preuve est réglée par l'article 9 du code de procédure civile précité qui énonce que doivent être prouvés les faits nécessaires au succès des prétentions des parties. Il en résulte que ce sont seulement les faits qu'il appartient aux parties de prouver.

Cependant, qui dit fait doit distinguer entre fait juridique et fait simple. En réalité, ce qui doit être prouvé par les parties ce sont les faits juridiques et non les faits simples qui peuvent être établis librement par les divers modes de preuve¹⁶. En plus, ce principe très ancien¹⁷ signifie que les faits seuls doivent être prouvés à l'exclusion des règles de droit et que les parties n'ont pas à rapporter la preuve de leur existence, mais que l'arbitre est censé connaître. En pratique, les parties indiquent aux arbitres les règles qu'ils doivent appliquer dans l'instance, et à défaut de cette indication, les arbitres choisissent eux-mêmes les règles applicables. Il s'ensuit que les parties n'ont pas à prouver les règles de droit applicables à l'instance arbitrale mais les arbitres doivent en prendre connaissance dès le début du procès arbitral et même avant. Toutefois, le principe, selon lequel la règle de droit ne doit pas être prouvée, reçoit certaines exceptions lorsque l'une des parties invoque une règle étrangère à la loi choisie ou une coutume provenant d'une profession. Dans ce cas, la partie qui l'invoque doit prouver l'existence et le contenu de cette règle inconnue des arbitres de fait que ces derniers ne sont pas censés connaître toutes les lois et toutes les règles de tous les pays et de toutes les professions.

Néanmoins, si les faits font l'objet de la preuve, celle-ci ne peut être faite sur n'importe quel fait mais elle ne peut porter que sur certaines catégories de fait. Ainsi, le tribunal arbitral ne doit pas ordonner la preuve de tous les faits que les plaideurs établissent. Seul un fait contesté et pertinent peut être prouvé.

En effet, un fait non contesté par les parties constitue un fait constant et n'a pas besoin par suite d'être prouvé. Par exemple, on ne peut pas prouver que la terre est ronde. C'est dire qu'on ne peut prouver qu'un fait douteux et susceptible d'être contesté par les parties. En

¹⁵ - Th. Habu Groud, *La preuve en droit international privé*, Presses Universitaires d'Aix Marseilles 2000, p. 219.

¹⁶ - Cass. Civ., 24 décembre 1919, DP 1920, 1, p.12.

¹⁷ - En droit romain, l'objet de la preuve était aussi seulement constitué des faits (R. Henrion, « La preuve en droit romain », in *La preuve en droit*, Etudes publiées par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles 1981, p.60).

d'autres termes, un fait reconnu par l'autre partie ou simplement non contesté ne peut être prouvé. Il s'ensuit qu'il n'y a de litige, au sens propre du mot, que dans le cas d'une contrariété des prétentions des plaideurs. Outre la contestation, la pertinence constitue une condition aussi primordiale pour accepter le fait à prouver. Alors, la preuve d'un fait ne doit être acceptée que lorsque cette preuve paraît utile pour la solution du litige. De ce fait, seuls les faits pertinents sont matière de preuve.

D'une manière générale, la pertinence est définie comme « *l'aptitude d'un fait litigieux à justifier la prétention au soutien de laquelle il est invoqué* »¹⁸. D'après cette définition, il résulte que lorsque des preuves sont produites pour prouver un fait qui n'ont pas d'influence sur la décision des arbitres, la production de ces preuves demeure sans intérêt et les arbitres n'ont donc pas à les examiner. La pertinence constitue donc une condition de recevabilité des preuves¹⁹. Ainsi, seuls doivent faire l'objet de la preuve les faits qui sont en rapport avec le litige et ayant une influence sur la solution que les arbitres donneront. En définitif, le fait à prouver doit être utile à la solution du litige.

8. La diversité des modes de preuve. – Selon une classification mise par Planiol²⁰, trois manières peuvent permettre au juge (ou à l'arbitre) de constituer une conviction : d'abord par la constatation matérielle et personnelle du fait litigieux comme si, par exemple, il possède entre ses mains un document contenant toutes les stipulations que les parties ont conclues ; ensuite par la déduction des faits inconnus à partir des faits connus ; et enfin par le recours à une attestation d'autrui tel qu'un témoignage ou une expertise. Ainsi, à partir des trois manières que Planiol a envisagées, la preuve peut être répartie en preuve directe et preuve indirecte. La preuve directe est celle en vertu de laquelle le fait contesté est établi à l'aide des moyens qui suffisent en eux-mêmes. Ce sont des moyens qui font diriger le juge directement vers la vérité. Parmi ces moyens directs avec lesquelles se fait la preuve directe on retrouve, par exemple, les documents et les actes signés par les parties ainsi que le rapport émis par un expert. Par contre, la preuve indirecte est celle dans laquelle le fait litigieux ne peut être établi qu'à partir des inductions et des conséquences tirées d'autres faits. Ce sont donc les présomptions et les indices.

Cependant, à côté du système de preuve directe et indirecte, un autre système paraît avec lequel le juge peut aussi former une conviction pour résoudre le litige. C'est le système de

¹⁸ - X. Lagarde, op. cit., p. 149.

¹⁹ - La doctrine est unanime pour considérer que seul un fait pertinent est matière de preuve.

²⁰ - M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 2, 11^{ème} éd., L.G.D.J. 1931, n°9 p.4..

preuve légale et de preuve morale. Dans le système de la preuve légale, le juge ne possède pas toujours et à n'importe quel moment la liberté de se déclarer convaincu de l'existence ou de l'absence d'un fait ; mais par contre, sa décision sur cette existence ou l'absence des faits est dirigée par la loi. Dans le système de la preuve légale, il reviendra donc à la loi de fixer, d'une part, les moyens de preuve qui peuvent être produits et de restreindre, d'autre part, certaines autres preuves c'est-à-dire que c'est la loi, et elle seule, qui détermine les conditions de recevabilité et la force probante des divers modes de preuve. Ainsi le cas de l'article 1341 du code civil qui limite la production des preuves autres que la preuve écrite. C'est donc un système dans lequel il appartient à la loi seule d'établir les éléments de conviction pouvant être retenus par le juge revient exclusivement à la loi et les parties n'ont pas à chercher seulement à convaincre le juge de la véracité de leur allégations mais il faut qu'elles réunissent les conditions que la loi a posées pour admettre la recevabilité d'un moyen de preuve.

A l'inverse, le système de la preuve morale donne une grande liberté au juge pour se fonder sur sa propre intime conviction pour déterminer la valeur qui doit être donnée aux modes de preuve présentés par les parties. Le système de la preuve morale est donc celui qui fait confiance au juge et lui permet de faire une conviction à partir d'un travail intellectuel et individuel pour enfin constituer sa propre conviction et donner une solution au litige. C'est ainsi que la loi a donné au juge un pouvoir pour valoriser certaines preuves telles que la preuve par témoin et les indices et présomptions.

Par une simple analyse de ces deux grandes écoles, il résulte qu'avec n'importe quel système, l'objectif d'un procès reste toujours la recherche de la vérité quels que soient les modes de preuve qui y sont insérés. De ce fait, dépasser les divergences entre les différents systèmes de preuve c'est sans doute trouver une bonne application des modes de preuve qui, à leur tour, sont divers. A cet effet, on retrouve la preuve littérale ou preuve par écrit qui comprend notamment les actes conclus entre des contractants, la preuve testimoniale qui est basée essentiellement sur la connaissance d'un témoin qui a vu ou entendu le fait litigieux, et la preuve par expertise dans laquelle un expert donne son avis à propos d'une question technique. En plus, parmi les procédés de preuve, on retrouve le serment et l'aveu qui comptent sur l'initiative des parties pour finir le litige et trouver une solution avec laquelle le procès prendra fin.

9. L'administration des preuves dans l'arbitrage international. – L'une des questions qui paraît importante à trancher est celle de l'administration de la preuve qui a pour objet principal d'aider le tribunal arbitral à statuer sur les questions de faits controversées. A ce propos, on ne peut que souligner les divergences qui opposent les différents systèmes juridiques c'est-à-dire celui de la Common Law et celui du Civil Law quant à la conduite du procès et l'administration de la preuve. En effet, les deux systèmes se distinguent principalement par le rôle du juge. De ce fait, dans le système de Common Law, les parties possèdent toujours l'initiative de l'administration de la preuve et le juge n'agit que pour fixer les règles de preuve et pour dire à la fin du procès qui est le gagnant de l'affaire. Le rôle du juge dans ce système consiste donc à recueillir les preuves produites par les parties. En revanche, dans les pays de droit civil, le rôle du juge est beaucoup plus avancé dans l'administration de la preuve de fait qu'il peut, dans bien des cas, rechercher lui-même des preuves que les parties n'ont pas présentées. Il en résulte que le déroulement de la procédure dans les pays de droit civil ne soit pas régi par les mêmes règles de preuve que celle qui se déroule dans un pays de Common Law.

Ces divergences expliquent bien la différence dans le déroulement des arbitrages dans les pays anglo-saxons et dans les pays de tradition romaniste, de fait qu'il est tout à fait naturel que les juristes transposent leurs propres pratiques pour les appliquer dans un arbitrage international auquel ils participent. Ainsi, les règles applicables dans un arbitrage international changent selon le droit choisi pour l'appliquer à la procédure. Cependant, qu'ils soient issus d'un pays de Common Law ou d'un pays de Civil Law, les arbitres auront toujours la mission de donner à chaque preuve sa valeur et de décider enfin, si les prétentions des parties sont bien justifiées.

A partir de là, on observe que la pratique des arbitrages du commerce international a admis que soit appliquée une pratique d'administration de preuve souple qui tend à s'uniformiser nonobstant des règles applicables et de la provenance des participants à la procédure arbitrale. De ce fait, bien qu'il soit vrai que chacune des parties et les arbitres tendent vers l'application des règles issues de la tradition à laquelle ils appartiennent, la réunion de ces participants provenant chacun d'un système différent de celui de l'autre, permet de créer un ensemble de règles qui donnent à l'arbitrage un caractère international²¹. La pratique de l'arbitrage international a ainsi combiné les avantages du système de Common Law et de droit civil pour

²¹ - G. Flécheux, op. cit., p. 322.

enfin élaborer des modes spécifiques d'administration qui permettent « *une véritable rencontre intellectuelle entre des juristes de traditions différentes* »²². Ainsi, il est désormais admis dans l'arbitrage international que la phase écrite se déroule selon les règles appliquées dans les pays de droit civil tandis que la phase orale est largement influencée par les pratiques de Common Law.²³

10. Les preuves dans l'arbitrage. – Bien que les procédés de preuve, qui sont présentés dans une instance étatique, soient divers et comportent la preuve écrite, la preuve orale, l'expertise, le serment, les présomptions et l'aveu, certains de ces modes ne sont pas généralement utilisés dans une instance arbitrale de fait que les parties ont vocation à recourir à l'arbitrage pour produire comme preuve, d'un côté ce qu'elles possèdent entre leurs mains et, d'un autre côté, ce qu'elles peuvent rechercher à partir de la connaissance des faits par certaines personnes. De ce fait, les parties préfèrent généralement recourir à certaines preuves avec lesquelles elles pourront justifier davantage leurs allégations.

Ainsi, les parties se dirigent d'abord vers la preuve écrite parce qu'elles possèdent entre ses mains un document qui est le plus souvent le contrat qu'elles ont signé ; ensuite, les parties se penchent vers la production d'une preuve testimoniale à travers des témoins qui ont vu ou entendu ce qu'elles ont stipulé dans leur contrat ; enfin, les parties ne peuvent pas négliger une expertise lorsque certains points techniques doivent être clarifiés pour permettre aux arbitres de statuer et résoudre le litige. Les trois preuves qu'on a citées sont donc généralement et souvent utilisées dans une instance arbitrale internationale de fait que si les parties désirent conclure des conventions sur les preuves, elles tendent d'une part à régler l'administration de ces preuves précitées et, d'autre part, à écarter les autres modes de preuve.

Cependant, on peut se demander si les dispositions contenues dans la loi choisie pour s'appliquer à la procédure en particulier en matière de preuve s'imposent aux parties ou bien si elles peuvent les modifier. En fait, si l'intérêt général de tout procès arbitral consiste à manifester la vérité, l'intérêt privé sera sans doute l'autonomie des parties pour se mettre d'accord sur les règles ayant vocation à la recherche de cette vérité. En d'autres termes, si l'arbitrage est en principe permis dans les matières où les parties ont la libre disposition, à *fortiori* ces parties peuvent aussi disposer de la façon du déroulement de la procédure et par

²² - M. De Boissesson, « Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de Common Law et les pays de tradition romaniste », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI 1989, p.97.

²³ - Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, p.706.

suite elles sont maîtresses des preuves qui peuvent être produites dans l'instance arbitrale. Ainsi, comme les parties possèdent le droit de stipuler les règles de procédure que les arbitres doivent appliquer, elles peuvent aussi déterminer les règles attachées à la matière de preuve. De ce fait, les parties peuvent modifier les règles qui doivent être appliquées dans leur arbitrage. Elles peuvent donc aménager la manière avec laquelle elles doivent démontrer les faits litigieux. Ainsi, sous réserve des matières où les parties ne possèdent pas la libre disposition, il leur est permis de stipuler des règles qui seront directement attachées à la preuve²⁴. Ce principe est aujourd'hui énoncé par l'alinéa 2 de l'article 1316 du code civil qui énonce que le juge (ou l'arbitre) règle les conflits de preuve littérale à moins qu'il n'existe une convention entre les parties qui concerne la preuve.

Lorsque les parties décident d'aménager les règles de preuve, cet aménagement peut porter soit sur l'admissibilité ou le refus de certains procédés de preuve. Ainsi, si l'aménagement concerne la charge de la preuve, celle-ci sera transférée de la partie sur laquelle incombe normalement cette charge vers l'autre partie tandis. Par contre, lorsque la convention des parties concerne les procédés de preuve, cette convention peut d'une part admettre la recevabilité d'un mode de preuve qui ne peut pas être admis ou, d'autre part, elle exclut un mode de preuve admis par la loi applicable à la procédure.²⁵

11. La preuve écrite dans l'arbitrage international. – La première méthode d'administration des preuves dans l'arbitrage international consiste à produire dans l'instance les pièces et les documents constitués auparavant. C'est donc la présentation d'une preuve écrite ou littérale préconstituée à l'avance afin de s'en servir ultérieurement lors d'un procès entre les parties contractantes²⁶.

La preuve écrite est celle qui peut être définie comme étant la preuve se trouvant dans un document écrit par la main ou dactylographié et qui porte d'une part, la signature de toutes les parties concernées par ce document et, d'autre part, la signature d'une autorité compétente lorsqu'il s'agit d'un document authentique.

Cependant, avec l'évolution du commerce de la simple conclusion des contrats sur papier vers le commerce électronique, il a été nécessaire de réfléchir à l'évolution de la notion de la preuve écrite pour qu'elle soit compatible avec le nouveau mode d'écriture des contrats ainsi

²⁴ - La cour de cassation a depuis longtemps validé le principe des conventions sur la preuve.

²⁵ - Les parties doivent cependant prendre en compte certains principes qui ne supportent jamais de dérogation tels que le principe de la contradiction et celui de l'égalité des parties.

²⁶ - Le document contenant la preuve écrite est fait initialement pour exécuter les stipulations qu'il contient.

que son admission comme mode de preuve. A cet effet, une nouvelle définition de la preuve littérale est créée et dès lors, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur papier (art.1316-1 du code civil français) et par suite les deux écrits ont la même force probante (art. 1316-3 du même code).

En revanche, si la notion de la preuve écrite a subi une évolution, cela n'uniformise pas tous les systèmes juridiques à l'égard de l'admission de cette preuve. Ainsi, dans les pays de tradition romaniste, la théorie des preuves connaît depuis longtemps une hiérarchie entre les preuves écrites et les preuves orales de sorte que la preuve écrite est préférée en toutes circonstances et prévaut sur toutes les autres preuves. La preuve orale c'est-à-dire le témoignage est donc le plus souvent secondaire par rapport à la preuve contenue dans l'écrit à l'encontre de la tradition de Common Law dans laquelle la meilleure preuve réside dans la preuve orale, c'est-à-dire dans le témoignage d'une personne qui a vu ou entendu les faits litigieux.

Mais, comme on l'a déjà dit, la pratique dans l'arbitrage international a été influencée par la dominance de la preuve écrite dans la tradition de droit civil sur les autres preuves de sorte que dans les instances arbitrales internationales, la meilleure preuve apportée pour établir les faits litigieux réside dans les documents préconstitués qui relèvent de la période dans laquelle le litige est né. Cela ne veut pas dire que la preuve orale n'ait pas été utilisée dans l'arbitrage international mais le recours direct à la preuve écrite s'explique par la confiance dans le contenu des documents écrits tandis que la preuve orale nécessite de recourir aux tiers personnes pour déclarer ce qu'elles savent et cela, selon les pratiques suivies dans les pays de Common Law de fait que cette preuve dans l'arbitrage international est largement influencée par les règles appliquées dans la tradition de ces pays.

12. La preuve testimoniale dans l'arbitrage international. – Après la preuve écrite, la seconde façon d'administration des preuves réside dans la déposition des témoins dans l'instance arbitrale. C'est donc la preuve testimoniale qui se met en scène. Traditionnellement, la preuve testimoniale se définit par celle qui résulte des déclarations données par certaines personnes qui ont vu ou entendu ce qui s'est passé. L'objet du témoignage sera alors ce que le témoin a personnellement vu ou entendu. De ce fait, lorsque la personne déclare des événements passés devant lui, c'est un témoignage direct qui se diffère du témoignage indirect dans lequel le témoin raconte des faits déclarés par une autre personne qui a lui-même vu ou entendu.

Comme la preuve écrite, la preuve testimoniale connaît plusieurs manières d'application, les unes dans les pays de Common Law et les autres dans les pays de droit civil. En effet, pour les juristes de Common Law, la preuve par témoin constitue l'élément essentiel de l'administration de la preuve avec lequel le tribunal pourra vérifier l'exactitude des allégations des parties. Ainsi, dans les pays de Common Law, la preuve par témoin occupe une place très avancée par rapport aux autres preuves²⁷ et elle est plus largement appliquée dans ces pays que dans les pays de tradition romaniste qui sont « *plus sceptiques sur la recevabilité des témoignages et sur l'intérêt d'y recourir systématiquement* »²⁸. Le témoignage présente pour les pays romanistes une infériorité par rapport aux autres preuves, surtout la preuve littérale, de sorte qu'ils considèrent qu'il y a toujours des risques que les déclarations soient mensongères ou que le témoin ne soit pas impartial. Il s'ensuit que la phase orale est beaucoup plus développée dans les pays de Common Law que dans les pays de droit civil.

Sans doute, le développement de la preuve testimoniale dans le système de Common Law paraît clair, de fait que, lors de l'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international, ce sont les pratiques de ce système qui sont souvent appliquées dans la procédure arbitrale internationale qui est, comme on l'a déjà dit, influencée par les règles de droit civil en ce qui concerne la preuve écrite ; mais pour ce qui concerne la preuve orale, ce sont les règles issues du système de Common Law qui s'appliquent dans l'arbitrage international.²⁹

13. La preuve par expertise dans l'arbitrage international. – La troisième façon d'administration des preuves consiste à appeler des experts qui ont pour mission de vérifier les côtés techniques du litige. Mais on se demande pour quelle(s) raison(s) le tribunal ne pourra pas statuer sans ordonner une expertise ? En d'autres termes, pourquoi le tribunal arbitral aura-t-il recours à des experts ?

En fait, dans bien des cas, certaines questions ne peuvent être résolues par le tribunal arbitral que lorsque ces questions sont soumises à une appréciation par une personne compétente, pour la simple raison, que les arbitres n'ont pas toujours toutes les connaissances en la matière. Ainsi, lorsque la complexité du litige rend les arbitres incapables de le trancher,

²⁷ - Les parties sont aussi entendues comme témoins dans les pays de Common Law.

²⁸ - E. Gaillard, « Arbitrage commercial international. Instance arbitrale. Organisation et développement de la procédure arbitrale. Intervention du juge étatique », *JCL procédure civile*, fasc. 1068.

²⁹ - Parmi les règles et les pratiques issues de la Common Law, on retrouve la préparation des témoins avant leur audition.

ceux-ci seront obligés de faire appel à un expert pour résoudre les difficultés techniques pour ensuite permettre au tribunal de se prononcer sur les questions qu'il a appréciées et de donner un avis technique à leur propos. L'expertise a donc pour objet essentiel de donner au tribunal les renseignements qu'il ne possède pas que lorsque l'expert fait son appréciation. Le rôle de l'expert ne sera donc que de fournir au tribunal les informations afin que ce dernier puisse prendre une décision pour trancher le litige.

L'expertise est définie comme la mesure confiée à un technicien pour donner son avis à propos d'une question qui relève de sa propre compétence et dont les arbitres ne peuvent statuer qu'avec cet avis, lorsqu'ils ne possèdent pas d'autres éléments suffisants (art. 146 du code de procédure civile).³⁰ De ce qui précède, il résulte que la mission de l'expert ne peut avoir comme objet que des points à caractère technique et l'avis qu'il donne suite à son appréciation ne doit être que technique et ne portant que des réponses techniques. En définitif, dès lors que dans le procès arbitral se posent des questions d'ordre technique que les arbitres ne peuvent trancher que si des techniciens les apprécient, il y aura recours à une expertise qui aide le tribunal à former sa conviction.

Cependant, si nul ne conteste ce qu'est une expertise, celle-ci constitue l'un des points avec lesquels les pays de Common Law se diffèrent de ceux de tradition civiliste. De ce fait, dans les pays de Common Law, l'expertise est généralement privée de fait qu'il revient aux parties de désigner les experts et de la préparer afin de comparer devant le tribunal arbitral. Ces experts dans ces pays sont une catégorie de témoins qui sera soumis aux mêmes règles que ceux-ci. Par contre, dans les pays de Civil Law, c'est au tribunal qu'il revient de désigner un expert qui doit être impartial et indépendant vis-à-vis des parties.

Cette divergence entre les deux traditions paraît claire dans un arbitrage international surtout lorsque chacune des parties provient d'une tradition différente de celle de l'autre partie. Cependant, comme on l'a déjà dit, la phase orale dans l'arbitrage international est souvent influencée par les pratiques de Common Law, qui considèrent que les règles applicables sur le témoin doivent être appliquées à l'expert, quant à son désignation et sa comparution dans l'audience. A cet effet, bien que le tribunal ait recours dans certains cas à la désignation d'un expert indépendant comme dans les pays de droit civil, l'administration de l'expertise dans l'arbitrage international se déroule souvent selon les méthodes de Common Law.

³⁰ - Art. 146 c.p.c: une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver.

14. Le principe de contradiction. – Après une brève exposition de chacun des modes de preuve utilisés dans l'arbitrage international, il est utile d'énoncer que tout au long de l'administration des diverses preuves, certains droits revenant aux parties doivent être respectés. Parmi ces droits, on retrouve le principe de la contradiction qui constitue l'un des piliers de l'instance arbitrale³¹. A cet effet, chacune des parties doit avoir la possibilité de connaître les preuves de l'adversaire, de se prononcer à leur propos et de les contredire si besoin. C'est donc à partir de l'égalité des armes qui relève de l'ordre public procédural qu'il doit être offert à chaque partie la chance de présenter sa cause et de la soutenir par les différents modes de preuve afin d'être sur un pied d'égalité et, de ce fait, il sera reconnu à chacune des parties, le droit à une contradiction de tous les éléments présentés dans l'instance et de tous les événements qui se déroulent au sein de cette instance.

15. La pratique de l'administration des preuves dans l'arbitrage international. – Pour pouvoir donner à chaque preuve utilisée dans l'arbitrage international sa propre valeur, il faut connaître d'abord la catégorie à laquelle elle appartient. De ce fait, dans l'arbitrage international qui regroupe des intervenants issus de toutes les traditions juridiques et de différentes nationalités, il revient aux parties, ou à défaut au tribunal arbitral, de régler la procédure et de choisir les règles applicables à leur arbitrage en particulier les règles qui concernent l'administration de la preuve.

Cependant, l'administration de la preuve dans l'arbitrage international ne constitue pas une question dont la réponse est simplement donnée mais elle provoque certaines difficultés qui doivent être résolues. Ainsi, une partie provenant d'un pays dans lequel la preuve écrite prévaut sur toute autre preuve ne sera plus à l'aise si on la prive de l'utilisation d'un document préconstitué à l'avance comme moyen de preuve et lui dire qu'il faut apporter uniquement des preuves par témoins. C'est aussi le cas d'un juriste habitué à apporter des témoins qui les prépare et puis, soudainement on l'informe qu'il est interdit de procéder à ces démarches dans l'instance arbitrale internationale à laquelle il assiste. Ainsi, suite à la diversité des traditions des parties qui désirent souvent appliquer la formation qu'ils ont reçue dans leur pays, il a été nécessaire d'instituer des pratiques et des modes avec lesquels l'instance arbitrale se déroulera.

³¹ - C. Kessedjian, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995, p. 381 ; voir aussi E. Loquin, « De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les parties », *RTD com.* 2007, p. 689.

A cet effet, la pratique dans l'arbitrage international a pris en considération les divergences de tous les systèmes juridiques et a établi un système *sui generis* avec lequel les parties ou leurs représentants peuvent procéder à l'administration des preuves qu'ils souhaitent présenter dans l'instance. De ce fait, l'administration de la preuve dans l'arbitrage international se déroule selon des règles empruntées aux différents systèmes juridiques. C'est ainsi que la preuve écrite dans l'arbitrage international est souvent influencée par les pratiques issues du système appliqué dans les pays de droit civil dans lesquels la preuve par écrit domine sur toutes les autres preuves surtout la preuve par témoin, tandis que la preuve par témoin dans l'instance arbitrale internationale est administrée selon les règles et les pratiques appliquées dans les pays du système de Common Law³².

Comme on l'a déjà dit, et d'une manière générale, les preuves utilisées dans l'arbitrage international sont souvent la preuve écrite, la preuve orale et l'expertise. La preuve écrite ou littérale est formée des pièces et documents qui sont en possession des parties ou des tiers et qui intéressent le litige soumis à l'arbitrage. C'est donc une preuve qui prend comme point de départ un écrit qui est constitué sur support papier ou sur support électronique avec lequel les parties pourront prouver leurs allégations parce qu'elles possèdent une preuve préconstituée à l'avance. En ce qui concerne la preuve orale, c'est celle qui aura besoin d'un témoin qui déclare des informations qu'il connaît à propos des faits litigieux. C'est donc l'intervention d'un tiers qui donne à la preuve par témoin son nom. Enfin, pour ce qui concerne la preuve par expertise dans l'arbitrage international, cette preuve est dirigée par un expert qui possède des compétences suffisantes pour donner les réponses techniques nécessaires aux questions d'ordre technique.

Cependant, dans les pays de Common Law, l'expert est d'une part considéré comme un témoin et, d'autre part, il est soumis aux mêmes règles que ce dernier. De ce fait, il est tout à fait naturel que la preuve par expertise dans l'arbitrage international sera influencée par les règles appliquées aux experts dans le système de Common Law et par suite il ne sera pas étranger si on dit qu'elle relève des preuves orales.

16. Plan – Il s'ensuit que les preuves dans l'arbitrage international pourront être réparties en deux catégories : la première catégorie est constituée par les preuves écrites, sur support papier ou sur support électronique, et la seconde catégorie est formée par les preuves orales

³² - Cependant, rien n'empêche les parties de se mettre d'accord pour administrer autrement les preuves par des conventions qu'elles concluent à ce propos.

qui contiennent la preuve par témoin et la preuve par expertise. Ainsi, pour mettre en relief le déroulement de l'administration des preuves dans l'arbitrage international, il faut s'intéresser d'abord aux preuves écrites (première partie) et ensuite aux preuves orales (deuxième partie).

Première partie – Les preuves écrites

17. Aux termes de l'article 1316 du code civil, *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.*

Sans aucun doute, l'analyse de cet article permet directement de constater que l'écrit, quelle que soit sa forme, constitue l'élément essentiel qui entre dans la formation de la preuve écrite et à travers lequel cette preuve pourra être présentée afin de permettre aux plaideurs de prouver leurs droits. C'est donc avec les lettres, les chiffres et toutes les autres formes d'écritures qu'un mode de preuve est nommé « preuve écrite ». Par conséquent, La preuve écrite est constituée par les divers écrits susceptibles d'être produits dans une instance, quelle soit une instance étatique ou arbitrale.

18. Mais, afin de pouvoir produire une preuve écrite, celle-ci doit nécessairement être constituée à l'avance. En d'autres termes, pour que les plaideurs puissent prouver leurs droits en vertu d'une preuve écrite, les documents formant cette preuve doivent être rédigés avant la naissance du litige c'est-à-dire à l'époque où les parties se sont engagées à exécuter les stipulations de leur accord. La preuve écrite est donc celle préconstituée en prévision d'une contestation éventuelle.

19. Traditionnellement, l'écrit est confondu avec le support sur lequel il est constitué. En effet, depuis sa naissance, la preuve écrite est connue comme celle qui doit être présentée sur un papier sur lequel on trouve des écritures contenant toutes les stipulations et pouvant aider à rechercher qui, parmi les litigants, dit la vérité. En ce sens que les plaideurs ont le devoir de produire tous les documents qui leur aident à bien soutenir leurs allégations.

Cependant, cette confusion est finie avec l'arrivée d'un nouveau mode d'écriture qui consiste à dématérialiser les rapports élaborés entre les signataires des contrats. Ainsi, lorsque les contractants souhaitent conclure un contrat, ils peuvent le faire non pas seulement sur un papier mais aussi en utilisant un support électronique sur lequel paraissent les stipulations que les parties contractantes ont voulues exécuter. Dès lors, comme pour la signature des parties sur le contrat rédigé sur papier, cette signature peut aussi être faite sur un support électronique.

20. Un nouveau mode de preuve écrite est alors né ; c'est la preuve électronique qui prend comme point de départ un acte conclu sous forme électronique et engendre les mêmes effets que l'acte signé sur papier. De ce fait, malgré quelques ressemblances, la preuve sur support électronique est désormais reconnue comme mode de preuve autonome de la preuve écrite traditionnelle présentée sur support papier. Cette reconnaissance a été consacrée dans les différentes législations et, par suite, les plaideurs dans une procédure arbitrale internationale peuvent choisir d'appliquer les dispositions insérées dans ces législations et concernant la preuve écrite tant sur support papier que sur support électronique. La loi a mis donc fin à la confusion entre l'écrit et son support.

Dès lors, la définition de la preuve littérale ou par écrit, permet de couvrir aussi bien l'écrit traditionnel sur support papier que tout document élaboré sous forme électronique. La preuve écrite constitue alors « *le procédé par lequel un plaideur justifie l'existence de son droit au moyen d'un écrit* »³³ préconstitué à l'avance sur support papier (Titre 1), ou sur support électronique (Titre 2).

³³ - A. Huet, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, p. 169.

Titre I – La preuve écrite sur support papier

21. L'arbitrage international, le mode de règlement des litiges en matière de commerce international, permet aux plaideurs de régler leurs différends à l'abri des juges étatiques. Cependant, bien qu'elles choisissent par acte de volonté les arbitres et parfois les règles applicables au fond du litige et à la procédure arbitrale, les parties ne peuvent jamais trop s'éloigner de ce qui se déroule devant les juridictions étatiques quant aux démarches du procès et aux méthodes que les juges suivent lors de la résolution du litige. De ce fait, les parties seront en mesure de se comporter comme si elles étaient devant un juge étatique et, de même, les arbitres doivent être des vrais juges.

22. Comme dans les instances étatiques, divers modes de preuve sont admissibles dans la procédure arbitrale internationale. Parmi ces modes de preuve, on trouve la preuve écrite aussi appelée littérale. La preuve littérale consiste en ce que les plaideurs ou même des tierces personnes, détenteurs de certains écrits, présentent ces écrits dans l'instance aux fins d'examen pour ensuite permettre au tribunal de rendre une sentence par laquelle le litige sera tranché.

23. Ainsi, les parties jouent un grand rôle avant le déclenchement de l'instance. En effet dans la majorité des cas, il est préférable aux plaideurs, ayant conclu et réalisé entre eux des accords et des opérations commerciales, de conserver une preuve de leurs rapports. Ainsi, lors de la naissance d'un conflit, cette preuve leur permet de prouver facilement leurs droits. La conservation de la preuve consiste, en premier lieu, en ce que les parties à un contrat, constituent par écrit le contenu de leur convention. De ce fait, les parties ont la grande liberté de choisir la manière avec laquelle l'acte sera rédigé. Elles peuvent par exemple s'adresser à un officier public à qui la loi donne compétence pour obtenir un acte authentique ou encore elles peuvent elles-mêmes rédiger un acte sans l'intervention d'un officier public. Cet acte sera alors nommé acte sous seing privé.

Les parties jouent également un rôle important durant le déroulement du procès car c'est à elles qu'incombe la mission de prouver leurs propres allégations en vertu des multiples modes de preuve parmi lesquels la preuve écrite constitue le premier moyen sur lequel le tribunal arbitral peut se référer pour trancher le litige.

24. Il en résulte qu'une fois présentés, les actes écrits forment un moyen sincère de preuve que les parties pourront apporter dans une instance afin de convaincre le tribunal arbitral. Ce

dernier ne peut jamais ignorer leur valeur surtout s'ils remplissent toutes les conditions exigées. Par conséquent, pour que les parties puissent produire une preuve écrite dans un procès arbitral international, elles doivent d'abord la préconstituer pour ensuite la communiquer comme mode de preuve.

Ainsi, dans une première étape, il est nécessaire d'étudier la formation de la preuve écrite (chapitre 1), puis, nous étudierons dans un second chapitre l'administration de la preuve écrite dans l'arbitrage international (chapitre 2).

Premier chapitre – La formation de la preuve écrite

25. A l'instant même où un contrat est signé, contenant les diverses clauses et stipulations y compris une clause compromissoire, la finalité des parties sera sans doute l'exécution des obligations qui y sont contenues. Mais, suite à une raison non souhaitable, qui peut être la mauvaise foi de l'un des contractants ou bien un incident extérieur à la volonté des parties, un conflit apparaît impliquant le déclenchement d'un procès ayant, en principe, comme plaideurs les mêmes parties contractantes. A cet effet, le recours à l'arbitrage sera nécessaire pour régler le différend survenu. De ce fait, le contrat écrit forme presque une preuve complète des obligations que les parties ont voulues exécuter au regard de la permanence et de la stabilité de ce qui a été mentionné dans la convention. Celle-ci ne peut recevoir aucune interprétation (sauf ambiguïté) surtout lorsqu'elle réunit toutes les conditions que la loi impose pour les actes instrumentaires. Par conséquent, l'écrit, qui joue un rôle décisif dans la détermination des droits de chaque partie au contrat, forme une vraie preuve écrite dont son contenu doit être abordé (section 1).

26. Cependant, il ne suffit pas que les parties rédigent et conservent l'acte écrit. En effet, à l'issue d'un conflit soumis à l'arbitrage, les parties doivent présenter toutes les preuves qu'elles possèdent au tribunal arbitral afin de lui permettre de résoudre les points litigieux en se référant à ces moyens de preuve. Les parties, et même parfois les tiers qui ont en leur possession des écrits qui intéressent le litige, seront alors en mesure de communiquer, volontairement ou par la force, les actes et les documents qui ont été constitués préalablement et se trouvant entre leurs mains. Il y aura donc une phase de communication des différents écrits qui peuvent éventuellement contribuer à la résolution du litige (section 2).

Première section – Le contenu de la preuve écrite

27. L'écrit, le mode de preuve le plus sincère, comme on le verra plus bas, constitue l'un des piliers du système des preuves. Cet écrit, utilisé jadis pour conserver les légendes, a subi au cours des siècles des fluctuations. Ainsi, tandis qu'il a fait foi dans certains moments, il a été méconnu dans d'autres. Cependant, même dans les cas où l'écrit n'a pas été reconnu par un grand nombre d'auteurs, d'autres estimaient que l'écrit formait un meilleur moyen de preuve qui pourrait servir pour trancher un litige. Peu à peu, ce mode de preuve s'est largement répandu pour finalement constituer la pierre angulaire de l'administration de la preuve dans plusieurs législations. Ce qui a incité les lois pour faire plus de confiance en ce qu'on appelle « l'écrit ». Cela paraît clair surtout dans la conclusion des contrats aussi bien dans leur forme que dans l'exigence du respect de certaines formalités afin de constituer la meilleure preuve à savoir la preuve écrite.

Ainsi, afin de bien traiter le contenu de la preuve écrite, il nous faut décrire, dans un premier paragraphe, ce que sont l'écrit et la preuve écrite (§1) et, dans un second paragraphe, il faut étudier les actes instrumentaires qui forment des moyens de preuve écrite susceptibles d'être présentés dans une instance arbitrale (§2).

§1 – De l’écrit et de la preuve écrite

28. L’écrit qui a été depuis fort longtemps utilisé, constitue toujours l’un des modes le plus usité en matière de preuve tant devant les juridictions étatiques que dans les instances arbitrales. A cet effet, une description générale de l’écrit et de la preuve écrite nous permet de mieux comprendre la croissance de cette dernière (A) pour ensuite décrire le statut général de la preuve écrite dans l’arbitrage international (B).

A – De l’écrit et de la preuve écrite en général

29. Comme son nom l’indique, la preuve écrite découle d’un écrit de sorte qu’elle n’a pas de valeur sans celui-ci. Il paraît alors important de donner d’abord la notion de l’écrit (1) puis la notion de la preuve écrite (2).

1) Notion de l’écrit

30. La définition et le contenu de l’écrit (a) constituent le préalable même à la connaissance de sa finalité (b).

a) Définition et contenu de l’écrit

31. L’écriture est un moyen efficace qui sert à la fixation et à la conservation du langage. Sans écrits, l’Histoire s’estompe et ne survivent que les légendes. « *Il n’est donc pas étonnant qu’en matière de preuve une grande importance soit accordée à la relation écrite des actes et des faits* »³⁴, au moins dans les pays de droit civil dans lesquels cette importance s’est accrue pendant et depuis la rédaction de leurs codes civils.

32. Néanmoins, il faut préciser davantage ce qu’est un écrit, voire ce que peut être cet écrit. Par une analyse, l’écrit peut être considéré « *comme un acte juridique par lequel les parties s’engagent à ne pas remettre en cause les propositions qui y sont contenues* »^{35 et 36}. De ce fait, l’écriture, ou l’écrit, constitue l’un des procédés dont l’objet final dirige parfois vers la résolution d’un litige. De cette dernière hypothèse, il résulte que l’écrit forme un antécédent d’un litige éventuel et n’aura de sens que dans le cas de la rencontre de deux ou plusieurs volontés³⁷. A cet effet, lorsque cette pluralité de volontés existe, on peut donc énoncer qu’un

³⁴ - J. Ghestin et G. Goubeaux, op.cit., p.659.

³⁵ - X. Lagarde, op.cit., p. 175.

³⁶ - La facilité que présente la rédaction d’un écrit explique la désuétude dans laquelle est tombé un procédé de preuve que le code civil, dans l’article 1333, assimile à l’écrit; ce sont les tailles qui sont un mode de preuve autrefois utilisé pour constater par exemple des fournitures usuelles faites à un consommateur.

³⁷ - Th. H. Groud, op.cit., p. 51.

véritable document est né contenant les diverses stipulations auxquelles les parties ont consenti³⁸. C'est en définitif un contrat qui lie toutes les parties contractantes.

33. Un écrit peut aussi contenir des stipulations unilatérales ou bien même des informations personnelles. Ce type d'écrit peut également former l'un des moyens qui peuvent contribuer à la recherche d'une solution d'un litige. A partir de là, il est à remarquer qu'il existe une assez grande variété d'écrits qui, en se référant à leur contenu, pouvant être produits en justice et invoqués comme modes de preuve³⁹. Ainsi, on peut distinguer les actes tels que l'acte authentique et l'acte sous seing privé, les livres de commerce, les actes recognitifs, ... etc. Cependant, certains autres documents forment des écrits mais ils ne sont pas créés nécessairement pour servir de preuve. C'est le cas d'un ouvrage écrit par un auteur ou d'un article écrit concernant un sujet déterminé, ...etc. Mais, ce qui nous intéresse le plus, sont sans doute les écrits pouvant constituer un véritable mode de preuve apte à être présenté dans un procès en particulier un procès arbitral et qui contribue à la résolution d'un litige soumis à l'autorité d'un tribunal arbitral.

b) La finalité de l'écrit : pour preuve ou pour validité

34. En matière contractuelle, les obligations, qu'elles soient synallagmatiques ou unilatérales, dérivent dans la majorité des régimes juridiques de l'exigence d'un écrit. A cet égard, les législations se répartissent en deux groupes. On trouve d'un côté les pays qui exigent, dans des mesures différentes, un écrit tel que la France; ainsi que tous les pays influencés par le code civil tels que l'Italie et le Liban. De l'autre côté, on trouve les pays dans lesquels domine la liberté de preuve comme la Grande Bretagne et l'Allemagne⁴⁰.

En fait, lorsqu'un texte oblige à la rédaction d'un écrit, il faut préciser s'il pose une règle de forme ou une règle de preuve. Lorsque l'écrit « *est érigé en condition de forme, il constitue une condition essentielle pour la validité du contrat* »⁴¹. Tout défaut dans les formes rend le contrat invalide et par suite nul. En revanche, lorsque l'écrit est exigé à titre de preuve, « *son absence n'affecte pas le droit lui-même mais les parties auront de très grandes difficultés à*

³⁸ - Il y a deux choses à examiner dans un document : la première est la forme c'est-à-dire l'acte matériel par le biais de l'écriture et de la signature ; et la deuxième est le contenu c'est-à-dire le sens et la sincérité de ce qui y est écrit.

³⁹ - J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., p. 659.

⁴⁰ - Académie internationale de droit comparé, XIV^e congrès international de droit comparé, la valeur du témoignage en droit civil, sous la direction de H. Safai.

⁴¹ - M.-A. Guerriero, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J. 1975, p. 165.

rapporter la preuve de leur engagement »⁴². Dans ce dernier cas, l'écriture est donc considérée comme une condition destinée à couvrir les actes de volonté sous peine d'une difficulté pour prouver les droits qui y sont contenus.

35. Cependant, pour les actes conclus à l'étranger, ceux-ci sont normalement soumis, quant à leur forme et leurs modes de preuve aux dispositions de la loi du pays où la convention est signée. A cette dernière loi seule il revient de définir la finalité de l'écrit c'est-à-dire s'il est exigé pour la validité du document ou pour prouver son contenu. Il faut alors dépasser les règles de ce pays pour vérifier si la preuve impose un écrit.

Il en résulte que l'écrit joue un rôle très important. D'une part, il valide un contrat et, d'autre part, il sert à le prouver. Néanmoins, ce sont les obligations, synallagmatiques ou unilatérales, qui feront l'objet de notre étude de part leur présentation comme mode de preuve dans l'arbitrage international et uniquement pour remplir cette fonction.

2) La notion de la preuve écrite

36. Si la définition de la preuve écrite a subi une évolution, son histoire l'a subie encore. Avant de décrire l'histoire de la preuve écrite (b), une définition de cette preuve semble importante (a).

a) Définition de la preuve écrite

37. La preuve écrite, encore nommée littérale, constitue l'un des moyens de preuve parfaits en vertu duquel les actes juridiques pourront être prouvés. A partir de là, l'écrit présente la plus grande importance. Jusqu'à une date récente, ni le code civil, ni un autre texte n'ont donné une définition pour la preuve littérale. Cette définition « *semblait aller de soi* »⁴³.

38. Néanmoins, au cours des dernières décennies, suite au développement des nouvelles techniques de communication à distance et l'utilisation fréquente de l'outil informatique dans les opérations du commerce, il a été nécessaire de trouver des nouvelles dispositions légales. Ainsi, afin de reconnaître l'acte électronique, et pour admettre comme preuve des documents électroniques, une définition de la preuve écrite s'est édictée par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000⁴⁴ transposée de la directive européenne 1999/93/CE du 13 décembre 1999 et

⁴² - Institut de droit de l'Université de Paris II, *La forme et preuve du contrat*, sous la direction de René Rodière, Editions A. Pedone, 1979, p. 28.

⁴³ - J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, Tome 3, le rapport d'obligation, 6^{ème} éd., Sirey, 2009, p. 19.

⁴⁴ - Journal officiel 14 mars 2000.

portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique de sorte qu'elle a modifié l'article 1316 du code civil. La preuve littérale est donc, d'après les termes de cet article, celle qui *résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission*.

De ce qui précède, il résulte que la preuve écrite faite à partir de l'écrit, forme, d'après les dispositions de l'article 1316, le mode le plus accompli parce qu'elle forme une preuve parfaite, directe et complète. Il est dès lors utile de constituer au préalable certaines preuves faciles à retrouver ultérieurement lorsqu'on aura besoin.

b) Histoire de la preuve écrite

39. A l'instar de la définition de la preuve littérale, l'histoire de cette preuve a subi encore une évolution. Avant le Moyen Age, la preuve par témoins prévalait sur la preuve littérale. Mais, lorsque la pratique d'écrire n'était plus répandue qu'entre un certain nombre de clercs, la maxime « Témoins passent lettres » ne fut pas toujours admise. Cependant, cette doctrine n'avait pas prévalu au quinzième siècle. Ainsi que nous le rapporte un ancien auteur : *« s'il advient qu'en jugement une partie se veuille aider de lettres de preuve, et l'autre partie se veuille aider de témoin singulier, sachez que la vive voix passe vigueur de lettres, si les témoins sont contraires aux lettres »*.

Cette pratique se rapprochait en quelque sorte de ce qui était connu en Angleterre aux XIII^e et XV^e siècles périodes pendant lesquelles les juges de Common Law se tournèrent, après hésitations, vers la procédure que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de jury. Cette notion désigne un groupe d'hommes assermentés *« pour donner une réponse ou un avis basé sur leur propre connaissance des faits »*⁴⁵.

40. Néanmoins, la possibilité donnée à la preuve orale pour attaquer la preuve écrite n'a jamais été admise sans limite. C'est en 1566 qu'elle a été définitivement supprimée en France par l'ordonnance de Moulin dont l'ordonnance de Colbert de 1667 et l'article 1341 du code civil n'ont fait que reproduire la décision⁴⁶. De même, dans les lois de Common Law, un

⁴⁵ - E. Bonnier, op. cit. p. 115.

⁴⁶ - Pour la loi islamique (Chariia), dans les procédures de preuve, la preuve écrite n'était pas classée dans le même rang de la preuve orale. Ainsi, le système de preuve dans la Chariia a donné une importance primordiale à la preuve par témoins pour la simple raison qu'une contrefaçon et un faux peuvent attaquer la preuve écrite. Mais plus tard, la doctrine islamique a commencé de plus en plus à faire prévaloir la preuve écrite sur toute autre preuve.

commencement d'une doctrine de la preuve écrite est apparue depuis le 18^{ème} siècle avec l'un des premiers traités en la matière nommé « The Law of Evidence » écrit par William Nelson en 1717⁴⁷. Ainsi, bien que certains pays n'admettent pas encore l'exclusion de la preuve testimoniale⁴⁸, le principe disant « Lettres passent témoins » est aujourd'hui généralement admis dans la plupart des pays d'Europe. Il serait même vrai de dire que l'utilité de la preuve préconstituée n'est jamais contestée⁴⁹, même chez les peuples issus du système de preuve morale de sorte que cette preuve soit aussi admise comme les autres modes de preuve que ce soit devant les juridictions étatiques ou dans les procédures arbitrales.

⁴⁷ - J.N. Adams et G. Averley, *A bibliography of eighteenth century legal literature*, Averro Publication, 1982, p. 416.

⁴⁸ - En Angleterre, vers la fin du XVIII^e siècle, de nouveaux traités sont apparus, comme de nouvelles formes de littérature juridique. Graduellement, les règles régissant la preuve orale ont atteint le même degré d'importance que celles relatives aux écrits.

⁴⁹ - E. Bonnier, *op.cit.*, p.394.

B – De la preuve écrite dans l'arbitrage international

41. La définition qu'on a donnée à la preuve écrite s'étend sans doute à celle en matière d'arbitrage international. Cependant, sur le plan de l'arbitrage international, cette définition demeure incomplète si on ne mesure pas l'attitude de la preuve écrite (1) avec laquelle on pourra ensuite déduire le mérite réel de cette preuve (2).

1) Le rôle de la preuve écrite dans l'arbitrage international

42. Malgré les brèves controverses mentionnées ci-dessus entre les systèmes de Common Law et de Civil Law, les procédures appliquées en matière de preuve dans l'arbitrage international ne sont que rarement celles suivies devant les juridictions étatiques. Le pouvoir de l'arbitre de régler la procédure arbitrale, en l'absence de conventions des parties, lui permet ainsi de déterminer sans aucune restriction, les principes d'administration de la preuve⁵⁰. Ainsi, certaines lois d'arbitrage admettent expressément pour l'arbitre une liberté pour régir plusieurs aspects de l'administration de la preuve⁵¹. Ce libéralisme, donné en principe aux parties, ou à défaut à l'arbitre, permet de réaliser, sur divers territoires, des arbitrages « *qui empruntent à des traditions juridiques très diverses* »⁵². De plus, les contractants peuvent s'accorder pour écarter certaines dispositions qui concernent la preuve par le biais de conventions qui auront pour objet de restreindre l'admission de la preuve écrite ou de faire prévaloir celle-ci sur la preuve par témoin⁵³.

43. Cependant, la preuve écrite reste « *la Reine des preuves* »⁵⁴. L'obligation de préconstituer une preuve écrite est généralement dictée dans un large domaine⁵⁵. La justification de la règle réside certainement dans le principe « *d'une supériorité de l'écrit sur les autres modes de preuve, en particulier les témoignages* »⁵⁶. Ce principe semble marquant bien que la caractéristique essentielle de la Common Law en matière de preuve soit d'admettre largement le recours à la preuve orale pour produire des éléments de preuve devant le tribunal⁵⁷.

⁵⁰ - J. F. Poudret et S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., 2002, p. 581.

⁵¹ - Article 19 al. 2, 2^{ème} phrase de la loi type ; article 1042 al.4 de la nouvelle loi allemande ZPO ; sect.34 (2)(f) de l'arbitration act de 1996.

⁵² - Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op.cit., p.704.

⁵³ - Voir infra, Les conventions sur la preuve, n°160 et s.

⁵⁴ - Th. H. Groud, op. cit. p. 352.

⁵⁵ - Voir infra, L'obligation de préconstituer une preuve écrite, n°141 et s.

⁵⁶ - J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit. p.635.

⁵⁷ - En général, tous les moyens de preuve sont admissibles en Common Law.

Cependant, dans la majorité des cas et d'une manière générale, la pièce écrite constitue la preuve par excellence en matière d'arbitrage international⁵⁸.

2) Le mérite de la preuve écrite

44. C'est à partir de l'écrit préconstitué que les parties pourront dégager, en principe, la preuve des faits allégués. D'une part, parce que « *toute preuve est de nature littérale, en ce sens que l'opération débute toujours par la rédaction d'un écrit qui, quel que soit le mode de preuve auquel il se rattache, constitue l'élément qui accomplit effectivement l'opération de preuve* »⁵⁹. D'autre part, parce que « *l'interprétation de cet écrit considéré comme élément constitutif de l'opération de preuve, est aussi de nature littérale quel que soit le mode de preuve qui a donné lieu à la rédaction de cet écrit* »⁶⁰. Par exemple, les parties et le tribunal ne peuvent se référer à ce que le témoin a vu ou à ce qu'il a dit, mais ils doivent se référer à ce qui est consigné dans le procès verbal d'enquête.

45. De ce qui précède, il résulte que l'écrit reste toujours un moyen très efficace pour fixer la volonté se trouvant dans les actes juridiques ou pour conserver certains événements qui constituent des faits juridiques. De ce fait, par la signature apposée sur un acte juridique, ce dernier vaut reconnaissance par les parties en énonçant bien les obligations auxquelles elles se sont engagées. En d'autres termes, par acte juridique on entend un écrit en vertu duquel les parties ne peuvent pas remettre en cause les stipulations qui y sont contenues. Il joue alors un rôle primordial dans la fixation des obligations de chacune des parties contractantes⁶¹. (L'acte juridique peut aussi être une manifestation de volonté qui peut être purement verbale. Le vendeur et l'acheteur en exprimant leur accord sous cette forme, l'échange de leurs volontés n'en détermine pas moins un acte juridique⁶² dont « *la nature juridique s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu* »⁶³).

46. Ainsi, dans l'arbitrage international, l'institution privée à l'abri des juridictions étatiques, les écrits, c'est-à-dire les actes, sont reçus sous deux conditions: qu'ils soient certifiés et qu'ils possèdent une force probante. A cet effet, l'acte soumis à l'arbitrage international et muni de

⁵⁸ - Malgré que la procédure orale est aussi largement utilisée dans les arbitrages internationaux.

⁵⁹ - E.Causin, « La preuve et l'interprétation en droit privé », in *La preuve en droit*, études publiées par Ch. Pérelman et P. Foriers, Bruxelles 1981, p. 202.

⁶⁰ - E. Causin, idem.

⁶¹ - L'acte est un élément de la vie sociale. Outre les parties, les tiers doivent en tenir compte.

⁶² - La terminologie latine était plus claire ; elle opposait le *negotium* -l'acte juridique- à l'*instrumentum* -le document qui le constate.

⁶³ - C. Landais et F. Lenica, « La nature juridique du contrat s'apprécie à la date de sa conclusion », *AJDA*, 2006, p. 2382.

ces deux conditions doit avoir un « passe-partout » le rendant accepté au moins dans le pays de l'exécution de l'acte, dans celui du siège de l'arbitrage et dans le territoire où la sentence arbitrale sera exécutée et prendra effet. En conséquence, un acte, qu'il soit authentique ou sous seing privé, doit, d'une part, avoir effet dans des pays autres que celui dans lequel il a été conclu surtout s'il remplit les deux conditions qu'on a citées et, d'autre part, il doit être admis comme mode de preuve dans l'arbitrage international sans se demander à propos de son origine tant que l'arbitrage ne connaît ni territoire ni législation.

Ainsi, comme on l'a dit, les actes de nature à être produit en justice et à servir de preuve sont multiples⁶⁴ : l'acte authentique, l'acte sous seing privé, l'acte électronique, l'acte reconnaissant, l'acte confirmatif, ...etc. Nous tenterons de développer les trois premiers actes⁶⁵ en vue de leur importance dans l'arbitrage international et de laisser les autres actes bien qu'ils présentent certaines particularités, pour la simple raison qu'ils sont peu usités comme mode de preuve au sein d'une instance arbitrale internationale.

⁶⁴ - A côté des actes, il existe plusieurs variétés d'écrits : les lettres missives, les livres de commerce, les registres et papiers domestiques ... etc.

⁶⁵ - Pour l'acte électronique, il sera développé dans un titre à part lors du traitement de la preuve électronique.

§2 – La preuve écrite dans les actes instrumentaires

47. Devant une juridiction, qu'elle soit étatique ou arbitrale, il ne suffit pas que les plaideurs présentent leurs allégations, il faut les prouver. Ainsi, prouver les diverses demandes c'est pour les parties présenter leurs arguments. A cet égard, les parties à l'instance se trouvent obligées de produire toutes leurs preuves qu'elles possèdent entre leurs mains y compris tous les écrits. Les écrits les plus sincères dans la plupart des cas paraissent être les contrats conclus parce qu'ils contiennent les différents droits et obligations que les parties se sont engagées à respecter. Plusieurs actes peuvent être conclus, cependant seuls les actes authentiques (A) et les actes sous seing privé (B) feront l'objet de notre développement au regard de la force qu'ils présentent comme modes de preuve.

A – Les actes authentiques

48. D'après l'article 1317 du code civil français, *l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises*. Les dispositions de cet article sont claires : elles traitent, d'une part, de l'organisation de l'acte authentique et, d'autre part, du rôle de chacun des intervenants à cet acte surtout celui de l'officier public. Ainsi, nous traiterons premièrement de la constitution de l'acte authentique (1) et deuxièmement des formalités exigées pour qu'il y ait un acte authentique (2).

1) L'organisation de l'acte authentique

49. Le domaine des actes authentiques est large en raison de la diversité des actes nommés ainsi. Cependant, ce qui nous intéresse est l'acte notarié. Une notion générale de l'acte authentique fera donc le sujet d'un premier titre (a), puis nous examinerons, dans un second titre (b), l'utilité de l'acte notarié (b).

a) La notion d'acte authentique

50. Les écrits les plus probants sont les actes dits authentiques. Le mot authentique « est dérivé du grec et signifie proprement « *ce qui a un auteur certain et par conséquent de l'autorité* »⁶⁶. De ce fait, la preuve préconstituée qui doit inspirer le plus de confiance est celle émanée des personnes telles que les officiers publics qui sont dotés de la mission de recevoir

⁶⁶ - Ch. Toullier et J.-B. Duvergier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Tome 8, 6^{ème} éd. continuée et complétée par J.-B. Duvergier, Paris, J. Renouard, 1843, p.112.

des déclarations des parties. Les actes rédigés par les officiers publics sont donc nommés authentiques.

51. La notion d'acte authentique n'a été traitée que rarement par la doctrine civiliste qui reprend souvent la définition que donne le code civil pour les actes authentiques⁶⁷. Cependant, une notion d'acte authentique a été donnée lors de la création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées par l'article 4.3 du règlement n° 805/2004⁶⁸ qui le définit comme un *Acte dressé ou enregistré formellement en tant qu'acte authentique et dont l'authenticité porte sur la signature et le contenu de l'acte authentique et il a été établi par une autorité publique ou toute autre habilité à ce faire par l'Etat membre d'origine*.

Néanmoins, la définition que le code civil français a donnée à l'acte authentique dans l'article 1317 semble plus claire. Comme on l'a dit ci-dessus, cet article dispose que *l'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises*. C'est donc un acte dressé par un officier public ayant reçu de la loi la compétence d'établir des actes et qui, en raison de la qualité de son rédacteur, « *mérite qu'on lui accorde une autorité particulière* »⁶⁹. En résultat, l'acte authentique est celui conclu conformément aux formes imposées par la loi, par une personne que la loi lui a reconnu compétence pour le dresser, notamment un officier d'état civil pour les actes d'état civil et un notaire pour les conventions des particuliers⁷⁰.

52. Les actes authentiques les plus importants au point de vue de la preuve, et pour notre étude actuelle, sont incontestablement ceux auxquels se réfèrent les dispositions du code civil dans le Livre III Titre III : ce sont les actes notariés⁷¹. Mais avant de traiter l'acte notarié en ses conditions, mentionnons qu'historiquement, à Rome, il y avait des tabellions qui rédigeaient, sur demande des contractants, des écrits constatant leurs conventions. Ces tabellions se rapprochent des notaires de nos jours. Mais au Moyen Age, on distinguait les écritures privées et les écritures publiques. Les écritures privées étaient celles qui étaient dressées en présence de témoins ou même du tabellion qui était comme le notaire.

⁶⁷ - Aubry et Rau, op.cit., p. 127.

⁶⁸ - Règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004 entré en application le 21 octobre 2005.

⁶⁹ - A. Huet, op. cit. p.190.

⁷⁰ - Mais beaucoup d'autres actes bénéficient de l'authenticité comme les décisions judiciaires et les procès verbaux, les rapports d'expertise dans la limite de la mission judiciairement assigné à l'expert.

⁷¹ - Notre futur développement sera concentré sur cet acte en raison de son importance par rapport à notre sujet – « Les preuves dans l'arbitrage international ».

b) L'utilité de l'acte notarié

53. Les conditions qui doivent être présentes dans l'acte, pour qu'il puisse être un acte notarié et par suite produire ses effets, sont de deux sortes : les premières sont extrinsèques exigées uniquement pour l'exécution de l'acte; les secondes sont intrinsèques, indispensables pour la foi de l'acte.

En ce qui concerne les conditions extrinsèques, elles sont destinées à donner à l'acte une force particulière : c'est la force exécutoire. Cet effet doté à l'acte notarié est sans doute contraignant de sorte qu'à défaut d'exécution volontaire des obligations, le créancier pourra directement saisir le débiteur sans nécessité de prendre jugement contre celui-ci. L'acte notarié est alors spécifié par l'efficacité et la rapidité.

54. Cependant, les conditions sollicitées par l'article 1317 du code civil pour que l'acte reçu par un notaire fasse foi, sont exclusivement celles de la deuxième catégorie c'est-à-dire les conditions intrinsèques⁷². L'histoire a toujours démontré un besoin de prouver les contrats. A cet effet, il ne semble pas qu'il se trouve une solution plus perfectionnée que le recours à un écrit ayant subi l'authenticité d'une autorité créée pour cette fin même dans le cas où le témoignage paraît comme la première réponse.

55. La nécessité de rédiger un acte notarié concerne presque strictement les contrats ayant une gravité particulière tels que les contrats de vente ou de créance qu'ils soient sur un même territoire ou transfrontaliers. Dans ce dernier cas, les contrats sont souvent soumis à un arbitrage international dès l'instant qu'un conflit surgisse⁷³. Il faut cependant noter qu'en matière commerciale, et surtout dans le commerce international, la rédaction d'un acte notarié n'est que rarement pratiquée et n'est jamais essentielle en raison d'abord de la rapidité des opérations commerciales internationales et parce qu'ensuite la preuve de ces opérations est libre comme nous le verrons plus tard⁷⁴. Le recours à un acte notarié est donc en tout cas facultatif dans le monde commercial.

56. Cependant, n'importe quel acte dressé chez n'importe quel notaire ne peut pas directement acquérir le nom d'acte notarié. De ce fait, pour qu'un acte ait valablement l'authenticité et soit véritablement notarié (selon l'article 1317 du code civil français), il doit, d'une part, être

⁷² - Car il n'y a pas des actes qui ne sont pas destinés à être exécutés.

⁷³ - Rien n'empêche que ces contrats soient des contrats sous seing privé rédigés à l'abri d'un notaire. Même dans cette hypothèse, ils peuvent être soumis à l'arbitrage.

⁷⁴ - Voir infra, La preuve dans les actes commerciaux, n°155 et s.

dressé par un notaire compétent tant au point de vue du lieu où il a été instrumenté qu'au point de vue des personnes intéressées par l'acte et, d'autre part, il n'a de valeur probatoire que s'il est accompagné de quelques formalités ; il doit donc être régulier en la forme.

2) Les formalités de l'acte notarié

57. Le notaire joue un rôle important dans la formation de l'acte notarié en vue de l'autorité que lui confère la loi (a). En revanche, le non respect des conditions de l'acte notarié peut parfois mettre en cause la validité de cet acte (b).

a) Rôle du notaire

58. Pour qu'un acte soit véritablement notarié selon la conception française (et plusieurs autres pays), il doit être dressé par un notaire (au moins dans les pays dans lesquels l'autorité est donnée au notaire). L'intervention du notaire constitue un élément essentiel de l'authenticité de l'acte. Sans le notaire, l'acte n'est pas authentique⁷⁵. Le notaire qui a rédigé l'acte est alors « un témoin privilégié » dont l'attestation a, au regard de la loi, une valeur exceptionnelle.

59. Parmi les conditions exigées pour former un acte notarié, une condition de forme s'affiche pour s'imposer, c'est celle qui met la validité du contrat en subordination avec la rédaction de l'acte. Cette formalité se caractérise par l'ingérence d'un officier public qui est, en matière contractuelle, le notaire.

60. Au sommet des exigences pour que l'acte rédigé par le notaire soit valide, se trouve l'aptitude légale de ce dernier. L'acte authentique, dit l'article 1317 du code civil, est *celui qui a été reçu par officier public, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé*. Il est donc nécessaire que la personne qui reçoit la mission de rédiger l'acte soit un notaire et il devra instrumenter dans les limites dessinées par la loi.

61. Tout d'abord, la loi du lieu où l'acte est conclu déterminera ce qu'est un officier public, c'est-à-dire que cette loi précisera si l'acte qu'il l'a passé se trouve parmi ceux que la loi lui donne mission de recevoir. Il est utile de signaler qu'il n'est pas important que l'authenticité soit conférée à des personnes ne possédant aucune habilité à cet effet par rapport à la loi d'un autre pays ou que leurs compétences recouvrent des activités sur lesquelles les officiers français ne possèdent aucun pouvoir. Il en résulte que dès l'instant où la personne qui a reçu

⁷⁵ - Il est ainsi, parce que c'est précisément cette intervention qui imprime à l'acte notarié le caractère par lequel il se distingue des actes privés.

l'acte est qualifié comme notaire et a une compétence d'après sa propre loi, cet acte sera alors reconnu notarié et « *prouve, en tant que tel, les faits qui y sont relatés* »⁷⁶. Par conséquent, c'est toujours dans cette loi qu'on devra rechercher qui a qualité pour donner aux actes le caractère authentique. Ainsi, la définition des officiers publics, et surtout des notaires, relève exclusivement de la loi du lieu où l'acte a été rédigé. Pour cette fin, l'acte notarié provenant de n'importe quel pays, doit être reconnu comme tel dans l'arbitrage international (l'arbitre peut toujours exiger une légalisation de l'acte, procédure qui lui donne toute force probante et permet à l'arbitre de reconnaître l'acte comme notarié).

Dans un système de droit civil comme le droit français, les officiers publics qui ont la mission de dresser des actes notariés sont principalement les notaires dont la compétence est très étendue. Ils ont qualité « *pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique* »⁷⁷. Ainsi, les notaires ne forment pas seulement des simples fonctionnaires publics⁷⁸ nommés pour donner un caractère authentique aux actes, mais aussi « des juges » du contrat en raison de leur statut public et ministériel. Il en résulte qu'en tant que spécialisés dans la rédaction des actes, « *les notaires font des contrats la loi des parties dont chacune d'elle a donné son consentement en toute connaissance de cause* »⁷⁹. Il s'ensuit que sur le notaire incombe l'obligation de rendre l'acte qu'il rédige efficace en mettant tout en œuvre pour qu'il soit juridiquement parfait. Cette obligation d'efficacité n'a qu'un seul sens qui signifie que l'acte rédigé par le notaire doit produire tous les effets que les parties en attendent. A cet effet, il faut que le notaire s'assure de l'identité et la capacité de chaque partie contractante ainsi que leur capacité de s'engager avant qu'elles apposent leurs signatures. De même, le notaire doit vérifier les droits dont les parties s'affirment titulaires⁸⁰.

En revanche, dans le système de Common Law et spécialement en Angleterre, il n'existe pas de notaire « classique »⁸¹ en raison de ce que l'acte authentique ne forme pas un moyen de preuve admis. Cependant, parce que les transactions commerciales et surtout internationales dépassent dans la plupart des cas les frontières, il a été nécessaire d'admettre une autorité qui

⁷⁶ - A. Huet, op. cit. p.195.

⁷⁷ - Article premier de l'ordonnance de 2 novembre 1945.

⁷⁸ - Aubry et Rau, op. cit. p. 129.

⁷⁹ - E. Guigon, « Le mot du garde des Sceaux », in *Le contrat*, 94^{ème} congrès des notaires de France, Lyon 17-20 mai 1998, *Les petites affiches* 1998, n°54, p.3.

⁸⁰ - J. L. Morier, « L'acte authentique, une force dans les contrats commerciaux », *Les petites affiches* 1997, n°141, p.4.

⁸¹ - B. Reynis, « La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union Européenne », *Les petites affiches*, 1998, n°47, p.5.

ressemble aux officiers publics du système du droit civil et qui a pour mission de rédiger d'une part les actes et de certifier d'autre part les signatures apposées sur ces actes afin de les produire dans les différentes instances y compris les instances arbitrales internationales. Mais, à l'encontre de l'officier public du droit civil qui rédige l'acte et vérifie en même temps les signatures, l'acte dans le système de Common Law est rempli par deux genres d'officiers : les premiers sont les « Public Notaries » dont le rôle se borne à vérifier la signature et l'identité des contractants; les seconds sont les « Solicitors » dont la fonction consiste à rédiger les actes. Mais, quoi qu'il en soit, à chaque fois que, dans les relations internationales, une personne souhaite donner le caractère authentique à son acte, elle devra passer par un officier qui est reconnu compétent par la loi et par suite son acte sera reconnu comme notarié et peut être produit en tant que tel devant une juridiction d'un autre pays et *a fortiori* dans un arbitrage international.

62. Ensuite, le notaire signe l'acte. C'est là que réside une formalité imposée pour les actes notariés : la signature du notaire lui-même est essentielle, ce qui garantit une parfaite compréhension des stipulations dictées au sein de la convention et assure la régularité de l'expression des consentements. La signature du notaire suffit seule pour engager sa responsabilité et octroie à l'écrit un caractère authentique. Dans ce sens, la cour de cassation a jugé qu'en tant qu'officier ministériel, le notaire engage sa responsabilité délictuelle lorsqu'il commet une faute dans l'exercice de ses fonctions⁸². Cette responsabilité est généralement soumise aux conditions de la responsabilité délictuelle à savoir l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. Cependant, il a été jugé que le notaire ne commettait pas de faute lorsqu'aucun doute ne pouvait exister dans l'esprit du notaire sur l'identité des personnes se présentant devant lui pour signer un acte⁸³. A partir de là, l'acte notarié peut être produit comme élément de preuve dans l'arbitrage international. Ce qui permet par suite à l'arbitre de le prendre en considération dans sa décision au fond puisque cet acte émane d'une autorité à qui la loi a conféré le pouvoir de dresser de tels actes et de les rendre admissibles dans toutes circonstances.

⁸² - Cass. 1^{ère} civ, 7 novembre 2000, Bull. Civ. 2000, I, n° 282, p. 182; D., 2000 n°43, p.435, obs. Valérie Avena Robardet.

⁸³ - Cour de Grenoble, 21 mai 1912, Journal du notariat 1912, p.712.

b) La validité de l'acte notarié

63. La validité de l'acte notarié semble toucher à deux genres d'actes : tandis que le premier genre concerne les actes conclus selon la législation locale, le second genre concerne les actes conclus selon une législation étrangère par un officier public étranger.

64. En ce qui concerne le premier genre, les conditions et les formalités qu'on a mentionnées sont obligatoires de sorte que l'article 1318 du code civil énonce que *l'acte qui n'est pas authentique, par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé par les parties*. Ainsi, en cas d'absence d'au moins de l'une des conditions nécessaires pour qu'il y ait authenticité, cela suffit pour retirer tout effet de l'acte et le rendre nul comme acte notarié. Cette nullité de l'acte notarié peut être partielle ou absolue. Elle est partielle en cas d'inobservation de certaines exigences secondaires, par exemple des mots ou des chiffres. En revanche, l'absence des exigences essentielles, telle que la signature du notaire, entraîne l'invalidation de l'acte. Il en est ainsi lorsque le notaire dépasse son pouvoir c'est-à-dire lorsqu'il dresse un acte entre deux parties mais hors de sa compétence territoriale⁸⁴. Dans ce cas, « *le notaire, bien que capable, ne dispose pas du pouvoir d'accomplir l'acte en cause* »⁸⁵. De même, lorsque les parties n'ont pas apposé leurs signatures sur le contrat, dans ce cas il est entaché de nullité absolue⁸⁶. Dans cette dernière hypothèse, si la faute du notaire a provoqué cette omission, il pourra alors être tenu à des dommages-intérêts⁸⁷ si le contrat en tant que notarié est rendu nul. Ainsi, l'arbitre vérifie si toutes les conditions exigées pour l'acte notarié sont remplies. Dans le cas contraire, l'arbitre demeure obligé de rendre l'acte produit irrecevable comme acte notarié.

Cependant, l'invalidité de l'acte notarié, pour défaut de forme ou incapacité du notaire, n'emporte pas nécessairement celle de l'acte juridique en tant qu'*instrumentum* puisqu'il peut valoir comme acte sous seing privé, conformément aux dispositions de l'article 1318 du code civil⁸⁸. Ceci à la condition cependant qu'il soit signé par les parties.

65. En revanche, en ce qui concerne les actes dressés à l'étranger par un officier étranger, il faut mentionner que la notion du notariat n'est pas globale de sorte que les conditions citées

⁸⁴ - Il faut distinguer le dépassement du pouvoir et le détournement du pouvoir. Tandis que le premier est sanctionné par la nullité de l'acte entre les parties et envers les tiers, le second rend l'acte inopposable envers les tiers mais persiste entre les parties.

⁸⁵ - Dans ce sens, A. Bénabent, *Droit civil, les obligations*, 12^{ème} éd., Montchrestien 2010, p.28.

⁸⁶ - Cass. Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2007, Bull. civ. I, p.236 n°267.

⁸⁷ - E. Normand, *De la signature des actes authentiques et privés*, Thèse Rennes 1930, p.195.

⁸⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°85, p. 80.

ci-dessus ne s'appliquent pas sur la compétence d'une autorité étrangère et sur la régularité d'un acte conclu à l'étranger. En effet, comme on l'a dit, chaque loi nationale détermine la façon de dresser les actes authentiques par les officiers publics situés sur son territoire et il sera reconnu comme tel dans un autre pays. De ce fait, les procédures selon lesquelles un officier public doit conclure un acte constituant, dans les rapports internationaux, une matière indépendante de l'authenticité. La plupart des législations ont fait alors une exigence *sine qua non* des conditions tenant à la fois à la compétence du notaire rédacteur et à la forme proprement dite de l'acte conclu sur leur territoire. Ainsi, l'autorité compétente d'accorder l'authenticité aux actes ne peut être chargée que de ce que la loi lui attribue pour constater et instrumenter selon les formes que la loi prescrit. C'est un principe général qui énonce que seule la loi locale est capable de fixer les conditions de l'authenticité. Il en résulte qu'un acte authentique étranger n'aura de valeur en France, par exemple, que s'il émane de l'autorité compétente d'après la loi étrangère et s'il est rédigé dans les formes qui s'imposent à cette autorité. Dès lors, si un acte est présenté comme un mode de preuve dans un arbitrage international, l'arbitre doit l'accepter et, par suite, il ne peut s'arrêter sur sa sincérité sauf dans le cas où l'une des parties a contesté son authenticité. Dans ce cas, il doit y avoir une procédure d'inscription de faux que l'arbitre ne peut trancher comme on le verra plus tard⁸⁹.

⁸⁹ - Voir infra, La force probante de l'acte authentique, n°199 et s.

B – Les actes sous seing privé

66. Si la formation des actes authentiques nécessite des conditions remplies d’abord par un officier public puis par les parties contractantes, l’acte sous seing privé n’exige aucune condition essentielle pour sa constitution. En effet, seulement certaines formalités doivent être respectées. Ainsi, nous commencerons par fournir une notion de l’acte sous seing privé (1) pour ensuite évoquer la validité d’un tel acte (2).

1) Notion de l’acte sous seing privé

67. La notion de l’acte sous seing privé passe d’abord par sa présentation (a) puis par l’étude de la signature, l’élément dont l’absence rend l’acte nul comme acte privé (b).

a) Présentation de l’acte sous seing privé

68. Aux actes authentiques, on oppose les actes sous seing privé qui ne possèdent pas la même présomption légale de régularité. Les actes sous seing privé constituent des écrits créés par des particuliers, souvent les parties elles mêmes et signés par elles sans nécessité d’intervention d’un officier public agissant en cette qualité. La mission de la rédaction des actes sous seing privé peut également être confiée à un tiers mais qui sera nécessairement dépourvu de la qualité d’officier public. Dans tous les cas, les actes privés sont, comme leur nom l’indique, ceux qui sont établis sous signature privée.

69. Les actes sous seing privé sont plus simples que les actes authentiques. De ce fait, ils offrent moins de garanties⁹⁰ voire ils ne présentent en eux même aucune garantie quant à leur origine et pourtant, celui à qui on oppose un acte sous seing privé peut toujours contester sa signature ou son écriture, ce qui oblige à déclencher une procédure de vérification d’écriture⁹¹. Ainsi, si un acte sous seing privé est présenté dans un arbitrage, l’arbitre ne peut faire confiance aux stipulations qu’il contient qu’après vérification complète. Cette vérification vaut en raison de l’origine privée de cet acte.

70. La loi n’exige aucune forme propre pour les actes privés. Les parties rédigent leur acte comme bon leur semble. Les actes sous seing privé sont alors caractérisés par l’absence de formalisme. Les parties agissent dans une grande liberté lors de la rédaction de leur acte. Ainsi, les parties peuvent utiliser les diverses techniques pour écrire leur acte. Elles peuvent donc se servir d’une langue de leur choix. Cependant, si l’acte est rédigé dans une autre

⁹⁰ - Néanmoins ils ont pleine force probante.

⁹¹ - Voir infra, La vérification d’écriture, n°215 et s.

langue que celle de l'arbitrage, les parties doivent le traduire avant de le présenter dans l'instance. Dans ce domaine, il a été jugé que tous les modes d'écriture sont valables, les ratures et surcharges n'ont pas à être spécialement approuvées⁹². Ainsi, aucune mention particulière n'est imposée, pas même celle de la date ni celle du lieu de rédaction de l'acte (sauf texte spécial prévu par la loi).

b) Signature de l'acte sous seing privé

71. Bien que le principe qui domine énonce l'absence des exigences, cela ne peut jamais signifier que n'importe quel document pourra être qualifié acte sous seing privé. Mais, comme son nom l'indique, il doit être signé. D'une manière générale, une seule condition est véritablement nécessaire: la signature des parties⁹³. La signature des parties paraît donc une condition qui octroie à l'acte sous seing privé sa validité⁹⁴.

72. La signature n'est pas définie dans la loi. La doctrine s'est alors penchée à en donner une définition. Ainsi, tandis que certains auteurs ont dit que la signature est un aveu de consentement à ce qui fit l'objet du *negotium* et qui se trouve consigné dans *l'instrumentum*, d'autres considèrent qu'elle constitue « *une marque personnelle identifiant le signataire (élément matériel) apposé volontairement dans l'intention de s'engager* »⁹⁵. Mais selon la formule de la jurisprudence, « *l'acte vaut comme acte sous seing privé dès lors qu'il a été signé par la partie à qui on l'oppose et qu'il est invoqué par la partie à qui il a été remis* »⁹⁶.

Par nature, la signature exprime ce que désire la volonté. De ce fait, elle peut prendre des formes diverses, spécialement manuscrites ou électroniques dès lors qu'elle répond aux conditions énoncées à l'article 1316 alinéa 4 du code civil qui énonce que *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte*. Cependant, il a été jugé que cette signature ne peut être remplacée par une simple croix⁹⁷ ni par d'autres marques même lorsque celles-ci sont accompagnées de la signature d'un témoin. Si tel est le cas, l'arbitre rejette l'acte et refuse de l'admettre comme mode de preuve. De cette façon, la signature permet non

⁹² - Cass.civ. 2^{ème}, 17 mai 1977, Bull. civ. II, n° 133, p. 92.

⁹³ - Ou au moins de la partie qui s'engage.

⁹⁴ - En limitant les exigences à celle de la signature, le formalisme de l'acte sous seing privé est réduit à sa plus simple expression (E. Normand, Th. préc.).

⁹⁵ - M. A. Guerriero, op. cit., p.326.

⁹⁶ - Cass. soc. 19 avril 1963, *Gaz. Pal.* 1963, 2, 62.

⁹⁷ - Civ. 1^{er}, 15 juillet 1957, *D.* 1957, somm. 143.

seulement d'identifier la personne de son auteur, mais aussi de caractériser son adhésion au contenu du document signé⁹⁸.

73. En plus de ce qui a été dit précédemment, il faut aussi signaler qu'une signature peut être donnée en blanc, c'est-à-dire avant la rédaction des stipulations arrêtées par les parties. De ce fait, puisque la signature est la seule exigence pour faire un acte sous seing privé, on peut alors donner cette signature à l'avance tout en laissant un espace blanc qui sera rempli par l'autre partie qui est généralement le créancier ou son mandataire. Il y aura donc un acte complété ou entièrement rédigé après qu'il a été signé. C'est ce qu'on appelle un blanc seing.

Le blanc seing n'est pas rarement utilisé dans le commerce international. Souvent, la confiance qui se trouve entre les commerçants et la rapidité des opérations commerciales leur permet parfois de conclure des conventions sans qu'ils puissent vérifier le contenu et, parfois, ils apposent leur signature avant que leur cocontractant ne remplisse le contrat. Dans ce cas, le blanc seing est un écrit qui s'impose en tant que tel, puisqu'il comporte la seule mention essentielle d'acte sous seing privé : la signature. Le blanc seing fait donc foi et engage en tant que tel son auteur. Ce dernier doit toujours être prudent parce que comme l'a rappelé la Cour de cassation⁹⁹ : « *Un écrit, même s'il comporte à l'origine un blanc seing, fait foi des conventions qu'il contient, comme si elles y avaient été inscrites avant la signature, sauf preuve contraire administrée par la partie qui allègue l'abus* ».

2) La validité de l'acte sous seing privé

74. Par exception au principe de liberté de forme des actes sous seing privé d'une part et pour que l'acte sous seing privé soit opposable tant aux parties qu'aux tiers d'autre part, la loi impose parfois de remplir certaines formalités. Ainsi, nous traitons d'abord des formalités de l'acte sous seing privé (a) puis de son opposabilité (b).

a) Les formalités de l'acte sous seing privé

75. Les formalités de l'acte sous seing privé varient selon qu'il s'agisse d'un acte synallagmatique ou d'un acte unilatéral.

76. Lorsque chacun des deux contractants se trouve à la fois créancier et débiteur, il est nécessaire de faire l'acte en double exemplaire pour donner à chacun d'eux le moyen de constater la convention. A cet effet, l'article 1325 du code civil français énonce que *les actes*

⁹⁸ - G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1976, p. 15.

⁹⁹ - Cass. Com. 28 février 2006, Bull. civ. IV, n°54, p. 54 ; *RTD civ.* 2006, p. 769, obs. J. Mestre.

sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a des parties ayant intérêts distincts.

77. Cette règle est traditionnellement connue sous le nom de formalité de « double » parce que dans les conventions synallagmatiques se trouvent généralement deux groupes d'intérêts distincts, ce qui rend indispensable la rédaction de l'acte en double original. Il a été jugé que cette formalité a pour but d'assurer à chaque contractant une situation égale aux autres en lui permettant d'obtenir les prestations auxquelles l'écrit lui donne droit¹⁰⁰. Ainsi, toute violation de cette obligation entraîne la nullité de l'acte sous seing privé. De même, la formalité du double peut contribuer à gagner du temps dans l'arbitrage de fait qu'il n'est pas nécessaire de recourir à une production forcée de l'acte puisque chaque partie possède une copie.

La transposition de cette règle aux écrits électroniques a été consacrée par l'ordonnance n°2005 – 674 du 16 juin 2005 qui a ajouté à l'article 1325 du code civil un cinquième alinéa au terme duquel *l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire et d'y avoir accès*¹⁰¹.

78. Cependant, il y a des cas dans lesquels la formalité de double cesse d'être appliquée. En premier lieu, un seul original suffit lorsque l'une des parties a immédiatement exécuté ses obligations comme lorsque le vendeur livre la chose vendue ou, inversement, si l'acheteur a payé le prix de cette chose. En second lieu, il n'est pas interdit aux parties de renoncer à la formalité du double lorsqu'elle dépose l'original unique de l'acte entre les mains d'un tiers qu'elles choisissent. Ainsi, il a été jugé que « *La remise d'un exemplaire unique du contrat sous seing privé entre les mains d'un tiers mandataire constitue une exception à la règle posée par l'article 1325 du code civil au terme de laquelle les actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'origine qu'il y a des parties ayant un intérêt distinct* »¹⁰². A cet effet, le tiers sera en mesure, sinon contraint, de produire l'acte dans l'instance arbitrale. Dans ces deux cas,

¹⁰⁰ - Cass.soc. 2 novembre 1951, Bull. Civ. IV, n°718, p.504.

¹⁰¹ - L'acte électronique fera l'objet du second titre de cette thèse.

¹⁰² - Cass. 3^{ème} civ., 15 avril 1992, Bull. civ. 1992, III, n°131, p. 81.

contrairement au principe, l'inobservation de la formalité du double n'entraîne pas la nullité de l'acte sous seing privé¹⁰³.

79. L'autre règle particulière est imposée aux actes qui constatent une promesse unilatérale portant sur une somme d'argent ou sur un bien fongible. En fait, l'acte sous seing privé qui contient une promesse unilatérale peut valablement être rédigé en un seul exemplaire mais sera remis au seul créancier. Cette disposition, qui se trouve dans l'article 1326 du code civil selon lequel *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres*, ne s'applique qu'aux actes dans lesquels une seule partie s'engage c'est-à-dire dans le cas où l'acte sous seing privé contient un engagement unilatéral (acte unilatéral). A l'origine, le code civil posait une règle avec laquelle « qu'à défaut d'acte écrit en entier de la main de son signataire, l'acte devait porter, de la main de celui-ci, l'indication de la somme [...] précédée de la mention bon pour ». Cette règle est considérée trop exigeante. Mais la loi du 12 juillet 1980 a substitué l'exigence du « bon pour » par la mention manuscrite de la somme ou de la qualité en chiffres et en lettres¹⁰⁴.

80. Cependant, si cette disposition légale fait l'objet de l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence, la preuve de l'engagement unilatéral a en revanche divisé les auteurs. Certains ont énoncé qu'un écrit est exigé pour prouver un tel engagement¹⁰⁵, mais d'autres se sont prononcés en faveur d'une preuve par tous moyens¹⁰⁶. Dès lors, nous sommes face à une alternative. Soit on considère que l'engagement unilatéral constitue un acte juridique soumis à l'article 1341 du code civil (tel que nous le développerons infra), soit on analyse cet engagement comme étant un fait juridique dont sa preuve peut être apportée par tous

¹⁰³ - Dans le cas où la formalité du double est exigée, son défaut est sanctionné par la nullité de l'acte sous seing privé. Cependant, l'écrit persiste pour former un commencement de preuve par écrit.

¹⁰⁴ - D'après l'article 1326, tel que rédigé par la loi du 13 mars 2000, l'acte doit comporter, outre la signature de celui qui s'engage, la mention écrite par lui-même de la somme ou de la qualité, en toutes lettres et en chiffres (J. Flour., J. L. Aubert, E. Savaux, op.cit., p. 31).

¹⁰⁵ - J. Ghestin, M. Billiau, G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005 ; M.- L. Mathieu-Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM 1995, p. 197.

¹⁰⁶ - A. Sériaux, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica 1999, p.7.

moyens¹⁰⁷. A notre avis, tout engagement, même s'il est unilatéral, est le résultat d'un contrat qui constitue un acte juridique. Par suite si cet acte répond aux conditions de l'article 1341 du code civil, il doit donc être prouvé par écrit, et si ce n'est pas le cas, la preuve par tous moyens sera admissible et cela sans avoir besoin de distinguer entre fait et acte juridique.

b) L'opposabilité de l'acte sous seing privé

81. Pour admettre l'opposabilité de l'acte sous seing privé, il doit, d'une part, avoir une date certaine et, d'autre part, il doit respecter les formalités qu'on a traitées ci-dessus.

82. Pour ce qui concerne la date de l'acte sous seing privé, l'article 1328 du code civil admet une distinction entre les parties et les tiers. Dans les rapports entre les parties, la date écrite sur l'acte fait foi comme toutes les autres énonciations jusqu'à preuve contraire. Mais à l'égard des tiers, la date mentionnée dans un acte privé n'a aucune valeur probante. On dit alors qu'elle leur est inopposable jusqu'à ce qu'elle devienne certaine par l'un des moyens imposés par la loi¹⁰⁸ c'est-à-dire par les circonstances prévues à l'article 1328 du code civil : l'enregistrement de l'acte, la mort de l'une des parties et le cas où l'acte sous seing privé est relaté dans un acte authentique¹⁰⁹.

83. En revanche, lorsqu'en rédigeant un acte sous seing privé, les parties contractantes n'ont pas respecté les formalités imposées dans les articles 1325 et 1326 du code civil, *l'instumentum* sera entaché d'une nullité empêchant les parties de se prévaloir d'un tel acte en tant qu'acte sous seing privé. Ainsi, la sanction de l'inobservation de l'article 1326 du code civil est semblable à celle de la méconnaissance de la formalité du double pour les conventions synallagmatiques. Cette nullité du contrat entraîne la disparition de toute trace de l'acte et le prive de sa force probante et par suite il ne sera pas considéré comme moyen de preuve. En d'autres termes, la nullité agit d'une manière rétroactive sur le contrat et détruit les effets légaux qui s'y attachent. Les parties se trouvent ainsi « *dans la situation qu'elles occupaient avant la conclusion de l'acte annulé* »¹¹⁰. Cependant, la doctrine et la jurisprudence admettent que le document entaché de nullité en tant qu'acte sous seing privé,

¹⁰⁷ - L. Kaczmarek, « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *Les petites affiches* 2010, n° 225-226, p.10.

¹⁰⁸ - Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd. par P. Esmein, L.G.D.J., 1952, p.921 et s.

¹⁰⁹ - Nous reviendrons plus loin à la date de l'acte sous seing privé, Voir infra, la force probante de l'acte sous seing privé, n°210 et s.

¹¹⁰ - M. Falaise, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *Les petites affiches* 1997, n°103, p. 5.

« vaut au moins comme commencement de preuve par écrit »¹¹¹. Ainsi, après vérification, si l'arbitre constate que l'écrit ne forme pas un acte sous seing privé, il se dirige automatiquement vers d'autres moyens de preuve.

¹¹¹ - Cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993, Bull. civ 1993, I, n° 219 ; *RTD civ.* 1994, p.361, obs. J. Mestre ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Tome 1, 2^{ème} éd., Sirey, 1972, p.397.

Deuxième section – La communication des pièces en matière d'arbitrage international

84. Afin de permettre au tribunal arbitral une meilleure compréhension des points litigieux, il est nécessaire que les parties communiquent aux arbitres tous les écrits qu'elles ont constitués préalablement qui sont en leur possession et qui intéressent leur litige. Sans doute, cette opération constitue pour les plaideurs un moyen de prouver leurs allégations et permet aux arbitres de trancher le litige en vertu d'une sentence fondée sur des modes constitués par les plaignants eux mêmes. Néanmoins, dans une procédure arbitrale internationale, qui regroupe des intervenants de différents pays, il est tout naturel que la théorie de la communication des pièces soit différente entre ces personnes de sorte que dans le pays d'une des parties à l'arbitrage, la communication de toutes les pièces écrites soit obligatoire tandis que pour l'autre partie, seules des pièces favorables seront communiquées. Les parties, et certainement les arbitres, se trouvent ainsi face à plusieurs traditions juridiques et doivent par conséquent choisir un système juridique pour l'appliquer à l'instance. Cependant, il n'est pas vrai de dire que la communication des pièces constitue un principe absolu qu'il faut appliquer en toutes circonstances, mais il y a des cas dans lesquels on constate que les pièces écrites n'ont pas été communiquées et cela pour des raisons diverses.

Ainsi, nous examinerons dans un premier paragraphe la communication des pièces écrites dans les différentes traditions juridiques ainsi que son application dans l'arbitrage international (§1) puis, et dans un second paragraphe, nous étudierons le principe de la communication des preuves écrites ainsi que ses dérogations (§ 2).

§1 – La communication des pièces : traditions et pratique de l'arbitrage

85. Dans une instance arbitrale, la production des éléments de preuve ne peut se faire aléatoirement; elle doit être organisée. Il est nécessaire donc de choisir au préalable des règles de procédure afin de bien régler le déroulement de cette communication. Cependant, les règles de procédure sont diverses et ne sont pas identiques dans toutes les législations. De ce fait, il y a une pluralité des systèmes juridiques et chacun possède ses propres règles procédurales entre lesquelles les parties à l'arbitrage international, ou à défaut les arbitres, ont la liberté de choisir l'un d'eux ou même faire une combinaison entre des règles issues de chacun d'eux. Ainsi, nous tenterons dans un premier temps, de mettre en avant la pluralité de ces différentes traditions juridiques (A) pour ensuite décrire l'application des règles de procédures choisies dans une instance arbitrale internationale (B).

A – La pluralité des systèmes juridiques

86. Par une simple vue des différentes législations, on déduit qu'elles sont divisées entre deux systèmes juridiques. D'une part, on rencontre le système de droit civil basé sur la tradition romaniste qui était répandue au temps de l'empire romain et, d'autre part on retrouve le système de Common Law nommé aussi anglo-saxon. Cependant, qui dit distinction entre deux systèmes juridiques, dit aussi distinction entre deux systèmes de procédure suivis dans les instances. De ce fait, nous ferons d'abord une présentation rapide des divers systèmes de procédure (1) puis nous étudierons les caractéristiques de chacun des systèmes juridiques mentionnés (2).

1) Diversité des différents systèmes de procédure

87. De prime abord, il faut noter que les différentes législations n'appartiennent pas toutes à un même système de procédure. Classiquement, on oppose deux types de procédures : la procédure inquisitoire, dans laquelle l'initiative appartient au juge qui conduit le procès à la recherche de la vérité ; et la procédure accusatoire, dans laquelle les plaideurs sont les maîtres du procès; le juge ne joue qu'un rôle d'arbitre.

88. Les pays de tradition romaniste, comme la France, sont rattachés, dans le procès civil, au système accusatoire. Mais, « *malgré une évolution vers une tendance plus inquisitoriale, la procédure civile reste dominée par le principe de la neutralité du juge* »¹¹². C'est en ce sens que Planiol et Ripert ont énoncé que : « *C'est la règle fondamentale de la neutralité du juge*

¹¹² - H. Motulsky, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, nouvelle éd., Dalloz, 2002, p. 81.

civil, non expressément formulée, mais recommandée par le caractère accusatoire dans notre procédure civile »¹¹³. Ils ajoutent que « l'intervention du juge risquerait de changer l'étendue du débat et peut être même son objet ce qui serait contraire à sa mission ». Egalement, pour ce qui concerne le système de Common Law, celui-ci est fondé traditionnellement sur la procédure accusatoire de sorte que le principe de neutralité du juge fera une large application dans les pays qui suivent la tradition anglo-saxonne lors du déroulement de l'instance.

Cette règle (neutralité du juge) engendre deux conséquences. En premier, il n'est pas autorisé au juge et en aucun cas de fonder sa décision sur des faits que les parties n'ont pas introduit dans les débats. Il est donc strictement interdit au juge d'utiliser ses connaissances personnelles. En second, le juge ne peut pas intervenir dans la recherche des preuves¹¹⁴. Son rôle est de statuer seulement sur les preuves que les plaideurs lui ont apportées. Il en résulte que ce sont les parties « qui amènent la preuve nécessaire au soutien de leurs arguments »¹¹⁵. Dès lors, le juge doit trancher le litige dans le cadre tracé par les conclusions échangées entre les parties.

89. Mais, cette règle qui énonce la neutralité du juge ne peut jamais être absolue, spécialement dans les pays de droit civil (les pays romanistes). En effet, le code de procédure civile dans ces pays reconnaît au juge une certaine faculté d'ordonner d'office certaines mesures d'instruction comme la descente sur les lieux, l'expertise et l'enquête¹¹⁶. En fin de compte, malgré les divergences, l'arbitrage international tend à résoudre les conflits entre le système inquisitoire et le système accusatoire par le biais des règles et des pratiques qui lui sont propres¹¹⁷.

2) Les caractéristiques de la preuve écrite dans les différents systèmes juridiques

90. Le statut de la preuve écrite diffère selon qu'on est dans un système de Common Law (a) ou dans un système de droit civil (b).

a) La preuve écrite dans le système de Common Law

91. En Angleterre, les plaideurs ont la liberté de collaborer avec le tribunal arbitral pour choisir un type de procédure afin de l'appliquer dans leur arbitrage. C'est également le cas

¹¹³ - Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, op.cit., p. 840.

¹¹⁴ - Le système de procédure accusatoire attache beaucoup d'importance à la preuve testimoniale comme on le verra plus tard.

¹¹⁵ - S. Rousselle, *La preuve*, Bruylant, 1997, p.7.

¹¹⁶ - J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, op.cit., p.8.

¹¹⁷ - Voir infra, L'application de la procédure à la preuve écrite dans l'arbitrage international, n°101 et s.

aux Etats Unis. Cependant, dans le cas où un tel accord n'existe pas, les arbitres préfèrent souvent, surtout lorsqu'il s'agit d'un arbitrage interne, appliquer les règles de procédure du droit anglais, c'est-à-dire les procédures de discovery et d'administration de la preuve écrite. De ce fait, dans la pratique anglo-saxonne, l'ensemble des pièces, des documents et des notes sont remis aux juges ou aux arbitres avant toute audience. Les parties ne peuvent remettre rien à l'audience¹¹⁸. A cet effet, chaque plaideur sera obligé d'informer son adversaire de tous les documents qu'il possède et qui ont un rapport, direct ou indirect, avec les questions litigieuses¹¹⁹. Cette obligation sera réalisée par le moyen d'une liste préparée par chacune des parties. Ainsi, les parties doivent préciser tous les écrits dont elles souhaitent ou non faire usage, y compris les documents qu'elles ont refusé de communiquer pour des raisons réelles tel que la présence d'un secret appelé en Common Law « Privilege » comme les correspondances entre l'avocat et son client. Cependant, pour bénéficier d'un tel privilège, la partie qui l'invoque doit le justifier. Il en résulte que dans les pays de Common Law le problème de communication des pièces est centré sur l'obligation des parties de communiquer toutes les pièces qu'elles possèdent, même celles qui ne sont pas favorables à la défense de leurs demandes. Tel est l'esprit de la « Discovery ».

De ce qui précède, il résulte que dans les pays de Common Law, chaque partie communique ses pièces à l'autre partie sous forme de discovery sans l'intervention du juge et cela par des simples notifications. La discovery consiste donc en la communication et production des documents afin que la partie adverse puisse les examiner sauf si l'un de ces documents est couvert par un secret ou par une obligation de confidentialité. Comme Lord Denning a résumé de manière concise dans l'affaire *Riddick v/ Thomas Board Mills Limited*¹²⁰ : « *Discovery of documents is a most valuable aid in the doing of justice. The court orders the parties to a suit, both of them, to disclose on oath all documents in their possession or power relating to the matters in issue in the action* ».

92. Le principe de la discovery ne s'est établi qu'au cours des XIXe et XXe siècles. La discovery ne constitue pas seulement un simple incident, mais aussi une obligation pour les parties de révéler « *The documents which are or have been in their possession, custody or*

¹¹⁸ - Une règle sage de droit anglais prescrit de produire immédiatement la meilleure preuve (l'original du document) dont on dispose, sous peine d'être présumé ne pas être en mesure de la fournir, et si cette pièce se trouve entre les mains d'un tiers, on peut le contraindre de venir la présenter.

¹¹⁹ - J. A. Jolowicz, « la production forcée des pièces, droit français et anglais », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p. 167.

¹²⁰ - Court of appeal, Lord Denning, M. Stephenson and waller L.J.J., 8th, 9th, 10th February, 11th march 1977, 3 all E.R. 677 CA.

power relating to matters in question in the action ». Ainsi, selon l'opinion répandue, la discovery forme un meilleur moyen qui assure à toutes les parties l'accès aux informations pertinentes en prenant en compte le principe d'égalité des parties. Le premier but de la discovery réside donc dans la délimitation des principaux objets du litige et de vérifier les faits litigieux et les informations liées au litige¹²¹.

La caractéristique principale de la discovery est qu'elle donne aux parties une grande marge tandis que le tribunal n'intervient que rarement. Il demeure passif en matière de preuve. Il ne peut statuer que sur les moyens des preuves communiqués et administrés par les parties elles-mêmes. Ainsi, la théorie de la discovery se dirige vers l'idée qui donne à toutes les parties un accès égal à toute information importante pour la constitution de leur dossier. Elle leur permet alors d'évaluer davantage leurs chances respectives au procès et, par suite, rechercher si une solution amiable est possible¹²².

b) La preuve écrite dans les pays du système de droit civil

93. Dans les pays de tradition romaniste, un principe général domine la théorie des preuves. Ce principe consiste à introduire une hiérarchie entre les preuves écrites et les preuves orales. Les informations recueillies par les parties ou déclarées par les témoins forment en général, sauf si le tribunal les accueille, des commencements de preuve par écrit. Le témoignage oral constitue donc, le plus souvent, une preuve secondaire par rapport à la preuve écrite¹²³.

Dans les pays de droit civil, la communication des pièces occupe une grande importance dans l'instance. Celle-ci est principalement formée par les demandes des parties. Dans cette optique, les avocats, dans ces pays, ramènent au juge un dossier de plaidoirie dans lequel ils ont placé leurs argumentations et les pièces qui affirment leurs demandes. Ces dossiers présentés forment les seuls documents qui lient le juge¹²⁴. Ainsi, les pièces ont pour fonction de prouver les moyens de droit ou de fait invoqués par les parties.

94. En revanche, ayant la charge de la preuve, chacune des parties produit respectivement les pièces qui lui semblent utiles pour sa demande ou sa défense, de fait que le principe dans les procédures de tradition civiliste est celui de la communication de chaque partie à l'autre les

¹²¹ - Ch. Brower, « Discovery et production de la preuve aux Etats-Unis », in *L'administration de la preuve dans la procédure arbitrale internationale*, CCI, n°8, 1989, p. 25.

¹²² - Ch. Brower, *idem*.

¹²³ - Sauf s'il se substitue à elle.

¹²⁴ - Contrairement à ce qui se passe au Common Law où le dossier de plaidoirie ne lie pas le juge.

pièces dont elle fait état¹²⁵. De plus, le juge ou l'arbitre peut enjoindre une partie de produire un élément de preuve qu'elle détient¹²⁶. A noter que l'article 1467 du code de procédure civile a donné à l'arbitre le pouvoir d'assortir sa décision par d'astreinte¹²⁷ mais ce pouvoir ne peut s'étendre au tiers ; donc une intervention du juge d'appui sera nécessaire¹²⁸.

¹²⁵ - Par contre, dans le Common Law, en vertu de la discovery, les parties sont obligées de produire toutes les pièces qu'elles détiennent même celles qui ne sont pas favorables à leurs demandes.

¹²⁶ - Nouvel article 1467 al.3 du code de procédure civile français.

¹²⁷ - Dans les pays de tradition romaniste, la communication forcée n'est qu'un incident de l'instance qui nécessite l'intervention du juge, préalablement saisi par l'une des parties.

¹²⁸ - Article 1469 alinéa 1 du code de procédure civile français. Nous reviendrons plus tard à la communication des pièces détenues par les tiers.

B – La pratique de la communication des écrits dans l'arbitrage international

95. Comme on l'a vu, deux systèmes juridiques se repartissent les législations des pays. Cependant, dans l'arbitrage international, qui concerne des opérations commerciales internationales entre des parties issues chacune d'un système différent de l'autre, il paraît nécessaire de choisir un système pour l'appliquer à l'instance. Ainsi, nous traiterons dans une première étape du choix du système (1) et dans une seconde étape de l'application du système choisi à la preuve écrite dans l'arbitrage international (2).

1) Choix de la procédure

96. L'arbitrage international « est terre de souplesse »¹²⁹. De ce fait, l'un des avantages que présente l'arbitrage international consiste en ce que les parties seront jugées en vertu des règles qui diffèrent parfois de celles qui s'appliquent dans les juridictions étatiques. En effet, l'article 1509 alinéa 1 du code de procédure civile français dispose que *la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale*. Cette disposition consacre pour les parties, et d'une manière claire, le principe de l'autonomie de la volonté en matière procédurale. (Avec le décret 2011-48 du 13 janvier 2011, ce qui a été changé dans cet article est seulement sa numérotation de sorte qu'il était l'article 1494 mais son contenu est resté le même).

A partir de cette autonomie de la volonté, l'instance se déroule selon des règles de procédure que les parties fixeront elles-mêmes et qui vont jouer un rôle déterminant sur les différentes étapes de l'arbitrage. Les parties ont ainsi la plus large liberté pour choisir les règles applicables à la procédure de leur arbitrage. Il en résulte que, puisque l'arbitrage est contractuel par nature, les parties sont toujours libres de régler directement la procédure à suivre en rédigeant elles-mêmes des règles de procédure. Cependant, en pratique cette faculté est rarement exercée de sorte que les parties n'édicte généralement pas toutes les règles de procédure qui devront être appliquées à leur arbitrage à l'exception de quelques questions sensibles (comme la confidentialité des informations échangées, la langue et la possibilité d'une discovery ...) qui feront l'objet d'un accord spécifique. Les parties possèdent aussi la faculté d'adopter un règlement d'arbitrage. Cette option peut avoir lieu généralement dans le cas où l'arbitrage est institutionnel. Un troisième choix est également ouvert aux parties. Elles peuvent choisir d'appliquer une loi nationale de procédure. Dans ce dernier cas, la loi

¹²⁹ - J. B. Racine, F. Siiriani, *Droit de commerce international*, 2^{ème} éd. Dalloz, 2011, p. 464.

nationale choisie sera complètement appliquée sur la procédure d'arbitrage. Enfin, les parties ont faculté d'extraire des règles d'une loi nationale et des règles d'un règlement et les combiner pour les appliquer à leur arbitrage. Ainsi, les arbitres devront appliquer, en principe, les règles choisies par les parties. Ce principe « *trouve son fondement dans les dispositions du droit du lieu du siège du tribunal arbitral qui autorise l'autonomie de la volonté* »¹³⁰ (celle-ci étant reconnue dans la majorité des pays).

97. En revanche, les parties ne sont pas nécessairement obligées d'exprimer leur volonté et choisir un droit applicable à la procédure. A cet effet, l'article 1509 alinéa 2 du code de procédure civile prévoit que *dans le silence de la convention, le tribunal arbitral règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure*. Ainsi, à défaut d'accord entre les parties, il appartient aux arbitres de régler la procédure arbitrale.

Ainsi, comme les parties, les arbitres bénéficient d'une grande liberté. Ils ne sont pas tenus par les règles d'une loi ou d'un règlement d'arbitrage. Ils peuvent en effet régler la procédure « directement » c'est-à-dire en édictant eux-mêmes des règles qu'ils estiment utiles et nécessaires. Cependant, dans le cas où les arbitres n'ont pas fixé des règles, ils peuvent régler la procédure arbitrale en se référant à des normes se trouvant dans un règlement d'arbitrage ou dans une loi étatique. Toutefois, bien que dans la plupart des cas c'est à la mission du tribunal arbitral de fixer les règles de procédure, il reste toujours tenu de respecter les dispositions de l'article 1510 du code de procédure civile attachées à l'ordre public et qui énoncent que *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction*.

Ce principe de libre fixation de la procédure, par les parties ou, à défaut par les arbitres, paraît clair dans les dispositions de la majorité des législations étatiques ainsi que dans les conventions et les règlements internationaux. Ainsi, ce principe est consacré par l'article 1036 du nouveau code de procédure civil néerlandais, par l'article 182 de la nouvelle loi suisse de droit international privé, par les dispositions de l'Arbitration Act anglais de 1979 et par l'article 17 du règlement de la Commission des Nations Unis pour le droit commercial international (CNUDCI).

¹³⁰ - F. De Ly, « La pratique de l'arbitrage international et la vente internationale », *RDAl*, 2001, n°3/4, p. 465.

98. Cependant, c'est une erreur de dire que la loi applicable à la procédure d'arbitrage est nécessairement celle qui régit le fond du litige¹³¹. En effet, d'une part, les parties peuvent choisir de soumettre le fond de leur procès et la procédure arbitrale à deux lois différentes et, d'autre part, les arbitres ne sont pas tenus d'appliquer la loi choisie par les parties, ou par eux-mêmes, pour régir le fond dans le cas où les parties n'ont pas exprimé leur volonté quant à la loi applicable à la procédure¹³².

99. De même, il est aujourd'hui admis que le siège de l'arbitrage qui peut par exemple être choisi pour la neutralité de ce territoire, « *ne peut avoir pour conséquence nécessaire l'application à la procédure de la loi de ce territoire* »¹³³. Cette théorie d'application du droit du siège du tribunal arbitral, après qu'elle ait été adoptée par quelques systèmes juridiques, a été contestée depuis quelques décennies. Elle est totalement niée par le droit français et ainsi que d'autres droits. Dès lors l'arbitre, non assimilé à un juge national, est autonome par rapport au droit du siège¹³⁴.

100. Il en résulte que la production des éléments de preuve compte en premier sur l'initiative des plaideurs. De ce fait, la procédure arbitrale qui suppose initialement la communication et la production de diverses pièces, se réalise suivant des dispositions fixées par les parties, ou à défaut par les arbitres. Cette production des pièces varie selon le système choisi. Si la procédure de Common Law a été choisie, la discovery peut alors être appliquée et les parties doivent communiquer tous les éléments de preuves qui se trouvent en leur possession même ceux qui sont défavorables. Par contre, si un système d'un droit continental est choisi pour être appliqué à la procédure d'arbitrage, les parties demeurent alors libres de produire les pièces qu'elles souhaitent au soutien de leurs prétentions¹³⁵. Ainsi, dans certains cas, une procédure purement écrite sera souhaitable de sorte que les parties donnent aux arbitres le pouvoir de statuer seulement sur pièces¹³⁶. Inversement, une procédure arbitrale purement orale ne sera jamais contraire à l'ordre public international¹³⁷.

¹³¹ - Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mars 1980, Bull I, n° 87, *JDI* 1980, p.874 note E. Loquin ; cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1988, *Rev.arb.*1989, p.51, note J.-L. Goutal.

¹³² - M.de Boissesson, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2^{ème} éd., JOLY, 1990, p. 650.

¹³³ - Y. Derains, « Le choix du lieu de l'arbitrage », *RDAL*, 1986, n°2, p.109.

¹³⁴ - La liberté dont jouissent les parties et les arbitres n'est cependant pas totale. Ils doivent respecter certains principes fondamentaux de la procédure du lieu du siège.

¹³⁵ - Dans certains cas en ce qui concerne la communication des pièces, une mesure de discovery apparaîtra plus efficace pour le déroulement de l'instance. Mais, dans d'autres cas, ce sont au contraire des mesures de communication de pièces se rattachant à la tradition romaniste qui apparaîtront appropriées.

¹³⁶ - Comme l'ont indiqué, par exemple, l'art. 14-3° du règlement de la chambre de commerce internationale et l'art. 15-2° de la loi CNUDCI et l'art. 37 du règlement de l'American Arbitration Association.

¹³⁷ - Paris, 11 février 1971, *Rev. arb.* 1973, p.29, note E. Loquin.

2) L'application de la procédure choisie à la preuve écrite dans l'arbitrage international

101. Au cours des arbitrages internationaux réalisés, certains moyens, qui sont, d'une part, propres à la pratique arbitrale et, d'autre part, reproduits à partir des deux systèmes juridiques mentionnés ci-dessus, ont fait l'objet d'un développement. Ainsi, les contradictions entre les systèmes de tradition romaniste et de la Common Law se sont réduites dans l'arbitrage international. Dès lors, la procédure dans cet arbitrage doit toujours être claire et comprise par tous les «praticiens » de l'arbitrage. Cependant, bien que chaque intervenant ait sans doute une tendance vers l'application de la formation qu'il a reçue, il paraît obligatoire que ces praticiens (arbitres, avocats et parties), s'efforcent d'un côté pour s'éloigner de la pensée et des habitudes pratiquées dans leur propre législation et, d'un autre côté, pour se diriger vers une procédure arbitrale internationale ayant un caractère autonome.

De ce fait, la simple rencontre d'arbitres et de parties issus de systèmes juridiques différents dans un même arbitrage, permet peu à peu de créer des règles et des pratiques qui donnent à l'arbitrage un caractère véritablement international¹³⁸ et par suite permettent de dépasser tous les conflits entre système de droit continental et système de droit anglo-saxon.

102. Concrètement, dans certaines circonstances, des différends peuvent naître de la discovery. Il en est ainsi, par exemple, premièrement lorsqu'une partie refuse de produire des documents car elle bénéficie d'un privilège, ou deuxièmement si elle ne veut pas collaborer car les demandes sont trop nombreuses et trop exigeantes, ou même troisièmement lorsqu'une partie demande la communication de nombreux documents afin de retarder la résolution rapide du litige. Selon la doctrine largement répandue, une application complète de la discovery, en matière d'arbitrage international, constitue une cause qui a pour effet de ralentir le procès ; ce qui ne sera pas conforme à la volonté des parties¹³⁹. Pour cette raison, dans les arbitrages internationaux, souvent chaque partie demande à son adversaire quelques documents qu'elle considère nécessaire afin de ne pas recourir à une discovery générale. De plus, dans la plupart des cas, les arbitres utilisent leur pouvoir pour limiter l'application de la discovery¹⁴⁰. Ainsi, disposant d'un pouvoir discrétionnaire, le tribunal arbitral exerce un certain contrôle sur la procédure appliquée surtout si elle est inspirée de la discovery (dans le cas où elle est choisie par les parties). Il est donc nécessaire au tribunal d'être expérimenté

¹³⁸ - G. Flecheux, « La preuve dans les arbitrages internationaux », op. cit., p.321.

¹³⁹ - J.- F. Poudret et S. Besson, op.cit., p.588.

¹⁴⁰ - Un arbitre a le pouvoir selon le droit anglais d'ordonner une discovery et de définir son champ.

pour admettre les éléments de preuve suffisants et rejeter ceux qui ne sont pas pertinents. Le tribunal est alors autorisé à limiter la discovery¹⁴¹. Dans ce sens, il a été jugé que le fait de limiter la discovery ou de ne pas l'ordonner ne constitue pas un motif d'annulation de la sentence arbitrale si les arbitres ont rempli leurs obligations de façon équitable¹⁴².

103. A partir de là, dès le début du procès, une pratique arbitrale se forme avec la première phase de l'instance arbitrale au cours de laquelle les pièces seront échangées entre les parties. Le déroulement de cette première phase de l'instance se rapproche largement de la conception dominante dans les pays de tradition civiliste. Ainsi, on observe qu'en pratique, les arbitrages du commerce international se déroulent suivant un modèle qui « tend à s'uniformiser »¹⁴³ de façon à ce que la phase écrite s'approche principalement de la procédure continentale alors que la phase orale est influencée essentiellement par la tradition anglo-saxonne¹⁴⁴. Ceci paraît clair, au moins au début de l'instance arbitrale, où il appartient à chaque partie de sélectionner et de produire, parmi les documents en sa possession, ceux qui sont favorables pour leurs allégations. Cela constitue, sans doute, une pratique contraire à la logique anglo-saxonne qui suppose que « *chaque partie ait été mise en mesure de consulter des documents de la cause avant d'arrêter son argumentation* »¹⁴⁵.

¹⁴¹ - Un tribunal arbitral peut refuser d'ordonner une discovery si elle n'est pas nécessaire pour statuer sur une affaire ou s'il serait trop difficile de l'ordonner.

¹⁴² - D. St. J. Sutton, « La procédure de la discovery et l'administration de la preuve dans les procédures arbitrales- les différences entre le droit anglais et le droit des Etats-Unis », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n° 8, 1989, p. 72.

¹⁴³ - Ph. Fouchard., E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p.706.

¹⁴⁴ - on reviendra plus tard à la preuve orale.

¹⁴⁵ - Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p.706.

§2 – La communication et la production des pièces : principe et dérogations

104. Après avoir choisi les règles de procédure applicables à l'instance arbitrale en général et spécialement à la production des pièces, la mission des parties commence. Ainsi, afin de convaincre le tribunal arbitral et de lui permettre une meilleure compréhension de la question litigieuse, les plaideurs, demandeur et défendeur, produisent les pièces qu'ils détiennent. C'est donc un principe qui régit la phase de la preuve écrite dans l'arbitrage international. Cependant, ce principe connaît certaines dérogations avec lesquelles la production des pièces sera limitée. Ainsi, dans un premier titre, nous examinerons le principe de la communication des pièces dans l'instance arbitrale (A) pour ensuite faire le point sur les dérogations à ce principe (B).

A – Le principe de la communication et de la production des pièces

105. En principe, durant la phase de la preuve écrite, les parties communiquent et produisent les pièces pouvant contribuer à la résolution du litige soumis à l'arbitrage. Cependant, avant de réaliser cette opération, les parties doivent connaître exactement les pièces qu'elles sont en mesure de produire. Ainsi, après le traitement du contenu de la communication et de la production des pièces (1), nous traiterons de la mise en œuvre de la communication et de la production des pièces dans l'arbitrage international (2).

1) Le contenu de la communication et de la production des pièces

106. Au sein de chaque instance, les parties sont obligées de communiquer leurs moyens de preuve spécialement les pièces et les documents qu'elles détiennent. Il nous faut donc donner la signification de la communication et de la production des pièces (a) pour ensuite préciser les pièces concernées par cette opération (b).

a) La signification de la communication et de la production des pièces

107. D'une manière générale, lors d'un procès, la recherche et la production des éléments de preuve, appelée administration de la preuve, surtout la preuve par pièces, se fait selon des procédures fixées par le code de procédure civile des différentes législations tels que les articles 132 et suivant du code de procédure français. A ce propos, ces recherches et productions sont soumises en droit français à quelques principes généraux posés notamment dans les articles 9 à 11 du code de procédure civile et l'article 10 du code civil.

D'après le principe posé par l'article 10 du code civil, *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité*. Ainsi, le rôle premier, dans cette recherche, est imparti aux parties. Chacune doit assurer la présentation au juge des preuves contenant les faits nécessaires au soutien de sa prétention. Cependant, en matière d'arbitrage, la production des mémoires et des pièces est essentiellement régie par l'accord des parties¹⁴⁶. Mais dans tous les cas, celles-ci s'obligent à assurer leur concours à la justice par l'intermédiaire de la production des pièces qu'elles possèdent.

108. Produire désigne, en droit, le fait de présenter à l'instance un moyen de preuve. Cette définition recouvre deux opérations : « *une opération intellectuelle qui consiste à invoquer les moyens de preuve propres à établir la réalité des faits allégués ; et une opération matérielle, qui confère à la précédente tout son effet et qui aboutit à soumettre en instance les preuves annoncées* »¹⁴⁷.

109. Cependant, il importe de distinguer la communication des pièces de la production des pièces. Les deux notions ne se confondent pas. La communication des pièces a pour but de soumettre les débats devant le tribunal selon le principe de la contradiction. Par contre, la production se rapporte à l'administration de la preuve. Elle a pour but « *d'éclairer les arbitres et de leur donner des éléments* »¹⁴⁸. La communication englobe donc la production ; cette dernière constitue le précédant de la première. L'obligation de communiquer porte sur les pièces produites au procès par un plaideur : il a l'obligation, d'une part, de laisser à son adversaire la chance pour vérifier les pièces et, d'autre part, de respecter la loyauté des débats¹⁴⁹. Il résulte que « *par communication, il faut entendre l'exhibition d'un document aux fins d'examen tandis que la production est le dépôt du document au dossier aux fins de preuve* »¹⁵⁰. En pratique, l'expression « produire des documents dans une procédure arbitrale » signifie la communication des documents aux arbitres et à l'autre partie. Dans ce propos, certains auteurs se sont dirigés vers une nouvelle technologie pour la production des documents¹⁵¹. Ils ont estimé que pour les dossiers très lourds dans lesquels les documents sont très nombreux, rien n'empêche, voire « il est beaucoup plus confortable » de sauvegarder les

¹⁴⁶ - En matière d'arbitrage international, les plaidoiries orales ne sont généralement pas imposées, mais aucune raison ne conduit à les exclure pour faire de la procédure arbitrale une procédure entièrement écrite.

¹⁴⁷ - J.-J. Daigre, *La production forcée des pièces dans le procès civil*, PUF 1979, p.1.

¹⁴⁸ - J. Viatte, « Communication et production des pièces en justice », *Gaz. Pal.* I, doct, 1973, p. 406.

¹⁴⁹ - La communication est une application particulière, à la matière des preuves, du principe du contradictoire.

¹⁵⁰ - L. Ducharme, *L'administration de la preuve*, 2^{ème} tirage, Wilson&Lafleur ltée, 1986, p.35.

¹⁵¹ - J.-G. Betto et J. Fry, « Nouvelles tendances de l'arbitrage international », Table Ronde, *RDAI*, 2006 n°3, p.372.

documents sur un CD Rom et le présenter au tribunal arbitral et à la partie adverse, au lieu de se déplacer avec des caisses de classeurs de documents.

b) Objet de la communication et de la production des pièces

110. Les documents qui doivent être communiqués sont ceux qui concernent des points litigieux et qui sont entre les mains des parties ou au moins l'une d'elles. Le règlement de la chambre de commerce international (CCI) énonce que les pièces essentielles, notamment les documents contractuels, doivent être présentées en même temps que la demande d'arbitrage tandis que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit, dans son article 20-4, que le demandeur doit faire accompagner son mémoire en demande tous les documents qu'il estime pertinents. Ainsi, la communication contient toutes les pièces et tous les documents qui ont un rapport avec le litige et que les parties considèrent comme pertinents pour soutenir leurs allégations¹⁵². Les actes authentiques et sous seing privés et tous les documents susceptibles de démontrer les prétentions des parties peuvent alors faire l'objet d'une production. Néanmoins, ne peuvent pas être produits les documents couverts par un secret professionnel ou par d'autres causes légitimes empêchant sa production. Mais, concernant un document assorti d'un caractère incriminant, rien n'est certain quant à sa production dans une instance arbitrale internationale. Nous pensons que le détenteur de ce document ne sera jamais obligé de le produire s'il contribue à l'incriminer par le tribunal arbitral ou par une autre juridiction.

111. Quant aux règles de droit, on peut considérer, contrairement aux solutions appliquées dans les procédures internes dans lesquelles la règle de droit ne peut pas faire l'objet de l'administration de la preuve, que toutes les pièces contenant une règle de droit ou un usage ou bien une jurisprudence nationale ou internationale doivent être communiquées dans un arbitrage international. Le tribunal arbitral n'ayant pas de for, toute source de loi doit être considérée par lui comme une loi étrangère dont la teneur serait un quelconque élément de fait. En réalité, « *la communication des pièces venant à l'appui d'un argument de droit est utile à la bonne administration de l'arbitrage* »¹⁵³ et assure une bonne contradiction des pièces communiquées.

¹⁵² - Cela assure de plus en plus que le système de droit civil prédomine la phase de la preuve écrite dans l'arbitrage international.

¹⁵³ - D. Vidal, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino, 2004, p. 205.

2) La mise en œuvre de la communication des pièces dans l'arbitrage international

112. Afin de permettre une meilleure compréhension du litige par le tribunal arbitral, les parties sont les premières personnes, auxquelles incombe l'obligation de produire les pièces qu'elles détiennent (a). De même, lorsque ces pièces sont détenues par des tiers, ils seront en mesure de les produire dans l'instance arbitrale (b)

a) Communication et production des pièces par les parties

113. Entre plaideurs, il n'est pas rare que l'un possède un élément de preuve dont l'autre aurait besoin. La communication des pièces et des documents dans une instance arbitrale internationale doit donc être faite volontairement par les parties. Ainsi, l'échange des écritures constitue un élément très important dans la procédure arbitrale. Ces écritures sont généralement accompagnées par de trop nombreuses pièces.

114. Comme on l'a déjà dit, cette communication se réalise par l'application des dispositions fixées par les parties ou à défaut par les arbitres et même par accord des parties et des arbitres¹⁵⁴. La production des pièces et des documents détenus par les parties repose alors en premier chef sur leur initiative. L'étendue de cette production varie nécessairement selon que celle-ci s'effectue suivant les principes d'un droit de Common Law ou du droit d'un pays continental¹⁵⁵. Ainsi, comme on l'a déjà mentionné, la discovery est très peu appliquée dans l'arbitrage international de sorte que la phase de preuve écrite est essentiellement influencée par le système de droit civil. Ainsi, l'échange des mémoires et des pièces s'accompagne généralement par des formalités allégées avec lesquelles le principe de contradictoire doit toujours être respecté.

En fait, toute partie a le droit de demander à l'autre partie ou même à un tiers de produire tout document pertinent qu'ils ont en leur possession. Ainsi, la partie qui détient une pièce est obligée de la communiquer à l'autre partie et ce, « *en temps utile pour qu'elle puisse l'examiner et la critiquer* »¹⁵⁶. De ce fait, conformément à une pratique généralement suivie dans les Etats de tradition civiliste, « *les pièces en possession des parties seront produites avec les écritures sans attendre les audiences devant le tribunal arbitral* »¹⁵⁷. Pour cette fin, inspirées par la tradition civiliste, les parties, ou à défaut les arbitres, fixent les dates dans

¹⁵⁴ - Dans un acte de mission.

¹⁵⁵ - Voir supra, Les caractéristiques de la preuve écrite dans les différents systèmes juridiques, n°90 et s.

¹⁵⁶ - J. Devèze, *Contentieux et expertise*, 4^{ème} éd., Litec, 1996, p. 190.

¹⁵⁷ - A. Redfern et M. Hunter, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, L.G.D.J., 1994, p.318.

lesquelles les mémoires et les pièces seront échangés par les parties (à l'exception sans doute des documents ayant un caractère secret ou confidentiel). Cette disposition est énoncée dans tous les règlements de procédure de droit romaniste et même en droit anglo-saxon¹⁵⁸ et elle s'applique en toutes circonstances même dans le cas où l'arbitre a reçu des pouvoirs d'amiable compositeur.

115. Une question essentielle se pose alors qui est celle du comportement des arbitres en cas de non respect des délais prévus. En d'autres termes, à l'issue d'une première phase d'instruction arbitrale, il se peut que les parties veuillent communiquer des pièces complémentaires, ou supplémentaires avec lesquelles de nouvelles perspectives s'ouvrent au niveau du déroulement de l'instance. Dans ce cas, les parties peuvent-elles communiquer des pièces en dehors des dates fixées dans le calendrier de la procédure ? Dans l'affirmative, les droits de la défense de l'autre partie sont-ils atteints ?

En principe, les parties, et même les arbitres, doivent respecter les délais fixés pour la production des moyens de preuve¹⁵⁹. L'arbitre ne doit recevoir aucun document et aucune pièce produite après l'expiration des dates fixées. Cependant, il peut arriver que les nouvelles pièces apparues soient déterminantes et soient assorties d'une importance de sorte que le tribunal arbitral ne peut que les recueillir. Dans cette hypothèse, le tribunal peut accepter les pièces en reportant l'expiration des délais pour une autre date. Cette solution occupe dans la pratique de l'arbitrage commercial international une place importante de fait que les arbitres tendent à ne pas sanctionner « *avec une grande rigueur les retards dans la communication des pièces et des documents* »¹⁶⁰. Dans ce cas, les arbitres sont obligés envers l'autre partie de lui permettre de faire ses observations sur les nouveaux éléments de preuve présentés récemment afin de ne pas violer le principe du contradictoire¹⁶¹. Mais une fois les nouveaux délais terminés, le tribunal doit clôturer les débats et par suite aucune pièce ne pourra être produite afin de ne pas se trouver dans un cas de report en report pour pouvoir enfin rendre une sentence avant l'expiration du délai de l'arbitrage.

¹⁵⁸ - Cependant, la différence entre les deux systèmes c'est qu'en Common Law, les parties doivent produire toutes pièces mêmes celles qui leurs sont défavorables.

¹⁵⁹ - L'article 15 du NCPC français énonce que les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leur prétention, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.

¹⁶⁰ - M. de Boissesson, op. cit., p.740.

¹⁶¹ - Paris, 13 novembre 1980, *Rev. Arb.* 1984, p. 129, note E. Loquin ; CA Paris, 1^{ère} ch. Civil, 15 juin 2006, *RDAI*, 2006 n°5, p.724, note Christophe Imhoos.

116. Cependant, une situation non souhaitable peut paraître lors de l'instance arbitrale, c'est celle dans laquelle une partie s'abstient volontairement, pour des raisons multiples, de communiquer un document qu'elle détient. On se rapproche donc d'un cas de production forcée qui s'avère alors nécessaire par le biais de l'intervention du tribunal arbitral et du juge d'appui.

L'expression « droit à la preuve » signifie « *le droit de tout plaideur de prouver les faits qu'il invoque [...] et il implique surtout les moyens de vaincre les autres qui s'opposent à la découverte ou à la production des preuves dont il a besoin* »¹⁶². D'une manière plus précise, la question se pose alors pour la production des pièces détenues par une partie qu'elle n'aurait pas automatiquement présentées à l'instance.

En effet, dans le cas où les pièces ne sont pas en possession de la partie qui s'en prévaut, elle pourra, sans aucun doute, demander au tribunal d'ordonner leur production. Ainsi, comme dans la tradition inquisitoriale qui octroie au tribunal des pouvoirs assez importants, il reviendra toujours aux arbitres d'ordonner la communication des pièces sur lesquelles le débat est fondé (ou sur lesquelles il a l'intention de fonder sa décision).

Plusieurs lois et règlements reconnaissent expressément ce pouvoir du tribunal arbitral lorsque les documents recherchés sont en possession d'une partie à la procédure. Même en l'absence d'une règle expresse, il est toujours admis qu'un tel pouvoir résulte de la compétence générale des arbitres de régler la procédure arbitrale. Les arbitres détiennent donc certains pouvoirs qui les amènent à exercer leur mission dans des conditions semblables à celles du juge. Ainsi, le code de procédure civile français, dans sa nouvelle réforme du 13 janvier 2011 précisément dans l'article 1467 alinéa 3, prévoit la possibilité pour l'arbitre d'enjoindre à une partie de produire aux débats une pièce décisive pour la solution du litige. Bien que cette règle soit consacrée pour l'arbitrage interne, les arbitres dans l'arbitrage international, comme dans l'arbitrage interne, pourront aussi appliquer les dispositions de cet article selon l'article 1506 du même code qui prescrit que l'article 1467 est aussi applicable en matière d'arbitrage international sauf dans le cas où les parties ont conclu une convention contraire. De même, au Liban, la loi libanaise de 1983 sur l'arbitrage énonce les mêmes dispositions dans l'article 870 du code de procédure civil¹⁶³. Cependant, il faut mentionner qu'en pratique « *les tribunaux*

¹⁶² - J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., p.622.

¹⁶³ - Malgré que certains auteurs (Khalil Omar Ghosn, *Le pouvoir de l'arbitre dans l'arbitrage*, 2005, p.113), interprètent cet article d'une manière différente, cependant l'interprétation que nous l'avons adoptée prédomine dans le droit et dans la pratique au Liban.

*ayant leur siège dans des pays continentaux n'accueillent des demandes de production forcée que d'une manière très mesurée en comparaison avec les tribunaux siégeant sur un territoire anglo-saxon »*¹⁶⁴.

117. Néanmoins, les arbitres n'ont pas l'imperium que possèdent les juges dans les juridictions étatiques. Ainsi, leurs injonctions n'auront jamais la même efficacité que celles des juges. Il sera alors nécessaire parfois de recourir à ces derniers. En fait, la possibilité pour les arbitres d'assortir leurs injonctions d'astreintes a été l'objet d'une controverse. Mais, l'opinion dominante était celle contraire au pouvoir de l'arbitre d'assortir sa décision d'une astreinte¹⁶⁵. Néanmoins, avec l'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, l'article 1467 n'a pas seulement donné aux arbitres le pouvoir d'enjoindre les parties pour produire les éléments de preuve, mais aussi, et au besoin, d'infliger des astreintes¹⁶⁶. Ainsi, il a été jugé que « *le tribunal arbitral, en cas d'insoumission injustifiée à son injonction de communiquer certains documents, pourra tirer toute conséquence du refus d'une partie de produire ces documents* »¹⁶⁷ et « *sanctionner efficacement dans sa sentence au fond un tel comportement* »¹⁶⁸.

118. Cependant, si malgré l'injonction et l'astreinte la partie n'a pas produit le document, le tribunal arbitral, dépourvu d'impérum, peut demander l'assistance des juridictions étatiques, ou permettre aux parties de le faire, afin d'obtenir le concours de ces juridictions. Ainsi, certaines législations autorisent les arbitres ou les parties à recueillir l'aide de l'autorité judiciaire compétente pour demander l'exécution des décisions qui concernent la production des éléments de preuve. Cette solution n'est pas discutable dans les deux droits anglais et américain dans lesquels la théorie d'intervention judiciaire a toujours été fortement acceptée. Elle est également admise dans certains droits continentaux tels que le droit suédois qui permet à une partie de saisir le juge compétent pour procéder à la production forcée des

¹⁶⁴ - E. Gaillard, « Arbitrage commercial international. Instance arbitrale. Organization et développement de la procédure arbitrale. Intervention du juge étatique, *JCL procédure civile*, fasc. 1068; A. Redfern et M. Hunter, op. cit., p.251 ; M. J. Mustill et S.C. Boyd, *The Law and practice of commercial arbitration in England*, 2ème éd., Butterworths Legal Publishers, 1989, p.324.

¹⁶⁵ - B. Goldman, « l'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », in *Arbitrage international. Soixante ans après*, Paris 1984, p. 291; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p.293.

¹⁶⁶ - L'arbitre siégeant en Suisse n'a aussi le pouvoir de prononcer une astreinte sauf accord des parties ou si la loi applicable au fond du litige le permet (J.- F. Poudret et S. Besson, op. cit., p.493).

¹⁶⁷ - Tribunal fédéral suisse, 28 mars 2007, n° 4A. 2/2007.

¹⁶⁸ - P. Level, « Brèves réflexion sur l'office de l'arbitre », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p.259; E. Gaillard, op. cit., p.18.

documents détenus par une partie ou par un tiers. Aussi, la nouvelle loi suisse de droit international privé dans son article 184 alinéa 2 consacre cette solution.

Mais en droit français, la position est incertaine parce que le nouveau code de procédure civile ne consacre aucune disposition concernant le rôle des juridictions étatiques en matière de production des pièces par les parties même avec la réforme de l'arbitrage dans le décret du 13 janvier 2011. A cet effet, plusieurs auteurs affirment que les arbitres eux-mêmes pourraient recourir au juge étatique pour obtenir une production forcée de pièces¹⁶⁹ et ils ajoutent que si la demande émane des parties, l'obstacle viendra du souci du juge de ne pas empiéter sur la compétence des arbitres. Pour éviter cet obstacle, certains auteurs estiment « *qu'il faut recueillir l'accord préalable des arbitres par le biais d'une sentence intérimaire ordonnant la mesure en cause et susceptible de recevoir l'exequatur* »¹⁷⁰. A noter que même dans le cas où les parties et les arbitres sont autorisés à recourir au juge étatique, il a été jugé qu'il n'est pas possible de condamner une partie (ou un tiers) à produire des pièces sans que leur existence soit, sinon établie avec certitude, du moins vraisemblable¹⁷¹.

b) La communication et la production des pièces par les tiers

119. Dans certains procès, les pièces qui contiennent la preuve ne se trouvent pas entre les mains de l'une ou de l'autre partie. En d'autres termes, il se peut qu'un plaideur ne possède pas les moyens pour établir le bien fondé de ses prétentions de sorte que le document ou la pièce demandée se trouve en possession d'une tierce personne. Il sera donc besoin de l'intervention de celle-ci pour produire l'écrit qu'elle possède. Cependant, le tiers préfère généralement rester à l'abri d'un procès dont il n'a aucun intérêt à recueillir. Ainsi, se pose la question de la production forcée de documents détenus par un tiers. Comment admettre qu'une personne puisse être contrainte de verser un document à un débat lors d'un procès qui lui est étranger ?

120. En fait, le caractère contractuel de l'arbitrage fait que les tiers ne peuvent intervenir dans une procédure d'arbitrage¹⁷². De plus, les tiers peuvent ne pas répondre à une invitation pour produire un élément de preuve détenu par eux. De ce fait, si les arbitres possèdent la faculté de s'adresser par la force aux parties pour produire des documents qu'elles détiennent, en

¹⁶⁹ - E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », op. cit., p. 293.

¹⁷⁰ - M. de Boissesson, op. cit., p. 743 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p. 741.

¹⁷¹ - Cass. Civ. 2^{ème}, 17 novembre 1993, Bull. civ. 1993 II, p. 184 n° 330.

¹⁷² - Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1992, Bull. civ. 1992, I, n° 232, p. 153.

revanche, « *un tel pouvoir ne saurait s'exercer à l'égard des tiers* »¹⁷³. C'est en vertu de l'effet relatif de la convention d'arbitrage que les arbitres ne peuvent ordonner des injonctions à des tiers. Ainsi, à l'encontre du juge qui tient ses pouvoirs de la loi, l'arbitre, n'ayant pas l'imperium du juge étatique, son autorité ne peut s'étendre au-delà des parties de la convention d'arbitrage. Par suite, il ne pourra pas convoquer un tiers à l'arbitrage pour lui communiquer une pièce. A fortiori, il ne peut pas prononcer d'astreinte contre les tiers détenteurs de cet élément de preuve. Cependant, seul un recours aux juridictions étatiques peut permettre d'assurer la production de la pièce demandée. En conséquence, l'intervention des juges étatiques demeure parfois nécessaire dans l'administration de la preuve : seul un tel juge peut imposer d'une manière efficace à un tiers la production des pièces considérées nécessaires pour résoudre les points litigieux. Ainsi, il a été jugé que l'absence d'imperium de l'arbitre a pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des tiers en subordonnant l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique¹⁷⁴.

Cette solution est admise dans la plupart des lois et des règlements d'arbitrage¹⁷⁵. Néanmoins, en France, avant le décret du 13 janvier 2011, la doctrine estime généralement que le juge des référés pourrait, à l'issue d'une demande, ordonner la production d'un document détenu par un tiers¹⁷⁶. Cependant, avec l'entrée en vigueur du décret de 13 janvier 2011, cette demande ne pourra émaner que de l'une des parties et non pas du tribunal arbitral devant le président du tribunal de grande instance conformément aux dispositions de l'alinéa 1 de l'article 1469 instauré récemment dans le code de procédure civile selon lequel *si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner de tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce*». Cependant, malgré que ce texte donne le droit aux seules parties, on ne voit aucun obstacle qui empêche l'arbitre, lorsqu'il voit que la communication de certaines pièces s'avère nécessaire pour la

¹⁷³ - J. B. Racine, F. Siiriani, op. cit. p.469.

¹⁷⁴ - CA Paris, 19 mai 1998, *Rev. arb.* 1999, n°3, pp.601 et s., note Ch. Jarrosson.

¹⁷⁵ - Art. 12(b) de l'arbitration Act Anglais de 1996 ; art. 7 de l'Arbitration Act Américain de 1925 ; art.27 de la nouvelle loi suisse sur le droit international privé.

¹⁷⁶ - B. Moreau, « L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé », *Rev. arb.* 1988, p.333 ; R. Perrot, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 1974, p.159; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p 741.

compréhension des points en litige, de rendre une sentence susceptible de recevoir l'exéquatur par le juge compétent, pour procéder à la production des pièces en possession d'un tiers¹⁷⁷.

¹⁷⁷ - M. de Boissesson, op. cit. p.743.

B – Les dérogations au principe de la communication et de la production des pièces

121. Si le principe oblige les parties à présenter les pièces qu'elles détiennent, en revanche, des obstacles peuvent permettre de déroger à ce principe. En effet, certains obstacles s'attachent aux plaideurs tandis que d'autres obstacles s'attachent aux écrits eux-mêmes. D'une part, il faut envisager les dérogations attachées directement aux plaideurs les empêchant de produire un document (1) et d'autre part il faut considérer les dérogations attachées aux éléments de preuve qui empêchent ceux-ci d'être produits (2).

1) Les dérogations attachées aux plaideurs

122. En principe, la charge de la preuve incombe à celui qui prétend un droit. Cependant, il n'est pas acceptable qu'il prouve contre ses intérêts ou qu'il produise une pièce qu'il a fabriquée d'une manière unilatérale (a). Egalement, le secret professionnel que détient l'une des parties constitue aussi un obstacle à la production des documents qu'elle a en sa possession (b).

a) Les sentences « Nul n'est tenu de prouver contre soi » et « Nul ne peut se constituer une preuve à soi même »

123. Il est nécessaire de s'arrêter sur une sentence qui s'oppose à toute forme de production forcée. C'est celle énonçant le principe « Nul n'est tenu de prouver contre soi ». En principe, la production des moyens de preuve est volontaire. Tout plaideur possède une liberté pour produire, voire pour faire connaître au tribunal tous les éléments qui peuvent contribuer à la manifestation de la vérité. Le fondement de cette sentence revient initialement aux principes traditionnels pratiqués dans le système accusatoire. Elle s'exprimait par une double règle : d'une part, le principe qui donne au défendeur le droit de rester passif à l'égard de la charge de la preuve et, d'autre part, le principe qui énonce la neutralité du tribunal dans l'administration de la preuve. Ainsi, il n'est pas demandé au défendeur de faire plus que nier. Il n'a pas l'obligation de prouver l'inexactitude des prétentions du demandeur. Admettre le contraire constitue, sans aucun doute, un changement dans le sens la charge de la preuve. Seul le demandeur doit en effet être chargé de tout le fardeau et de toute la responsabilité de son action. De même pour le tribunal, il doit être neutre et passif tout au long de la procédure¹⁷⁸.

¹⁷⁸ - Ce principe a longtemps dominé la procédure française. Le doyen Carbonnier estimait que les principes de la procédure civile française s'opposeraient à toute production forcée. Mais, selon cet auteur, celui qui s'abstenait de produire spontanément prenait le risque de voir son attitude interprété comme une reconnaissance

Cependant, nous n'adoptons pas cette conception. Il vaut mieux donner un rôle aux parties et au tribunal dans l'administration de la preuve, surtout la preuve par pièces. De ce fait, il faut que l'arbitre, ou le juge, ait le pouvoir d'ordonner des injonctions destinées aux parties afin de produire des pièces considérées utiles pour la résolution du litige. Ce n'est donc qu'une orientation vers une inquisition avec laquelle une place sera réservée pour le juge¹⁷⁹. Ce dernier devra en premier garantir une bonne justice et une loyauté dans la communication et la production des pièces.

124. Mais, si notre pensée est en faveur de la compétence du tribunal arbitral et des parties pour demander une production forcée des documents, cela n'est point absolu, de fait qu'on ne peut négliger le principe qui dit que « Nul ne peut se constituer une preuve à lui-même ». Aucun texte ne contient expressément cet adage, mais il forme l'un des grands principes généraux du droit de la preuve en matière civile et commerciale¹⁸⁰. Il s'agit d'un principe qui affirme l'irrecevabilité d'une preuve constituée par une partie et à elle-même. Néanmoins, le code civil l'énonce indirectement dans son article 1329 : *Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuves des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard de serment.* De même, l'article 1331 du même code ajoute que *les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits.* Dans un arrêt du 23 septembre 2004, la cour de cassation a décidé que « *viole l'article 1315 du code civil, texte selon lequel celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, le tribunal qui, pour condamner une partie à un paiement du prix de réparations effectuées sur son véhicule et dont le montant était contesté, se fonde sur les seules factures du garagiste alors que seul ne peut se constituer un titre à lui-même* »¹⁸¹. Dans ce sens, un auteur déclare « *qu'on ne peut se faire des preuves à soi même, sinon je vais me mettre immédiatement à rédiger des reconnaissances de dettes* »¹⁸². C'est par là qu'on doit penser logiquement et affirmer que la preuve ne doit pas être constituée par celui qui en a la charge¹⁸³.

du bien fondé de la prétention de son adversaire (J. Carbonnier, note sous tribunal civil de Lille, 18/3/1947, Dalloz, 1947, p.507).

¹⁷⁹ - Malgré que la procédure civile française soit accusatoire en principe, néanmoins, les articles 11 et 138 à 142 du NCPC donnent un rôle important au juge.

¹⁸⁰ - Cass. 2^{ème} civ., 23 juin 1998, Bull. Civ. 1998, 2, n°220, p.152.

¹⁸¹ - Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2004, Bull. civ. 2004, II, n°414, p.351.

¹⁸² - A. Bensoussan, « Informatique et droit de la preuve » in *Informatique et droit de la preuve*, Travaux de l'A.F.D.I. sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, éd. des parqués, 1987, p.74.

¹⁸³ - H. Croze, « Informatique, preuve et sécurité », D. 1987, chron. p. 165.

b) Le secret professionnel

125. Certains pièces et documents peuvent, voire doivent, être exclus du débat. En effet, l'article 10 du code civil français stipule dans son premier alinéa l'obligation incombée sur chaque partie de concourir pour la manifestation de la vérité. Mais, ce même article a admis, dans son second alinéa, une exonération de cette obligation à condition qu'un motif légitime soit présent. De ce fait, la cour de cassation a précisé que « *le motif légitime, qui limite le pouvoir d'ordonner l'obtention des pièces, pouvait tenir soit au respect de la vie privée soit au secret professionnel* »¹⁸⁴. Dans les deux cas, il s'agit d'un secret qui a pour effet de soustraire une partie ou un tiers détenant un document de ne pas le produire¹⁸⁵.

126. Le secret, dit un auteur¹⁸⁶, « *est la face noble de l'opacité. Il contrarie la transparence, mais il vient porteur, le mystère, l'intimité, la confiance, ou d'intérêts essentiels, l'intérêt de la sécurité, de la défense, de la justice* ». Il constitue une information qui ne doit pas être révélée par son détenteur. Le secret constitue donc un silence imposé qui apparaît comme un obstacle devant la production des preuves de sorte qu'il peut provoquer une interdiction pour faire apparaître la vérité. Ainsi, les interdictions légales existent lorsque les documents et les pièces sont couverts par un secret professionnel ou s'ils sont couverts par une immunité d'ordre public¹⁸⁷. A cet égard, le secret professionnel, reposant sur l'ordre public, ne peut former l'objet d'une convention ou tout autre accord entre les parties¹⁸⁸. Il constitue sans doute la principale dérogation à l'exigence de produire les documents. En effet, en matière de preuve écrite, ce qui importe le plus c'est le secret professionnel de l'avocat envers son client et le secret professionnel du notaire en tant que rédacteur des actes authentiques.

127. Pour l'avocat, certaines conditions sont imposées pour que le secret forme une dispense devant les tribunaux entraînant la non-production des documents. La première condition est que le fait relevé soit confidentiel. Ce dernier caractère doit toujours être dépendant de la volonté de celui qui fait la confidence. La seconde condition est que les confidences doivent être divulguées au confident à raison de son caractère professionnel et en tant « *qu'aviseur*

¹⁸⁴ - Cass. 1^{ère} civ., 21 juillet 1987, Bull. civ 1987, I, n°248, p. 181.

¹⁸⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2004, Bull. civ. 2004, I, n°306, p. 256.

¹⁸⁶ - J.-D. Bredin, « Remarques sur la transparence », in *La transparence*, Colloque de Deauville organisé les 19 et 20 juin 1993 par l'association Droit et commerce, Rev. de Juris. Com., n° spécial, novembre 1993, p.175.

¹⁸⁷ - Les chambres civiles de la cour de cassation affirment régulièrement que le secret professionnel est un motif légitime, péremptoire pour les juridictions civiles.

¹⁸⁸ - Le secret professionnel se décompose en deux éléments : une obligation de taire et un droit au silence (J.-L. Baudouin, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve. Etude de droit Québécois comparé au droit français et à la Common Law*, L.G.D.J. 1965, p.17).

légal »¹⁸⁹. Ces deux conditions sont indiquées nettement dans l'article 332 du code de procédure civile. Par conséquent, tout secret ne peut être un secret professionnel: c'est un secret révélé à une personne dans le cadre de sa profession et en raison de cette profession. A partir de là, le secret professionnel couvre certainement les dires passés entre l'avocat et son client à l'occasion de conseil et d'assistance juridique.

Mais cette obligation ne s'arrête pas là, elle s'étend pour englober les informations communiquées entre l'avocat et une tierce personne et cela après l'apparition du différend ou après le déclenchement de la procédure. Ainsi, si la partie adverse exige la production d'un document contenant un rapport entre l'avocat et la partie à l'instance, la partie qui le détient peut s'exonérer de cette production si le document est véritablement couvert par le secret. Il en résulte que le secret professionnel de l'avocat s'étend à tous les faits révélés et à tous les documents rédigés à l'occasion de sa profession¹⁹⁰.

128. La deuxième personne à laquelle le secret professionnel est imposé est le notaire. Celui-ci doit laisser en une complète et totale secrète les actes conclus devant lui. Ainsi, le notaire ne forme pas seulement le rédacteur d'un acte contenant les volontés des parties, mais il est aussi appelé à être le dépositaire, même le gardien des secrets des contractants. Cette imposition demandée au notaire ne s'étend pas seulement aux stipulations contenues dans l'acte mais aussi à son existence. Ainsi, si un acte est dressé chez un notaire, il ne lui est pas autorisé de le produire comme élément de preuve sauf si les parties donnent leurs consentements pour cette fin¹⁹¹. Dès lors, la production d'une pièce détenue dans la comptabilité du notaire doit donner lieu à un débat contradictoire sur la levée du secret professionnel du notaire.

129. En revanche, une situation proche du secret professionnel doit être mentionnée ; c'est le cas dans lequel une partie à l'instance refuse de produire une pièce qu'elle détient entre ses mains au motif qu'elle contient des informations confidentielles¹⁹². Cependant, pour qu'une partie refuse de produire un document, la confidentialité du document ou des informations qu'il contient ne constitue pas toujours la seule raison, mais, en réalité, il se peut que ce refus

¹⁸⁹ - J-L. Baudouin, *ibid.* p. 62.

¹⁹⁰ - De même si le document ne concerne pas le litige, il est confidentiel parce qu'il concerne un autre client ou une autre affaire de l'avocat.

¹⁹¹ - Le notaire doit refuser de donner communication des actes déposés en son office à toute autre personne qu'aux parties elles mêmes, leurs héritiers ou ayant droit ou toute personne autorisée par la loi ou par décision judiciaire.

¹⁹² - Dans une procédure se déroulant sous l'égide de la CCI, et qui n'a pas fait l'objet de publication, une partie refusait de produire des documents qui avaient trait à sa politique de vente d'uranium parce que les informations étaient confidentielles.

aura lieu soit lorsque le document contient des faits contraires à ceux que la partie a énoncés, soit pour ne pas exécuter une demande d'une communication forcée sollicitée par l'autre partie. Dans ce cas, le tribunal arbitral ne doit pas automatiquement considérer la pièce comme confidentielle et par suite l'écarter, mais il doit au préalable trancher la contestation en mesurant ce refus et décider par la suite si cette pièce est pertinente pour enfin rendre une ordonnance obligeant sa production ou, rarement appliqué, rendre une sentence arbitrale¹⁹³ tout en tirant toute conséquence de cette abstention. Dans tous les cas, c'est au tribunal arbitral qu'il appartient d'apprécier le bien fondé des raisons invoquées.

2) Les dérogations attachées aux éléments de preuve

130. Dans la production des éléments de preuve, il peut arriver que certains de ces éléments, surtout une pièce écrite, se trouvent hors du pays où siège le tribunal arbitral et même où se trouvent les parties. Une recherche doit donc être réalisée à l'étranger (a). Néanmoins, dans ce cas et même dans le cas où les preuves sont proches des plaideurs, le principe de contradiction doit être respecté tout au long de la procédure (b).

a) Preuve écrite se trouvant à l'étranger

131. Comme l'on a déjà dit, les parties à un litige n'ont pas toujours en leur possession les moyens de preuve essentiels pour prouver leurs allégations. Dès lors une recherche des preuves est nécessaire. Cette solution est simple si les éléments de preuve se trouvent sur le territoire où se situent les parties. Mais la grande difficulté apparaît lorsque ces éléments de preuve se trouvent dans un pays autre que celui du siège de l'arbitrage et même autre que le territoire où se trouvent les parties.

A première vue, le phénomène des frontières ne peut former un empêchement pour apporter les éléments de preuve, mais en réalité il constitue un véritable obstacle. En effet, la question de la recherche des preuves sera plus simple si elle est réalisée par les juridictions étatiques. Dans ce cas, les preuves situées à l'étranger seront apportées au premier chef dans le cadre d'une coopération interétatique de tribunaux à tribunaux c'est-à-dire l'Etat dans lequel la recherche des preuves doit s'effectuer met son appareil étatique à la disposition d'un autre Etat. La convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves à l'étranger organise cette coopération entre les tribunaux étatiques des différents pays¹⁹⁴. Seules les matières civiles et commerciales font parties du domaine de cette convention. A cet

¹⁹³ - M. de Boissesson, op.cit. p.741.

¹⁹⁴ - En France, décret n° 75-250 du 9 avril 1975, J.O. 17 avril 1975, p.3980.

effet, il est prévu que l'obtention des preuves puisse se réaliser par le biais d'agents diplomatiques, consulaires ou de commissaires. La coopération entre les Etats se fera donc par la technique de la commission rogatoire¹⁹⁵. Ainsi, on remarque que l'obtention des preuves qui se situent à l'étranger relève exclusivement, selon la convention de La Haye, de la compétence des autorités étatiques. C'est dire que seul un tribunal étatique peut demander à un autre tribunal étatique, dans un autre pays, de procéder à la recherche des preuves se situant sur ses territoires.

132. Cependant, la question qui se pose est celle de l'étendue de l'exclusivité posée par la convention de La Haye. En d'autres termes, deux interrogations apparaissent. D'une part, on se demande si un tribunal arbitral, en tant qu'autorité juridique privée, peut bénéficier des dispositions de ladite convention, et par suite ignorer les tribunaux du siège, et demander à des tribunaux étatiques, situés hors son siège, l'obtention des éléments de preuve se trouvant sur leur territoire. D'autre part, on se demande si ce tribunal arbitral peut ignorer les juridictions du siège, et même les juridictions hors son siège et procéder, d'une manière autonome, à la recherche des preuves sur un territoire étranger.

133. De prime abord, il faut mentionner que la convention de La Haye du 18 mars 1970 ne contient aucune trace concernant l'arbitrage. De même pour le code de procédure civile français, aucun article ne concerne la recherche de la preuve à l'étranger par un tribunal arbitral. Est-ce que cela peut nous emmener à considérer que « tout ce qui n'est pas prohibé est permis » ? En fait, en matière d'arbitrage international, le tribunal arbitral ne possède ni loi ni législation spécifiques. De ce fait, nous pensons qu'une réponse positive paraît logique à la deuxième question que nous avons posée à propos de la recherche par le tribunal arbitral des preuves se situant à l'étranger sans convoquer les tribunaux du siège et les tribunaux du lieu des preuves. Dès lors, un tribunal arbitral peut procéder d'une manière autonome à la recherche des preuves à condition cependant que rien ne s'oppose à cette recherche. Il en résulte que si une partie a besoin d'un document ou d'une pièce se trouvant à l'étranger, elle peut elle-même ou en passant par le tribunal arbitral la chercher. Mais dans le cas où des obstacles viennent s'opposer à cette recherche, comme dans le cas où le détenteur de la pièce refuse de la produire, les arbitres ne peuvent, à notre avis, saisir directement les autorités étatiques étrangères afin d'obtenir la pièce demandée. Il est nécessaire donc pour le tribunal arbitral de saisir, dans une première étape, les autorités compétentes du siège de l'arbitrage

¹⁹⁵ - Pour plus de détail sur les procédures de coopération interétatiques que la convention de LA HAYE du 18 mars 1970 énoncent, voir Th. H. Groud, op.cit., pp.242 et s.

pour que celles-ci procèdent, dans une deuxième étape, aux démarches énoncées dans la convention de La Haye. Cette solution s'impose parce que les autorités étatiques du siège sont seules compétentes pour trancher un incident relatif à l'administration de la preuve dans une instance arbitrale. Ainsi, la juridiction du siège se substitue au tribunal arbitral. Dès lors, la convention de La Haye s'appliquera entre deux juridictions étatiques jusqu'à l'expiration de l'incident.

b) Le principe de la contradiction

134. A l'issu de la communication et de la production des différentes pièces par les parties ou par les tiers, des droits procéduraux naissent pour les plaideurs. Ces droits ont une importance très particulière surtout dans la phase de l'administration des preuves. Ils signifient que chaque partie a le droit de prendre connaissance de tous les documents et de toutes les pièces que la partie adverse fournisse tout au long du procès pour, par suite, se prononcer à leur sujet.

135. Comme la production des pièces est principalement régie par la convention des parties, cet accord ne doit pas déroger aux exigences de l'ordre public procédural qui contient le principe de la contradiction et l'égalité de ses signataires. Dès lors, les écritures et les pièces seront reçues en même temps et à l'identique par le tribunal arbitral et par la partie adverse, et aucune pièce nouvelle ne doit être présentée sans que l'adversaire ait la possibilité de la commenter. Cela écarte en effet une violation du principe du contradictoire qui consiste à donner à chaque plaideur le droit de faire valoir ses moyens de preuve et le droit d'être entendu sur toute cause. Ainsi, il a été jugé que « *le respect de la contradiction suppose que les parties aient la possibilité de faire valoir leurs moyens et arguments comme de connaître ceux de l'adversaire pour pouvoir les discuter au cours d'une procédure arbitrale dont chaque étape doit avoir été équitable* »¹⁹⁶.

La preuve écrite doit donc être réalisée tout en respectant le principe de la contradiction et sous le contrôle du tribunal arbitral qui doit toujours assurer le respect de l'égalité des deux parties dont sa violation pourrait entraîner l'annulation de la sentence ou le refus d'exécution de celle-ci. De ce fait, le tribunal fédéral suisse a décidé « *qu'une sentence arbitrale peut être attaquée lorsque l'égalité des parties ou leur droit d'être entendues en procédure*

¹⁹⁶ - CA Paris, 7 mai 2002, *Rev. arb* 2002, n°3, p.783 ; CA Paris, 27 février 2003, *Rev. arb.*, 2003, n°2, p.547 ; Tri. Fed. suisse, 1^{ère} cour civil, 25 avril 2002, *Bulletin ASA*, 2002 n°3, p.548.

*contradictoire n'a pas été respecté »*¹⁹⁷. A ce propos, l'article 1510 du code de procédure civile énonce que *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction*. Ainsi, l'obligation de l'arbitre consiste à permettre à l'autre partie de faire exprimer ses observations sur les pièces fournies produites par une partie. Dans cette perspective, la Cour de cassation libanaise¹⁹⁸ a jugé que « *le refus par l'arbitre de certains documents ne met pas en cause le droit de défense mais c'est pour lui un pouvoir discrétionnaire puisque la sentence arbitrale contient les raisons de ce refus ; cela veut dire que l'arbitre a vérifié les documents refusés, et par suite l'égalité des parties n'a pas été violée* ». A partir de là, le respect du contradictoire impose au tribunal arbitral « *d'éviter de créer un déséquilibre de son pouvoir discrétionnaire et donc admettre les moyens de preuve produits par les parties* »¹⁹⁹. De ce fait, un tribunal arbitral, ayant l'inquiétude de voir sa sentence contestée, peut y mentionner que toutes les pièces produites ont fait l'objet d'un débat contradictoire et que chaque partie a eu la possibilité de les commenter.

¹⁹⁷ - Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} cour civil, 10 juin 1996, *Bulletin ASA*, 2000 n°4, p.764; aussi dans le même sens CA Paris, 12 février 1993, *Rev. arb.* 1993, p.255.

¹⁹⁸ - Cass. Lib. 5^{ème}, arrêt n°159/2007, *Rev. arb. lib.* 2009, n°1, p.231.

¹⁹⁹ - G. Tarzia, « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves », in *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p.469.

Deuxième chapitre – L’administration de la preuve écrite dans l’arbitrage international

136. Comme on l’a vu, l’une des caractéristiques de l’écrit réside dans la conservation et la stabilité des différentes énonciations qui y sont stipulées. De ce fait, il n’est pas choquant d’admettre que si les parties voulaient que leurs droits soient réalisés, elles ont recours, dans la plupart des cas, à une sorte d’écrit dans lequel se trouvent toutes les conditions et les formalités qui rendent la contestation de l’acte par des procédures spécifiques assez difficile. Il en résulte que l’écrit en général forme une preuve qui doit avoir la primauté sur les autres modes de preuve et qui doit être considéré comme un principe qui domine la phase d’administration de la preuve. Ainsi, ce principe consiste à forcer les parties à rédiger leur contrat afin de ne pas rater les chances de voir leur convention exécutée.

137. Cependant, tout principe supporte des exceptions. En effet, en raison de la nature commerciale et contractuelle des conventions litigieuses, la matière d’arbitrage international permet la réalisation de ces exceptions pour qu’elles se transforment en principes dans l’arbitrage international. Ainsi, certaines exceptions à la primauté de la preuve écrite règnent dans le procès arbitral quant à l’administration de la preuve. A ce propos, la valeur de l’écrit, et spécialement les actes écrits, sera mise en cause dans l’arbitrage international en vu de l’admission des principes autres que la préconstitution de la preuve écrite qui peuvent dominer dans l’instance arbitrale. Il sera donc utile de se demander quelle est la place de la preuve écrite dans l’arbitrage international.

A partir de ce qui a été mentionné, l’administration de la preuve écrite dans l’arbitrage international fera l’objet d’une étude dans laquelle une première section sera consacrée pour traiter du principe de la préconstitution de la preuve écrite et de ses exceptions appliquées dans la matière arbitrale internationale (section 1). Une deuxième section sera quant à elle consacrée à l’étude de la place de la preuve écrite (section 2).

Première section – La preuve écrite entre principes et exceptions

138. Hormis qu'elle rend plus simple son exécution, la rédaction d'un acte juridique facilite en principe aux parties la preuve des droits se trouvant dans les clauses de leurs actes. Ainsi, les parties à un acte préfèrent souvent conserver par écrit le contenu de leur accord afin de le présenter comme mode de preuve lors d'un litige survenu entre elles. Il y aura donc une préconstitution d'une preuve écrite. Ce principe, largement répandu dans le système de droit civil, trouve aussi application dans un arbitrage international avec certaines exceptions qui dérogent à la préconstitution de la preuve écrite. Cependant, les commerçants accomplissent des conventions que souvent ils ne rédigent pas, par souci de rapidité, et par suite aucune pièce écrite ne sera préconstituée afin de s'en servir dans le cas d'un conflit. A ce propos, il n'est pas contesté, ni en droit ni en jurisprudence, que les commerçants peuvent prouver leurs opérations par tous moyens. En plus, comme l'arbitrage est contractuel, nul ne doute que les parties ne peuvent déroger aux règles de preuve posées par les lois. Les parties peuvent donc, par des conventions, admettre des modes de preuve comme bon leur semble. C'est donc la réalité de l'arbitrage international qui doit être envisagée.

Ainsi, le principe de la préconstitution d'une preuve écrite ainsi que la réalité de l'arbitrage international feront l'objet d'un premier paragraphe (§1) pour ensuite traiter dans un second paragraphe les exceptions à l'obligation de préconstituer une preuve écrite (§2).

§1 – La preuve écrite et la réalité de l'arbitrage international

139. D'après ce qui a été dit précédemment, une grande importance doit être donnée à l'écrit parce qu'il reflète les intentions des parties et conserve ce qui pourra être oublié. Ce n'est donc pas choquant que les pièces écrites forment le mode de preuve sur lequel le tribunal arbitral se réfère afin de trancher le litige (A). Cependant, l'arbitrage international ne connaît pas toujours cette situation. En effet, comme il est d'un côté contractuel et de l'autre côté créé pour régler les différends nés du commerce international, il est donc acceptable que les parties puissent, par leur convention admettre tout mode de preuve et même si elles ne le font pas, c'est en principe une matière commerciale qui accepte toute autre mode de preuve (B).

A – La primauté de la preuve écrite dans l'arbitrage international

140. Parmi les différents modes de preuve, la preuve écrite forme la preuve la plus sûre de sorte que les diverses obligations que les parties ont stipulées se trouvent conservées dans l'écrit préconstitué. Pour cette raison, les parties préfèrent, voire s'obligent au moins d'une manière implicite, à préconstituer un écrit pour l'utiliser dans la preuve de leurs droits. Ainsi, nous examinerons d'abord la préconstitution de la preuve écrite comme étant une obligation incombant aux parties (1) pour ensuite traiter des règles de cette préconstitution (2).

1) L'obligation de préconstituer une preuve écrite

141. Pour qu'un litige soit soumis à une instance arbitrale, il suffit de penser qu'un contrat préalablement conclu entre les parties soit mal exécuté. Ainsi, pour prouver leurs droits, les parties ont l'obligation de préconstituer à l'avance une preuve écrite résidant dans leur contrat écrit (a), une obligation qui prend comme origine les règles suivies dans la tradition romaniste (b).

a) La pratique de préconstitution d'une preuve écrite dans l'arbitrage international

142. Après l'accomplissement de la phase de communication et de production des divers documents et pièces, une nouvelle phase se met en scène dans les instances arbitrales. C'est la période dans laquelle les plaideurs prouvent les allégations et les prétentions qui sont soulevées dans leurs mémoires. Cette preuve sera réalisée suivant les modes et les méthodes que les parties ont déjà arrêtés dans leur convention. Ainsi, comme pour la communication des pièces, les parties ont la faculté de choisir de prouver suivant les méthodes suivies dans le

système de Common Law ou de suivre les méthodes appliquées dans les pays de tradition romaniste. Selon les règles de Common Law, une grande place est réservée à la preuve par témoins tandis que la preuve littérale est classée dans un rang inférieur contrairement aux règles suivies dans les pays de droit civil où la preuve par écrit prévaut sur tout autre mode de preuve.

Cependant, dans les arbitrages commerciaux internationaux, une tendance à l'application des règles du système de droit civil paraît d'une manière claire. Dans ces arbitrages, « *la meilleure preuve que l'on puisse apporter à propos de n'importe quelle question de fait se trouve presque toujours contenue dans les documents qui reflètent l'époque des événements qui ont donné lieu au litige* »²⁰⁰. Dès lors, une obligation de préconstituer une preuve écrite est imposée. La justification de cette obligation se trouve « *dans les avantages de l'établissement des preuves à l'avance, dans le calme et avec la collaboration des parties que n'oppose aucun différend* »²⁰¹.

143. D'une manière générale, les parties sont toujours encouragées à constater leurs engagements par écrit non seulement parce que la preuve préconstituée à l'avance est fiable²⁰² mais aussi parce que la confiance que les parties ont mis dans cet écrit doit être protégée. En effet, il n'est pas choquant de considérer que celui qui a participé à l'établissement d'un acte, n'a pas le droit de contester ce qui a été écrit dans cet acte ou de prouver par un moyen de preuve n'ayant pas au moins la même valeur que l'écrit élaboré. C'est tout simplement la confiance dans l'écrit.

Il est alors facile de comprendre l'existence d'une tendance des tribunaux arbitraux internationaux de se diriger vers la preuve documentaire. En effet, elle est facilement présentée et ne prend pas de temps contrairement à la preuve par témoins qui paraît un moyen moins fiable car la crédibilité du témoin doit d'abord être vérifiée et il faut soumettre le témoin à une interrogation pour enfin s'assurer de la véracité de ses propos. Cela constitue sans doute une consommation du temps qui n'est point considérée dans l'intérêt des plaideurs. En réalité, si les tribunaux arbitraux font généralement confiance à la preuve contenue dans les documents, c'est sans doute parce que l'écrit contient en principe, d'une manière incontestable, les engagements que les parties contractantes ont voulu stipuler dans leur contrat.

²⁰⁰ - A.Redfern et M. Hunter, op. cit., p.267.

²⁰¹ - J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., p.635.

²⁰² - M. Oudin, « Contrats et obligations, recevabilité des différents modes de preuve », *JCL code civil*, fasc.30.

b) Une obligation influencée par la tradition romaniste

144. Comme on l'a affirmée précédemment, la preuve écrite possède la primauté quant à son application par rapport à d'autres modes de preuve ; c'est à partir de là qu'on peut considérer que c'est une application influencée d'une manière large par le système de droit civil répandu et appliqué en droit français et dans les législations qui suivent la méthode de ce système. Nous tenterons alors de traiter l'administration de la preuve écrite dans l'arbitrage international selon la conception française d'administration des preuves en partant du postulat selon lequel le droit français est choisi pour régir la procédure arbitrale. Cependant, même dans le cas où on admet que le droit français est choisi, son application n'est pas absolue, mais, comme on l'a dit, la pratique arbitrale internationale a élaboré de nombreuses règles qui s'appliquent à la procédure et qui peuvent parfois provenir de la pratique suivie dans le système de Common Law. Ainsi, notre étude sera principalement influencée par le droit et la pratique d'un système de droit civil, notamment le droit français, tout en conservant une place pour une comparaison, chaque fois qu'elle s'impose, avec des règles appliquées à l'administration de la preuve écrite dans l'arbitrage international émanant, soit d'un autre système juridique à savoir le Common Law, soit de la pratique arbitrale internationale.

145. La valeur importante attribuée à la preuve écrite a été depuis longtemps consacrée dans les textes de loi spécialement l'article 1341 du code civil français qui est considéré comme un texte de portée générale²⁰³. Cet article énonce *qu'il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre*. Plusieurs législations consacrent le même principe édicté par cet article. Tel est le cas de l'article 1341 du code judiciaire belge et l'article 245 du code de procédure civile libanais, etc.

146. Quant à l'article 1341 du code civil français, il n'est pas douteux que les deux mots « toutes choses », insérés dans cet article portent le sens d'actes juridiques. Dès lors, toute distinction de la forme que cet acte revêtira sera inutile. Ainsi, tous les actes juridiques dans lesquels une manifestation de plusieurs volontés sera réalisée, sont soumis aux exigences de l'article 1341 du code civil qu'ils soient authentiques ou sous seing privés, synallagmatiques

²⁰³ - Le principe contraire que « témoins passent lettres » a été abandonné depuis l'ordonnance de Moulin de 1566.

ou unilatéraux²⁰⁴. De ce fait, la règle que contient l'article 1341 forme une obligation imposée aux contractants d'un acte juridique afin de rédiger un écrit destiné à servir de preuve.

Ainsi, en raison de sa sincérité et de sa sûreté, la supériorité de la preuve écrite sur les autres modes de preuve exprimée dans l'article 1341 du code civil contient deux règles complémentaires : la première annonce l'obligation de préconstituer la preuve de toutes choses excédant la somme ou la valeur fixée par décret ; la preuve par témoins ne sera donc acceptée au-delà de cette somme. La seconde règle affirme l'interdiction de prouver par témoins ou présomption contre et outre le contenu des écrits. En d'autres termes, dans le cas où un écrit a été constaté, il n'est pas permis de compléter ou de combattre son contenu par des témoignages ou par des présomptions quelle que soit la somme des obligations qu'il contient. On remarque que *« l'une de ces règles tend à exclure la preuve testimoniale dans certains cas, fût-elle la seule ressource de la partie qui l'invoque, tandis que l'autre se borne à la repousser lorsqu'en fait il a été rédigé un acte »*²⁰⁵. L'application de cet article dans un arbitrage international revêt une grande importance toutefois lorsque les parties, possédant un document ou un acte, veulent prouver leurs droits existant dans cette pièce.

2) Les règles de l'article 1341 du code civil

147. Appliquer l'article 1341 du code civil c'est distinguer entre deux règles: d'un côté, la preuve d'un acte dont la valeur dépasse une certaine somme (a) ; de l'autre côté, la preuve d'un acte qui, même au dessous de cette somme, a fait l'objet d'un écrit (b).

a) La preuve d'un acte dont la valeur dépasse une certaine somme

148. L'obligation incombant aux parties de préconstituer une preuve en matière d'actes juridiques s'est imposée dans la loi en vertu de laquelle: «il sera passé acte de toutes choses excédant ...». Cette règle signifie qu'au-delà d'un certain seuil de valeur, la liberté de la preuve cesse d'être appliquée. Il en résulte que les actes juridiques dont l'objet dépasse une certaine valeur ne peuvent être constatés que par écrit. En fait, lorsque les parties concluent un contrat, elles le font pour l'exécuter même en stipulant une clause compromissoire pour régler des litiges éventuels. Mais parfois certaines circonstances apparaissent entraînant une mauvaise exécution de la convention. C'est dire que l'obligation de faire l'acte par écrit est née avant le recours à l'arbitrage ; il faut par la suite conserver cette obligation de toute

²⁰⁴ - Traditionnellement, le paiement est analysé comme un acte juridique, il est soumis aux règles de preuve édictées par l'article 1341 du code civil. De même pour l'acquisition de propriété, la preuve de l'acte contenant cette acquisition doit être faite selon les dispositions de l'article 1341 du code civil français.

²⁰⁵ - E. Bonnier, op. cit., p.112.

dénaturation. Admettre le contraire signifie que les parties exigent un arbitrage pour fuir leurs obligations. Il s'ensuit qu'une preuve autre que la preuve écrite, spécialement la preuve testimoniale, ne doit pas être reçue lorsque la valeur de l'objet de l'acte est supérieure à une somme déterminée. Cette irrecevabilité vaut évidemment pour les contrats qui forment des actes juridiques par excellence, c'est-à-dire pour les documents contenant des obligations. En revanche, il faut mentionner que n'est pas interdit par cette règle, la preuve par témoins d'un acte juridique dont l'existence est contestée²⁰⁶. Au contraire, lorsque l'existence de l'acte n'est pas niée mais que le litige concerne sa validité, la liberté des preuves sera alors admise.

149. La préconstitution de la preuve posée par l'article 1341 s'est imposée dans l'ordonnance de 1566. A l'origine, l'article 1341 a fixé lui même le seuil de l'exigence d'un écrit à 150 francs. Mais, de nos jours, les chiffres ont certainement changé. Le seuil au dessus duquel les parties doivent préconstituer une preuve est actuellement fixé à la somme de 1500 euros²⁰⁷. « *C'est en deçà de cette limite que les actes juridiques relèvent de la liberté de la preuve* »²⁰⁸. Cependant, si l'article 1341 du code civil parle d'un décret, cette disposition peut être écartée dans l'arbitrage international de façon à ce que les parties puissent elles-mêmes fixer une valeur et qu'à défaut d'accord des parties, cette mission reviendra à l'arbitre. A partir de là, elle ne peut être prouvée que par écrit la demande ayant pour objet une somme inférieure à celle fixée par les parties ou par les arbitres ; mais il est apparu plus tard, d'après les déclarations du demandeur, que le montant fait partie d'une somme plus importante. A ce propos, en application d'une jurisprudence constante, pour savoir si le seuil est dépassé, l'arbitre doit prendre en considération, non pas le montant de la demande formulée, mais la valeur de la chose qui fait l'objet du contrat ou le montant de l'engagement souscrit par le débiteur²⁰⁹.

De même, afin d'apprécier la valeur de l'objet de l'acte, il faut compter non seulement la prestation principale, mais aussi les prestations accessoires qui s'y trouvent attachées. Cette solution est énoncée par l'article 1342 du code civil qui dispose que *la règle ci-dessus (article 1341) s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital, une demande d'intérêts qui, réunis au capital, excèdent le chiffre prévu à l'article 1343*. Ainsi, seule une preuve écrite est valable pour prouver un prêt à intérêt passé entre deux parties et soumis à

²⁰⁶ - De même si le litige porte sur le contenu de l'acte, la preuve doit être faite par écrit.

²⁰⁷ - Décret n° 2004-836, 20 août 2004, art. 56, Journal Officiel 22 août 2004.

²⁰⁸ - J. Flour, J. L. Aubert, E. Savaux, op.cit. p.42.

²⁰⁹ - Cass. 2^{ème} civ., 6 avril 1967, Bull. civ. 1967, II, n°129, p.90.

l'arbitrage dans le cas d'un litige lorsque la valeur du capital principal ajoutée à l'intérêt dépassent celle fixée préalablement²¹⁰.

En outre, l'article 1343 du code civil énonce *que celui qui a formé une demande excédant le chiffre prévu à l'article 1341 ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive*. Le tribunal arbitral ne doit donc pas permettre au demandeur d'échapper à l'exigence de la preuve littérale en réduisant ses prétentions. C'est en ce sens que la jurisprudence a décidé *« qu'il fallait prendre en considération non pas le montant de la demande formulée par le demandeur mais la valeur de la chose qui fait l'objet du contrat où le montant de l'engagement souscrit par le débiteur »*²¹¹.

150. Enfin, lorsque la valeur de l'objet de l'acte est indéterminée, il appartient au tribunal de fixer au préalable la valeur pécuniaire du contrat, sauf s'il estime qu'une expertise est nécessaire. La cour de cassation a néanmoins estimé que dans tous les cas l'article 1341 du code civil est applicable et qu'il faut par suite se servir d'une preuve écrite²¹². Cependant, nous ne sommes pas convaincus par la solution donnée par la Haute juridiction. Nous pensons que si le défendeur conteste la valeur soulevée par le demandeur, le tribunal arbitral doit, lui-même ou avec l'aide d'un expert, procéder à l'évaluation de l'objet du contrat. Cette évaluation préalable semble nécessaire afin de savoir si la valeur du contrat excède le seuil et par suite recourir à une preuve écrite ou au contraire constater que ce seuil n'a pas été dépassé afin d'admettre la liberté des preuves.

b) La preuve d'un acte écrit

151. En ce qui concerne la preuve d'un contrat qui a été exprimé par écrit, l'article 1341 du code civil comporte une disposition selon laquelle *il n'est reçu aucune preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre*. Cette règle, à l'encontre de la règle précédente, trouve une application plus aisée parce que ni les parties ne sont obligées de fixer un seuil ni les arbitres ne le font en cas de désaccord des parties. De ce fait, dans le cas où un acte écrit est arrivé entre les mains du tribunal arbitral et quelle que soit sa somme, il ne doit accepter aucune preuve autre qu'une preuve écrite ou équivalente à celle-ci (tout en conservant les dispositions attachées à la matière commerciale). Cette règle

²¹⁰ - La même disposition s'applique en cas de présence d'une clause pénale stipulée pour un retard dans l'exécution d'une obligation.

²¹¹ - Cass. 1^{ère} civ., 13 juillet 1966, Bull. civ. 1966, I, n°429.

²¹² - Cass. civ., 1^{er} avril 1890, D. 1891, 1, p.181 ; Cass. Civ., 9 mai 1904, D. 1904, 1, p.310.

consiste à faire éviter l'écrit dressé par les parties et contenant leurs volontés de toutes formes de contestation²¹³. Elle reflète la hiérarchie que la loi a dessinée entre les différents modes de preuve.

Cependant, la prohibition qu'énonce la règle de l'article 1341 du code civil de prouver contre et outre le contenu des actes n'est pas établie pour protéger tous les écrits sans distinction, mais elle s'applique exclusivement aux actes instrumentaires c'est-à-dire aux écrits qui ont été à l'origine formés pour servir de preuve qu'il s'agisse des actes authentiques ou des actes sous seing privés²¹⁴. Il en résulte que lorsqu'un acte a été conclu par écrit, la preuve des énonciations qu'il contient ne peut être faite que par écrit même dans le cas où la valeur de son objet est inférieure à celle fixée initialement.

152. Cette règle qui concerne la preuve contre et outre le contenu des actes se divise, dans l'apparence, en deux volets. D'une part, prouver contre et, d'autre part, prouver outre. Prouver contre un écrit, c'est soutenir que son contenu n'est pas exact, et par suite prétendre le corriger. En revanche, prouver outre l'écrit, c'est soutenir qu'il n'est pas complet, et par suite prétendre le compléter. Il en découle deux conséquences: en premier lieu, toute autre preuve que la preuve écrite est irrecevable lorsqu'elle vient pour prouver un fait en contradiction avec les mentions d'un acte qu'il s'agisse d'un acte authentique ou sous seing privé. En second lieu, il résulte que toute preuve autre que la preuve écrite doit être rejetée, « *dès lors que cette preuve a pour objet de prétendues modifications verbales à une convention constatée par acte et cela même si ces modifications sont antérieures à cet acte, ou n'ont eu lieu que longtemps après sa passation* »²¹⁵.

Cette règle énonce en réalité une double prohibition. D'un côté, il est interdit de prouver par témoignage ou présomption les inexactitudes : c'est la preuve contre. D'un autre côté, il n'est pas permis de prouver par témoignage ou présomption les modifications de l'acte apportées postérieurement à sa rédaction : c'est la preuve outre. Ainsi il est prohibé de prouver, par tout autre moyen que la preuve écrite, toute modification qui a pour objet de changer ou ajouter ou même supprimer une stipulation de l'acte afin d'élargir ou de restreindre les droits et les obligations des parties tels qu'ils sont établis par l'acte instrumentaire.

²¹³ - D. Monteux et J.-F. Pillebout, « Acte notarié, Notions sur la preuve », *JCL Notarial, acte notarié*, fasc. 10.

²¹⁴ - Elle est donc étrangère aux écrits qui ne constituent pas des actes à proprement parler comme par exemple les registres domestiques ou certaines mentions libératoires écrites par le créancier (Aubry et Rau, op.cit. p.216).

²¹⁵ - Aubry et Rau, idem.

153. Cependant, il est nécessaire de bien préciser sur quoi porte l'interdiction de prouver contre et outre un acte écrit. La prohibition de la preuve testimoniale ne s'étend pas à la preuve par tous moyens des circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu. De ce fait, comme devant un juge étatique, la preuve des manœuvres dolosives qui ont amené une partie à contracter peut se faire par tous moyens. Ainsi le cas de la fraude dans laquelle l'interdiction de prouver par témoignage ou présomption contre et outre les énonciations d'un écrit ne sera pas appliqué. Cette dernière solution est consacrée par l'article 1353 du code civil français qui autorise la preuve par tous moyens lorsque l'acte est attaqué pour cause de dol ou de fraude²¹⁶. Ainsi, l'arbitre doit vérifier la présence d'un vice de consentement si l'une des parties soulève une telle circonstance afin d'admettre la liberté des preuves. De même, ne constitue pas une preuve contre ou outre l'écrit, le recours à des témoignages ou à des présomptions pour interpréter des clauses obscures ou ambiguës d'un acte²¹⁷, ou pour fixer la portée et l'étendue des énonciations vagues qu'il renferme.

²¹⁶ - Mais la simple allégation d'une fraude ne suffit pas pour se soustraire à l'article 1341 : seule la constatation d'une circonstance constitutive d'une fraude permet aux juges d'autoriser la preuve par tous moyens.

²¹⁷ - En prouvant par témoin les faits propres à éclaircir les intentions des parties, on ne fait usage de la preuve testimoniale, ni pour ajouter ou changer quelque chose dans l'acte.

B – La situation réelle des preuves dans l'arbitrage international

154. Si l'obligation de préconstituer une épreuve écrite est répandue, cette situation n'est cependant pas absolue dans l'arbitrage international. Comme son nom l'indique, l'arbitrage du commerce international concerne des opérations transfrontalières qui ont le plus souvent un caractère commercial. Ainsi, l'arbitrage international tranche dans la plupart des cas, des litiges de nature commerciale dans lesquels les parties sont des commerçants. En outre, la nature contractuelle de l'arbitrage permet aux parties de soumettre leur procès à des règles qu'elles peuvent elles-mêmes édicter. De ce fait, nous évoquerons la situation réelle des preuves dans l'arbitrage international dans deux titres dont le premier traite de la preuve des actes commerciaux (1) et le second des conventions sur les preuves (2).

1) La preuve dans les actes commerciaux

155. Comme on l'a vu, seuls sont concernés par les dispositions de l'article 1341 du code civil les actes instrumentaires à savoir les actes authentiques et les actes sous seing privé. Cependant, le deuxième alinéa de cet article réserve en effet et expressément *ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce*. Ainsi, le code civil fait référence aux dispositions de deux articles du code de commerce : le premier c'est l'article 110-3 qui était l'article 109 dans l'ancienne version du code de commerce et le second c'est l'article L 123-23. Quant à l'article 110-3, il dispose *qu'à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi*. L'article L 123-23 quant à lui, précise que lorsqu'on parle de litige entre commerçants, cela suppose évidemment que le litige ait trait à des opérations commerciales²¹⁸. Cela entraîne deux conséquences. D'une part, les modes de preuve autres que la preuve écrite sont toujours reçus dans les matières commerciales, même dans le cas où la valeur de l'objet de l'acte ou de fait de commerce est supérieure à celle qui a été fixée. D'autre part, tous les modes de preuve sont généralement acceptés pour combattre des énonciations contenues dans un acte instrumentaire (par exemple celles relatives à la cause de l'obligation) et pour admettre l'existence de modifications qui auraient été verbalement apportées à un pareil acte.

156. La liberté des preuves en matière commerciale est traditionnellement justifiée par plusieurs motifs : l'impératif de célérité qui domine le monde des affaires n'est jamais compatible avec des exigences formalistes. Les commerçants ont l'habitude de conclure des contrats qui, dans la plupart des cas, contiennent les mêmes conditions. Ce qui a fait naître un

²¹⁸ - Faits de commerce, suivant les termes de l'article L 123-23.

caractère répétitif dans les opérations réalisées avec lequel les commerçants ont acquis une large compétence et de ce fait, il sera inutile de parler d'un système de protection formaliste pour protéger les accords conclus. En plus, il est rare de trouver un commerçant ne détenant pas des livres de commerce qui permettent de vérifier tous les travaux de son commerce spécialement s'il a conclu un contrat ou non²¹⁹. Il est nécessaire alors de « *ne pas entraver la rapidité des opérations commerciales* »²²⁰.

157. Certes, ce qui a été dit ne doit pas être étranger au commerce international soumis à l'arbitrage dans le cas d'un conflit issu de ses opérations. Ainsi, lorsque les plaideurs dans un arbitrage dérivent du monde commercial, la liberté des preuves leur est admise pour prouver leurs droits devant le tribunal arbitral. La jurisprudence a approuvé cette justification depuis fort longtemps en décidant qu'entre commerçants et pour affaires de commerce, la preuve des contrats peut se faire par tous les moyens, et bien entendu par témoignage et présomption. Il a alors été jugé que « *l'article 1326 du code civil, qui énonce l'obligation d'assortir l'acte dans lequel une seule partie s'engage par la signature et la mention écrite de la somme ou de la qualité en toutes lettres et chiffres, ne s'applique pas lorsqu'il s'agit à l'égard de commerçants de prouver des actes de commerce, lesquels peuvent être prouvés par tous moyens* »²²¹. Cette disposition s'applique sans doute à l'arbitrage²²².

158. Cependant, l'application de l'article 110-3 du code de commerce n'est pas absolue. De ce fait, des restrictions à l'application de cet article se mettent en scène pour revenir de nouveau à l'obligation de préconstituer une preuve écrite. La restriction la plus importante semble celle qui oblige de nombreux contrats, tels que le contrat des sociétés, à être préconstitués à l'avance et impose par suite qu'ils soient passés en écrit²²³. C'est donc en raison de la compétence particulière de ces contrats qu'ils doivent être rédigés et prouvés par écrit. Cette disposition doit en principe s'appliquer à la preuve dans un arbitrage sauf si les parties ont stipulé autrement.

159. Mais, si les textes parlent des actes commerciaux, ces mêmes actes peuvent aussi être civils pour l'une des parties. En d'autres termes, les parties d'un contrat peuvent être toutes deux commerçantes comme elles peuvent être l'une commerçante et l'autre non

²¹⁹ - R. Houin, R. Rodière et D. Legeais, *Droit commercial*, Tome 1, 9^{ème} éd., Sirey 1993, p.42.

²²⁰ - G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, 18^{ème} éd. par Louis Vogel, L.G.D.J. 2001, p.291.

²²¹ - Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 35, p. 23. ; cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, Bull. civ. 2001, I, n°108, p.71.

²²² - Cass. Com., 11 décembre 1990, Bull. civ. 1990, n°315, p. 217.

²²³ - En pratique, des commerçants soucieux d'éviter des discussions ultérieures, préconstituent fréquemment des preuves écrites malgré qu'aucune disposition ne les oblige.

commerçante. Dans cette dernière figure, l'acte sera nommé mixte. Ainsi, dans le cas où un acte est commercial pour l'une des parties à l'instance, la liberté des preuves joue alors contre cette partie. A l'inverse, si c'est le commerçant qui agit contre son cocontractant civil, il est dans ce cas tenu de prouver selon les règles du droit civil, c'est-à-dire conformément à l'article 1341 du code civil, qui dispose la préconstitution d'une preuve écrite²²⁴. Ainsi, lorsqu'un arbitrage se déroule entre deux sociétés dont l'une est commerciale et l'autre est civile, la société civile peut prouver librement contre la société commerciale tandis que cette dernière doit prouver conformément aux dispositions légales, sauf si les deux sociétés se sont mises d'accord sur un autre système de preuve. C'est donc un retour à la preuve écrite qui s'applique dans toutes circonstances, sauf exception.

Pendant un temps, certains auteurs ont douté de la vérité de cette dernière solution. Ils ont estimé que « *l'application des règles de preuve différentes aux parties d'un même contrat paraissait manquer de logique et qu'il était préférable d'appliquer aux deux contractants le principe de la liberté des preuves* »²²⁵. Mais la loi du 12 juillet 1980 a levé tous les doutes en donnant à l'article 110-3 du code de commerce une rédaction qui consacre cette solution. Dans un arrêt²²⁶, et dans bien d'autres²²⁷, la cour de cassation a jugé « *qu'attendu que dans un acte mixte les règles de preuve du droit civil s'appliquent envers la partie pour laquelle il est de caractère civil. Inversement, la partie pour laquelle l'acte est civil, peut apporter la preuve de l'obligation par tous moyens à l'encontre de la partie pour laquelle l'acte est commercial* ». Cependant, comme on l'a dit, les parties peuvent déroger comme bon leur semble à ces dernières dispositions et s'accorder pour prouver autrement.

Enfin, il est utile de mentionner qu'en présence de l'exception de la liberté de la preuve en matière commerciale, le tribunal arbitral détient d'un pouvoir discrétionnaire pour rejeter ou recevoir une preuve, autre que la preuve écrite, de sorte qu'il peut octroyer toute force probante à n'importe quel moyen de preuve que lui présentent les plaideurs.

2) Les conventions sur la preuve

160. Contractuel par nature, l'arbitrage donne aux parties la liberté de décider des diverses règles pour régir leur différend. Elles possèdent ainsi une grande marge pour édicter

²²⁴ - Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, préc.

²²⁵ - G. Ripert et R. Roblot, op. cit., p.296 et s.

²²⁶ - Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, *D.* 2001, p. 1950, obs. A. Lienhard.

²²⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2000, *RTD com.* 2000, p. 327, obs. J. Derrupé.

des dispositions concernant l'admissibilité des différents modes de preuve. Il en résulte que les parties peuvent s'accorder dans des conventions touchant directement à la preuve.

161. Définies comme des accords exprès ou tacites par lesquels les parties modifient les règles normales de la preuve judiciaire soit quant à la charge de la preuve, soit quant à la détermination des faits à prouver, soit quant à l'emploi des procédés de preuve²²⁸, les conventions sur la preuve permettent aux parties d'organiser la manière avec laquelle elles désirent prouver leurs droits lorsqu'éventuellement il y aura recours à la justice.

162. Enonçons d'emblée que deux grandes conceptions partagent la matière de conventions sur la preuve. Ces deux théories prennent pour point de départ la notion d'ordre public. La première d'entre elles considère que la question de la preuve ne peut pas être isolée de la notion d'ordre public qui est dans tous les cas impératif et ne peut subir aucune dérogation. Elle traduit en effet l'opinion de la doctrine qui fait de la preuve une organisation d'Etat qui sera imposée aux plaideurs pour un bon fonctionnement de la justice. L'autre conception prétend que les questions de preuve sont totalement étrangères à la notion d'ordre public même si celui-ci paraît impératif. C'est en fait la théorie de la doctrine de la liberté qui énonce que la preuve est d'une origine privée.

En ce qui concerne la première conception, ses partisans considèrent que « *la conception étatique de la justice doit prévaloir sur la conception contractuelle* »²²⁹. Dans cette logique, il faut donc considérer que les juges, en vertu du principe de neutralité, doivent recevoir seulement les preuves qui, admissibles et pertinentes au fond, lui sont présentées selon les formes prescrites dans la loi. Les juges ne peuvent ainsi négliger la valeur probante donnée à ces preuves par la loi. Il en résulte que les parties n'ont pas le droit de modifier par une convention, le régime probatoire et, par suite, renoncer au bénéfice ou à la perte édictés dans les règles relatives à la preuve²³⁰.

Cependant, cette conception a été très fortement critiquée et a disparu peu à peu. Une nouvelle conception énonçant la liberté des parties en matière de preuve est alors apparue. Ainsi, si la conception étatique de la justice était, dans un temps passé, appliquée devant les juridictions étatiques, il paraît impossible que son domaine d'application soit étendu à l'arbitrage en raison de son caractère contractuel qui fait des parties à chaque contrat, les maîtresses de leur

²²⁸ - Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, op.cit., n°1428.

²²⁹ - R. Le Balle, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Dalloz 1923, p.19.

²³⁰ - R. Le Balle, *ibid.* p.30.

convention et de leurs droits. De ce fait, lorsque les parties s'accordent pour soumettre leurs litiges à l'autorité de certaines personnes privées, choisies comme arbitres, c'est là un point « de souveraineté » parce qu'en vertu de leur accord, elles ont écarté la compétence des juridictions étatiques. La question sera alors facile à comprendre si on annonce que si les parties peuvent choisir leurs propres juges pour résoudre leurs conflits, à plus forte raison elles peuvent proposer, voire imposer, aux arbitres la façon d'administrer les preuves qui pourront être admissibles dans l'instance et la force probante qui doit être attachée aux modes de preuve. Cet arbitrage suppose donc une grande volonté des parties pour s'accorder à propos des règles qui devront régir l'arbitrage.

Il en résulte que les parties sont « reines » de leurs preuves et cela même si elles ont choisi une loi pour l'appliquer à leur arbitrage. Dans cette hypothèse, les parties peuvent combiner des règles d'une loi nationale et d'autres règles qu'elles édictent elles-mêmes. Cependant, dans le cas où les parties n'ont pas fait de conventions sur la preuve, elles peuvent en conclure au cours de l'instance. De plus, ces conventions peuvent être déduites implicitement du comportement des parties comme lorsqu'une preuve préconstituée doit être produite, mais l'une des parties a fait comparaître des témoins tandis que l'autre partie a gardé le silence. Cela signifie une acceptation tacite de la preuve testimoniale produite. En revanche, les parties peuvent décider de recourir à la preuve écrite en renonçant au bénéfice de la preuve par témoin prévue par la loi régissant l'arbitrage.

163. Cependant, si la liberté des parties constitue le principe, en revanche, chaque principe connaît des limites. Ces limites s'attachent essentiellement à l'ordre public qui n'accepte aucune renonciation ou convention contraire. Il en est ainsi pour le principe de la contradiction entre les parties de tout document produit dans l'instance arbitrale. Dès lors, les parties ne peuvent pas stipuler que les preuves ne soient pas soumises à une discussion contradictoire. Aussi, il faut ajouter que dans la production des preuves, et surtout des documents, un principe de loyauté de la preuve existe et par suite les parties ne peuvent renoncer à ce principe et obliger l'une d'elles à produire n'importe quel document même s'il est attaché à sa vie personnelle ou à un secret. La loyauté interdit donc l'utilisation de certaines preuves même celles qui ont été l'objet d'un accord entre les parties²³¹. De même, si une convention peut augmenter les difficultés de la preuve, « *elle ne peut jamais conduire à*

²³¹ - En ce sens, V.Perrocheau, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche de la preuve », *Les petites affiches* 2002, n°99, p.6.

faire échec au droit à la preuve d'une des preuves en rendant impossible sa réalisation »²³².

Cette convention sera forcément annulée.

²³² - R. Le Balle, op. cit., p.135.

§2 – Les exceptions à l’obligation de préconstituer une preuve écrite

164. Bien qu’elle constitue la Reine des preuves, la preuve écrite n’est pas absolument générale. Ainsi, à côté des actes commerciaux et des conventions des parties que l’on a déjà examinés, il y a des cas dans lesquels on trouve que la preuve littérale doit être écartée au profit d’autres modes de preuve, parfois imparfaits. Des exceptions naissent alors et, parfois, elles se trouvent déjà dans une règle de droit que les parties ont choisie pour régir leur arbitrage. Ces exceptions ont une grande importance pratique. Elles ont pour objet de créer un facteur de souplesse dans le déroulement de l’administration de la preuve et permettent parfois aux litiges des solutions plus équitables²³³. Les exceptions à l’obligation de prouver par écrit sont nombreuses. On trouve, d’une part, des exceptions provenant des plaideurs à l’instance (A) et, d’autre part, des exceptions énoncées par l’article 1348 du code civil (B).

A – Les exceptions provenant des plaideurs à l’instance

165. Les plaideurs au procès arbitral sont en principe les parties à l’acte conclu préalablement. Cet acte peut parfois être entaché de certains vices provenant des parties comme dans le cas où elles n’ont pas apposé leurs signatures. Dans ce cas l’acte sera annulé. Cependant, cette nullité ne rend pas l’écrit caduc, au contraire il persiste à former une preuve mais inférieure à celle de l’acte annulé. Il constitue donc un commencement de preuve par écrit (1). En outre, des étrangers à l’instance peuvent intervenir afin d’alléguer des droits ou au contraire réaliser des obligations nées du contrat. Ces tiers constituent alors des plaideurs à l’instance pouvant ainsi prouver leurs droits contre les plaideurs originaux (2).

1) Le commencement de preuve par écrit

166. Pour être admis comme commencement de preuve par écrit, un document doit remplir certaines conditions (a). Aussi, des pièces provenant d’une instance étrangère peuvent aussi constituer un commencement de preuve par écrit dans l’instance arbitrale en cours (b).

a) Les conditions du commencement de preuve par écrit

167. Selon l’article 1347 du code civil français, les restrictions à la recevabilité de preuve reçoivent exception lorsqu’il existe un commencement de preuve par écrit. Il est donc bien clair que le commencement de preuve par écrit constitue une dérogation à l’obligation de

²³³ - D. Montoux et J.-F. Pillebout, « Acte notarié, Notions sur la preuve », *JCL Notarial, acte notarié*, fasc. 10.

préconstitution une preuve littérale selon lequel un écrit doit être produit pour prouver contre un autre écrit.

168. Le texte de l'article 1347 précise en son deuxième alinéa la définition du commencement de preuve par écrit en énonçant qu'*on appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il présente et qui rend vraisemblable le fait allégué*. De ce texte il résulte que, pour constituer un commencement de preuve par écrit, trois conditions sont nécessaires : en premier lieu il faut un écrit, en second lieu il faut que cet écrit émane de celui auquel on l'oppose et enfin, il faut qu'il rende vraisemblable le fait allégué.

169. En ce qui concerne la première condition, la jurisprudence a élargi la notion de l'écrit. Selon cette jurisprudence, l'écrit peut être un écrit quelconque et, par suite, les conditions particulières parfois exigées pour certains actes ne sont pas exigées. De ce fait, tous les écrits, quelle que soit leur forme et quelle que soit la raison pour laquelle ils ont été rédigés, peuvent former un commencement de preuve par écrit²³⁴. Ainsi, un écrit qui, initialement rédigé pour former une preuve préconstituée, est irrégulier en la forme en raison de manquement de la signature de l'une des parties et forme alors un commencement de preuve par écrit.

Le commencement de preuve par écrit peut être aussi bien constitué par un acte authentique que par un acte sous seing privé. Tel est aussi le cas de la promesse unilatérale de payer une somme d'argent dans laquelle les formalités de l'article 1326 du code civil sont absentes²³⁵. Sur ce dernier point, une jurisprudence s'est développée en matière de cautionnement. A plusieurs reprises, l'acte de cautionnement qui, d'une part, constitue un acte unilatéral et, d'autre part, ne contient pas la mention en lettres et en chiffres de la somme cautionnée a été annulé²³⁶. Mais après quelques hésitations, la cour de cassation a finalement jugé que « *l'acte sous seing privé ne contenant pas les mentions manuscrites pouvait constituer un commencement de preuve par écrit* »²³⁷. Dans tous ces cas, l'arbitre doit avoir une certaine connaissance juridique à propos des conditions exigées pour élaborer des actes authentiques et des actes sous seing privé afin de savoir quels sont les cas dans lesquels un acte peut constituer un commencement de preuve par écrit, si ses conditions ne sont pas remplies.

²³⁴ - Aubry et Rau, op. cit., p.272.

²³⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 1969, Bull. civ. n° 158 ; cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, Bull. civ., I, n° 393, D. 1997, p.368 note Pasqualini.

²³⁶ - Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1988, Bull. civ., I, n° 163, D. 1989, p.289, obs. Laynes.

²³⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1992, Bull. civ. I, n°259; cass. com. 31 mai 1994, Bull. Civ. IV, n° 192, p. 154; cass. 1^{ère} civ., 29 février 2000, Bull. Civ. I, n°68, JCP 2000, I, p.257 obs. Ph. Smiler.

A côté des actes authentiques et des actes sous seing privé qui peuvent constituer des commencements de preuve s'ils ne respectent pas les formalités exigées, à la condition qu'ils soient signés, d'autres écrits peuvent bien remplir ce rôle. C'est le cas d'un chèque tiré par l'une des parties au profit de l'autre qui l'a endossé²³⁸. De même, sont considérés comme commencement de preuve par écrit les livres de commerce et les écritures se trouvant au dos d'un titre de créance mises par le créancier, lorsqu'elle tend à libérer le débiteur. Aussi les papiers domestiques, les factures, les quittances et les bons de livraison constituent des commencements de preuve par écrit²³⁹. Ainsi, dans une instance arbitrale, tout type de document peut être produit dans le but d'apporter la preuve afin d'arriver à la finalité de l'arbitrage qui réside dans la recherche de la vérité par le biais des différents écrits qui peuvent être présentés.

170. En ce qui concerne la deuxième condition, le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose ou de la personne qu'il représente. Il est donc clair que l'écrit doit provenir du défendeur²⁴⁰ et, par suite, pour constituer un commencement de preuve par écrit, il ne peut jamais émaner de la partie qui l'invoque. Cette exigence, formulée par l'alinéa 2 de l'article 1347, est logique : elle évite toute invocation par le demandeur d'un document qu'il a lui-même constitué. Il ne s'agit finalement que d'une application du principe général selon lequel « nul ne peut se constituer de titre à lui-même ». Il en résulte que le commencement de preuve par écrit doit alors émaner de la personne contre laquelle le procès est engagé²⁴¹. L'arbitre doit donc interdire à une partie toute production d'un document qu'elle a, elle-même, constitué.

Concrètement, la participation matérielle du plaideur, à qui on oppose le document, à la rédaction de l'écrit ne doit être négligée. Pour que cette participation soit réalisée, l'écrit doit nécessairement être tracé par lui ou au moins signé par lui même. Il est dès lors important que l'auteur de l'acte soit suffisamment déterminé. Ainsi, une signature doit suffire même dans le cas où le texte de l'acte est écrit par une autre personne. De même, un écrit fait par les mains de celui à qui on l'oppose même s'il ne l'a pas signé, peut aussi valoir commencement de

²³⁸ - Cass. 1^{ère} 1ère, 10 mai 1995, Bull. civ 1995, I, n° 201 p. 144.

²³⁹ - D. Guével, « Contrats et obligations, preuve testimoniale, commencement de preuve par écrit », *JCl code civil*, art. 1341 à 1348, fasc. 5.

²⁴⁰ Comme le dit Bonnier : « c'est une erreur grave de qualifier commencement de preuve par écrit des écritures prouvées qui ne sont ni vérifiées ni reconnues (E. Bonnier, op.cit. p.144).

²⁴¹ - D. Guével, « Contrats et obligations, preuve testimoniale, commencement de preuve par écrit », op.cit.

preuve par écrit²⁴². De ce fait, un acte sous seing privé nul comme tel parce qu'il n'est pas conforme aux exigences de l'article 1325 ou de l'article 1326 du code civil peut constituer un commencement de preuve par écrit même s'il n'a pas été signé par celui à qui on l'oppose²⁴³. En revanche, les stipulations d'un acte invoqué comme authentique mais dépourvu de ce caractère en raison de la présence d'un vice de forme ou parce qu'il a été passé chez un officier public incompetent, ne peuvent en principe former un commencement de preuve par écrit contre la partie qui n'a ni écrit ni signé cet acte bien que l'autre partie ait apposé sa signature. Cependant, dans le commerce international, il est rare que l'on trouve des contrats, qui sont soumis à un arbitrage international lors d'un litige, dont les deux parties n'ont pas été présentes lors de l'élaboration de ce contrat (cette dernière s'étend des négociations jusqu'à la dernière étape durant laquelle les parties apposent leurs signatures sur l'acte qu'elles ont conclu). Il est par suite rare qu'un doute survienne sur l'identité des signataires de l'acte.

Si dans la plupart des cas, les parties au contrat sont présentes, un écrit peut constituer un commencement de preuve par écrit dans le cas où le mandataire de l'une des parties a participé à l'élaboration de cet écrit. Un écrit doit donc être considéré comme émanant de la personne contre laquelle on l'oppose lorsqu'il est fait par son mandataire, et plus généralement d'une personne qui la représente. Ainsi, le commencement de preuve par écrit peut être le fait de celui qui avait reçu mandat de la personne à qui on l'oppose. Dans ce cas, la jurisprudence considère que l'acte vaut commencement de preuve s'il est établi par le mandataire²⁴⁴ « agissant effectivement pour le compte du mandant »²⁴⁵. Cette situation est répandue dans les contrats que les sociétés concluent. Généralement, les sociétés donnent mandat à une personne pour négocier un contrat puis le signer en leur nom. Dans ce cas, si un litige apparaît, seule la société mandante sera partie à la procédure arbitrale sans le mandataire. Il en est ainsi lorsqu'un avoué signe des conclusions contenant des déclarations; ces conclusions forment valablement un commencement de preuve par écrit opposé à la partie au nom de laquelle ces actes ont été signifiés.

De plus, quels que soient les rapports existants entre deux personnes, les écrits émanant de l'une d'elles ne peuvent constituer un commencement de preuve par écrit que lorsqu'elle est le mandataire de l'autre personne. Ainsi, lorsque l'un des sociétaires dresse un écrit, ce

²⁴² - Si la signature ou l'écriture d'un acte était déniée, il faudrait la faire vérifier avant de pouvoir s'en prévaloir.

²⁴³ - M. Bandrac, « Il n'y a pas d'*instrumentum* valable sans la signature de caution », *RTD civ.* 1996, p.663.

²⁴⁴ - Le mandataire peut être légal ou conventionnel.

²⁴⁵ - Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 10 novembre 1971, Bull. civ. I, n°287 ; cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1995, Bull. Civ. I, n°286, *RTD com.* 1996, p.323, note Bernard Bouloc.

dernier ne peut être opposé comme commencement de preuve par écrit aux autres sociétaires s'ils ne lui ont pas donné mandat pour agir en leur nom ou au nom de la société.

La condition selon laquelle le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose a été de plus en plus interprétée d'une manière large de sorte qu'il a été considéré que le tiers qui a rédigé l'écrit peut ne pas être mandataire de celui à qui on l'oppose. Ainsi, il est admis qu'un écrit peut être retenu à titre de commencement de preuve par écrit même si la personne à qui on l'attribue n'a pas matériellement participé à sa confection, dès lors, qu'il en est l'auteur intellectuel²⁴⁶. Un écrit élaboré par un tiers peut, de cette façon, être reçu sous la condition que la personne à laquelle il est opposé l'ait approuvé ou au moins ne lui cause pas de préjudice. En d'autres termes, vaut commencement de preuve par écrit contre une partie l'écrit qui a été rédigé par un tiers mais sous les conditions de cette partie ou sur son ordre. On suppose donc que le plaideur à qui on oppose l'écrit a accepté, que ce soit expressément ou tacitement, ce que le tiers a rédigé.

171. En troisième lieu, l'écrit invoqué comme commencement de preuve par écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. Il faut entendre par là que le fait soulevé doit être rendu probable et non pas seulement possible²⁴⁷. Le commencement de preuve par écrit « *établit une vérité qui elle-même rend vraisemblable l'existence et le contenu de l'élément à prouver* »²⁴⁸. Ainsi, tout écrit qui peut rendre un fait vraisemblable peut servir de commencement de preuve par écrit quelle que soit la raison pour laquelle il n'est pas susceptible de former une preuve complète. Ainsi, l'arbitre, par son pouvoir discrétionnaire, apprécie la vraisemblance du document que le demandeur a produit contre son défendeur. S'il trouve le document pertinent, il l'admet comme mode de preuve et, si au contraire, il a trouvé qu'il n'apporte rien de nouveau, il le considère comme inadmissible.

De ce qui précède, on peut classer en deux catégories les différentes espèces de commencement de preuve par écrit²⁴⁹ : dans la première catégorie se trouvent les écrits contenant les énonciations nécessaires pour établir le fait allégué, mais il manque quelques conditions sans lesquelles l'acte ne peut pas être considéré comme preuve complète. Il en est ainsi, d'une part, pour les actes dépourvus d'authenticité parce que, par exemple, l'officier

²⁴⁶ - J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., p.647 et s. ; Flour, Aubert et Savaux, op. cit., p.45.

²⁴⁷ - On s'est interrogé sur le sens qu'il faut donner à l'adjectif « vraisemblance ». En fait, ce mot signifie crédible, croyable, très plausible.

²⁴⁸ - H. Mazeaud, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit*, Thèse Lyon 1921, p.105.

²⁴⁹ - Aubry et Rau, op. cit., p.284.

public n'a pas la compétence nécessaire pour élaborer un tel acte et, d'autre part, pour les actes sous seing privé synallagmatiques lorsqu'ils n'ont pas été rédigés en autant d'originaux qu'il y avait de parties avec un intérêt distinct. Dans la seconde catégorie, se trouvent les écrits ne constatant pas précisément le fait allégué mais qui contiennent des énonciations susceptibles de rendre ce fait vraisemblable. Dans tous les cas, il revient au tribunal arbitral de déterminer souverainement si l'acte produit rend vraisemblable le fait allégué et n'en fait pas une simple possibilité ou hypothèse.

172. Cependant, même en présence de toutes les conditions mentionnées ci-dessous, le commencement de preuve par écrit ne peut pas constituer une preuve complète. Son rôle est de rendre seulement admissibles d'autres modes de preuve. Il doit donc être complété par des témoignages et des présomptions et même par des mesures d'instruction exécutées par un technicien. Ainsi, le plaideur qui produit un écrit comme commencement de preuve doit fournir des éléments complémentaires de preuve afin de prouver ses allégations et pour convaincre davantage le tribunal. En conséquence, le commencement de preuve par écrit sera utilisé pour permettre à une preuve imparfaite, normalement inacceptable, d'être soutenue et d'être susceptible de servir de preuve²⁵⁰.

b) Les pièces émanant d'autres instances

173. On se demande s'il est permis de produire comme élément de preuve dans une instance arbitrale, des pièces et des documents déjà utilisés dans d'autres instances que celles-ci soient étatiques ou arbitrales. La réponse à cette question se divise selon qu'il s'agisse de pièces émanant d'une procédure étatique ou de pièces utilisées dans une instance arbitrale. Avant de procéder à notre analyse, il faut rappeler qu'un grand nombre de moyens doit être à la disposition de l'arbitre pour qu'il puisse dégager une solution convenable au litige qui lui a été soumis. A ce propos, aucun texte ne prohibe à un arbitre ou à l'une des parties d'intervenir dans des procès étrangers à leur affaire pour apporter un document qui lui paraît pertinent pour la recherche de la vérité. Mais sur le plan pratique, la situation a besoin d'un certain éclaircissement.

174. En ce qui concerne les pièces sollicitées d'une procédure étatique, on ne peut admettre qu'aucun obstacle ne puisse interdire les plaideurs dans une instance arbitrale d'apporter des éléments de preuve qui ont déjà été produits comme modes de preuve dans une instance

²⁵⁰ - J. Mestre, « De la nécessité et des moyens de compléter un commencement de preuve par écrit », *RTD civ.* 1991, p.749.

étatique civile ou commerciale et nous sommes même favorables à la production d'un document émanant d'une procédure pénale. Cependant, certaines conditions doivent être remplies pour que cette production soit correcte. Tout d'abord, il faut que le principe de la contradiction ait été respecté dans l'instance étatique quant au document provenant de cette procédure afin de vérifier son exactitude. Ensuite, il faut s'assurer de la pertinence et de la valeur importante pour qu'il puisse être admis dans l'arbitrage. C'est lors de l'examen de cette dernière condition que l'arbitre doit être prudent pour évaluer le bien-fondé du document provenant d'une instance étrangère. Enfin, le document doit avoir un lien avec le litige soumis à l'arbitrage. Cette condition est exigée surtout lorsque le document provient d'une procédure pénale telle une inscription de faux d'un acte authentique qui, après un jugement le rendant exacte, il est soumis quant à son exécution à un arbitrage. Dans ce cas, le demandeur dans l'arbitrage peut produire cet acte accompagné du jugement rendu par le juge étatique afin de prouver son droit.

Quant à la force probante de ces documents apportés des procédures étatiques, nous pensons qu'ils peuvent constituer une preuve complète égale à la preuve préconstituée sur laquelle le tribunal arbitral peut fonder sa conviction à condition cependant que les trois conditions qu'on a citées soient présentes sinon, c'est à dire lorsqu'une condition manque, ils ne peuvent former qu'un commencement de preuve par écrit ayant pour effet de rendre admissible toute autre preuve que la preuve écrite tel un témoignage ou une présomption. A préciser toutefois que le tribunal arbitral apprécie librement la présence ou l'absence des conditions qu'on a mentionnées ci-dessus.

175. En ce qui concerne les pièces et les documents produits dans une autre instance arbitrale, la solution paraît incertaine par rapport à celle donnée à propos des pièces et documents importés d'une procédure étatique. En fait, il faut s'interroger sur le caractère confidentiel de l'arbitrage. Les parties ne recourent à l'arbitrage que parce qu'il est confidentiel. Depuis longtemps, il a été admis un principe général énonçant que les secrets et les informations confidentielles ne doivent pas être révélés dans le cadre d'une procédure arbitrale. C'est donc une obligation de confidentialité qui s'impose à tous les intervenants de l'arbitrage (les arbitres, les avocats et les parties). De plus, même si cette obligation n'a pas fait l'objet d'un accord exprès, elle doit, selon certains auteurs²⁵¹, être admise d'une manière implicite.

²⁵¹ - E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage, *Rev. arb.*, 2006, n°2, p.323.

Mais, on se demande si cette obligation de confidentialité s'impose pour interdire l'obtention des documents provenant d'une procédure arbitrale pour les produire dans d'autres procédures arbitrales ? Une réponse affirmant le caractère confidentiel de toute la procédure arbitrale doit être prise en compte. Ainsi, aucun étranger ne doit s'immiscer dans l'arbitrage de sorte qu'il ne soit permis à personne de vérifier et d'apporter des éléments de preuve d'une procédure arbitrale, tels que des documents et des actes qui ont été soumis à une administration de la preuve dans une instance arbitrale, surtout si cette procédure est encore en cours. Dans ce cas, l'arbitre ne sera permis d'accepter tout document provenant d'un autre arbitrage sous peine de voir sa sentence annulée ou non exécutée surtout s'il fonde sa décision sur cet élément de preuve.

176. Cependant, cette interdiction ne peut pas être absolue. En effet, l'intérêt de la justice peut conduire à des exceptions. C'est ce qu'a jugé une cour d'appel au Royaume Uni dans un arrêt du 12 mars 2008, après une demande de divulgation dans l'intérêt de la justice de documents relatifs à une procédure arbitrale ad hoc. Pour cette cour d'appel, bien que ce point ne soit pas évoqué par la loi de 1996 sur l'arbitrage (Arbitration Act), la jurisprudence accepte, d'une manière implicite, l'existence du caractère privé et confidentiel de l'arbitrage, mais elle a affirmé qu'une production de pièces d'autres procédures arbitrales reste possible dans des « circonstances inhabituelles »²⁵². Ces deux derniers mots – circonstances inhabituelles – utilisés par la cour, signifient sans aucun doute que les pièces doivent être produites si le bon fonctionnement de la justice et la manifestation de la vérité nécessitent cela.

177. Cependant, hormis ce cas, les parties peuvent également conclure entre elles une convention afin de permettre à un plaideur d'une autre instance arbitrale de prendre un document ou une pièce utilisée dans leur arbitrage. Cette solution semble plus pratique dans le cas où les deux arbitrages sont issus d'une même opération commerciale, mais ayant chacun ses propres plaideurs, ou au moins la même personne constitue l'une des parties dans les deux arbitrages. Dans cette dernière hypothèse, le fait que les parties soient autorisées à utiliser des pièces provenant d'une autre procédure suffit en lui-même de dégager deux avantages : d'une part, gagner du temps en évitant à la partie qui a obtenu la production des documents de

²⁵² - CA, Civil Div, 28 mars 2008, EWCA Civ 184, affaire John Forster Emmott V Michael Wilson & Partners Ltd.

recourir à d'autres instances étrangères pour obtenir les mêmes documents; d'autre part, laisser les arbitres instruire la cause par tous moyens appropriés dans des délais plus courts²⁵³.

2) La preuve par les étrangers à l'instance

178. Les parties au contrat ne sont pas toujours les seuls plaideurs à l'instance. Il se peut que des tiers subissent cette qualification. Cela aura lieu dans deux cas : soit lorsqu'un tiers intervient dans l'instance en tant que demandeur ou défendeur – c'est le cas de la preuve par le tiers (a), soit lorsqu'un contrat apparent est conclu – dans ce cas le tiers peut intervenir dans l'instance arbitrale (b).

a) La preuve par les tiers à l'instance

179. Comme on l'a déjà dit plus haut, la convention d'arbitrage concerne seulement ses signataires. Elle ne peut engendrer des droits et imposer des obligations qu'aux seuls contractants. Ses effets sont ainsi relatifs entre les parties. La preuve de cette convention repose donc sur les seules parties sans intervention nécessaire des tiers. De ce fait, il résulte qu'aucun devoir ni aucun droit ne reviennent aux tiers de la procédure arbitrale. Les tiers seront donc invités à rester à l'écart du procès arbitral, et en aucun cas ils doivent intervenir dans l'instance.

Néanmoins, puisque les plaideurs sont les maîtres de leur arbitrage, ils peuvent à tout temps se mettre d'accord tout d'abord entre eux et ensuite avec un tiers pour que celui-ci intervienne dans le procès. L'objet de l'intervention du tiers peut concerner, soit la production d'un document, soit la déclaration d'un témoignage. Mais, si ce mode d'intervention semble facile à comprendre, la question la plus compliquée est celle de l'intervention d'un tiers dans une instance arbitrale qui se déroule entre les deux parties principales pour, d'une part, être demandeur d'une prétention contre l'une des parties ou contre les deux parties ensemble ou, d'autre part, être défendeur à l'issue d'une demande incidente soulevée par les parties devant le tribunal arbitral contre le tiers. On se demande si cette intervention, dans l'un et l'autre cas, peut se réaliser. Ainsi, la question de la preuve par un tiers ou, au contraire, contre un tiers, se pose donc réellement. On peut se demander aussi dans quelle mesure la règle selon laquelle il faut préconstituer une preuve écrite s'applique dans ces cas.

²⁵³ - Z. Mavrogordato, « Les pièces produites lors d'une procédure d'arbitrage peuvent-elles être utilisées dans des procédures connexes ? », *RDAI*, 2006, n°6, p.862.

180. D'une manière générale, les tiers sont, d'après Colin et Capitant²⁵⁴, définis comme « *les personnes n'ayant pas figurées dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit si l'antériorité de cet acte était absolue* ». De cette définition, il paraît qu'un rapport doit lier le tiers au contrat pour qu'il puisse acquérir un droit ou par contre, ce qui ne figure pas dans cette définition, accomplir une obligation. Ainsi, les tiers peuvent être des créanciers ou des débiteurs de l'une des parties (dans le cas par exemple d'une stipulation pour autrui) ou même des créanciers ou des débiteurs des deux parties ensemble.

Sur le plan du commerce international, on rencontre parfois des personnes qui n'ont pas participé à l'élaboration de la convention commerciale mais qui ont un rapport, direct ou indirect, avec celle-ci. Enonçons à titre d'exemple le débiteur solidaire avec le débiteur initial qui a conclu un accord avec le créancier et la caution qui garantit une dette et le bénéficiaire d'un contrat de stipulation pour autrui. La question qui se pose naturellement est celle de savoir si ces dernières personnes peuvent intervenir dans l'arbitrage comme demandeur ou défendeur.

181. En principe, en vertu de l'effet relatif de la convention, toute personne étrangère ne doit pas intervenir dans une instance arbitrale. A ce propos, l'article 1165 du code civil français énonce que *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121*. C'est dire que le contrat des parties ne peut s'étendre pour concerner des tiers de sorte qu'aucune raison ne justifie le fait à une partie de prouver contre eux, et les tiers n'ont pas besoin de faire la preuve contre les parties. A cet effet, la cour de cassation française a décidé que celui qui n'est pas partie à la convention d'arbitrage ne peut saisir le tribunal arbitral pour acquérir des droits²⁵⁵. Cependant, il semblerait que la cour de cassation ait changé le sens de ses arrêts. Elle a décidé que s'il y a une stipulation pour autrui (c'est-à-dire que des droits sont stipulés pour le tiers), ce dernier peut intervenir dans l'instance arbitrale en tant que bénéficiaire et seulement en cette qualité²⁵⁶. Cet arrêt annonce d'une manière claire le revirement de la jurisprudence vers l'autorisation des tiers d'intervenir dans l'arbitrage en qualité de partie. Dans tous les cas, même si un tiers peut accéder à l'arbitrage, aucune obligation ne lui incombe de fait qu'il n'a rien signé dans le contrat.

²⁵⁴ - Colin et Capitant, *Précis de droit civil*, tome 2, 9^{ème} éd., Dalloz 1947, n° 749.

²⁵⁵ - Cass. Com., 15 novembre 1978, Bull., n°262, p. 217, *Rev. arb.*, 1980, p.60, note Moreau.

²⁵⁶ - J.-L. Goutal, « L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.*, 1988, n° 3, p.449.

Ainsi, puisque les signataires du contrat sont les seules parties, le tiers n'a donc pas participé à la constitution de l'écrit, et par suite il n'a pas été présent au moment où les volontés des parties se sont rencontrées. Il résulte que le tiers, qui n'a pas pu obtenir une preuve écrite du contrat auquel il n'a pas participé, ne peut pas être soumis aux exigences de préconstitution. Il se trouve donc dans l'impossibilité matérielle de se procurer un écrit. Ainsi, lorsque c'est au tiers d'apporter la preuve du contrat contre les parties, un argument majeur intervient dans le débat : l'acte conclu entre les parties n'est qu'un simple fait pour le tiers²⁵⁷ et non pas un acte juridique dont les parties sont seulement concernées par ses effets. A partir de là, lorsqu'un tiers à un acte juridique doit rapporter la preuve d'une obligation stipulée dans cet acte, il est exonéré des exigences de l'article 1341 du code civil et il n'est pas tenu d'appliquer la règle de la preuve écrite préconstituée. Ainsi, puisque le contrat ne constitue pour les tiers qu'un simple fait, ils peuvent prouver contre et outre le contrat, même si sa valeur dépasse le seuil fixé, par tous moyens autres que la preuve écrite²⁵⁸.

En revanche, si l'on suppose que c'est l'une des parties qui doit apporter la preuve du contrat à l'encontre d'un tiers, la situation change complètement. Dans ce cas, généralement rare car même si le contrat est opposable aux tiers alors qu'ils n'ont aucune obligation à le faire, le demandeur doit alors prouver en vertu de l'article 1341 du code civil c'est-à-dire, il ne peut prouver qu'avec une preuve écrite. Le soumettre aux exigences de l'article 1341 n'aurait rien de choquant puisque les parties s'obligent à préconstituer une preuve écrite. Dans un arrêt du 15 mai 1974²⁵⁹, la cour de cassation a affirmé très clairement cette solution en décidant que *« s'il est permis aux tiers de contester par tous modes de preuve la sincérité des énonciations contenues dans les actes écrits qu'on leur oppose, il appartient aux parties à un acte d'en rapporter la preuve contre les tiers dans les termes du droit commun »*.

182. Cependant, il est également essentiel de savoir qui sont exactement ces tiers qui possèdent le droit de prouver librement la convention ou qui, à leur égard, la preuve ne doit être faite que conformément aux exigences de l'article 1341 du code civil. La réponse à cette question paraît simple si l'on se trouve dans une instance devant un juge étatique. Dans cette hypothèse, on pense logiquement et directement aux créanciers, aux débiteurs et aux ayants cause à titre particulier des parties. Ces personnes là sont des tiers vis-à-vis des parties et de

²⁵⁷ - Cass. 1^{ère} civ, 10 mai 2005, Bull. civ. 2005, I, n°205; *RTD civ.* 2005, p.596, obs J. Mestre et B. Fages.

²⁵⁸ - Cependant, le tiers qui contracte avec un mandataire est soumis à l'article 1341 du code civil s'il veut prouver l'existence du mandat.

²⁵⁹ - Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1974, Bull. civ., 1974, III, n°201.

leur litige. Elles peuvent donc apporter la preuve des conventions passées entre les parties par tous moyens.

Néanmoins, la question devient de plus en plus complexe lorsque l'on se déplace d'un procès étatique vers un procès arbitral spécialement un arbitrage international. En effet, si l'on suit l'évolution de la jurisprudence depuis plus de deux décennies, on peut constater que les différentes cours, que ce soit la cour de cassation ou les juridictions inférieures, admettent qu'une partie puisse être considérée comme liée par la clause compromissoire insérée dans un contrat même si elle ne l'a pas signé et cela en raison de son comportement²⁶⁰. Dès lors, elle ne peut pas être considérée comme un tiers à la procédure arbitrale. En d'autres termes, lorsqu'une convention est conclue entre deux parties, souvent entre deux sociétés appartenant chacune à un groupe de sociétés, la jurisprudence considère que la clause compromissoire stipulée dans un contrat international *« a une validité et une efficacité propres qui commandent d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle et leurs activités font présumer qu'elles ont accepté, même implicitement, la clause d'arbitrage dont elles connaissaient l'existence et la portée, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait »*²⁶¹.

Cette tendance de la jurisprudence a été critiquée par certains auteurs²⁶² qui ont considéré que la clause compromissoire *« n'est pas animée d'un dynamisme spécial et ne saurait avoir une validité et une efficacité propres : elle est à la remorque des obligations substantielles, dont elle ne partage le sort parce qu'elle en constitue l'une des modalités »*. Cependant, cette critique n'avait pas été prise en considération et la jurisprudence a continué à donner la même solution²⁶³. Il en résulte que les parties qui n'ont pas signé la convention mais qui sont directement impliquées dans l'exécution du contrat, ne peuvent prouver que suivant les règles du droit commun c'est-à-dire les dispositions de l'article 1341 du code civil parce qu'elles ne sont pas considérées comme des tiers (sauf si les parties ont stipulé autrement dans leur convention). Il s'ensuit que toute autre personne, autre que celles considérées comme liées

²⁶⁰ - CA Paris, 1^{ère} ch., 2 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984, note A. Chapelle ; CA Paris 1^{ère} ch, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989, p.691, note P.-Y. Tschahnz ; cass.1^{ère} civ., 11 juillet 2006, *Bull. civ.*, I, n° 365.

²⁶¹ - CA Paris, 11 janvier 1990, *Rev. arb.* 1992, p.99 note D. Cohen ; cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI* 2007, p.968, note C. Legros et *Rev. arb.* 2007, p.788, note J. El Ahdab.

²⁶² - P. Mayer, note sous CA Paris 1^{ère} ch. 28 novembre 1989, *Rev. arb.* 1990 p.675 ; D. Cohen et B. Oppetit, *Arbitrage et société*, L.G.D.J. 1993, n°545, p.285 et s.

²⁶³ - CA Paris, 7 mai 2009, *Les petites affiches* 2009 n° 159-160, p.10, note Jérôme Barbet.

directement à la convention, peut prouver librement et par tous moyens le contrat qui constitue à son égard un simple fait.

b) La preuve d'un contrat apparent

183. Une restriction à l'obligation de prouver par écrit est aussi appliquée dans le cas d'un contrat apparent. La preuve d'un contrat apparent est libre car, à l'encontre de son nom, il n'y a pas de contrat, faute d'un accord de volontés ou d'un autre élément essentiel du contrat²⁶⁴. La question à propos d'un contrat apparent se pose dans deux cas de figure : le premier est celui d'un mandat apparent tandis que le second est celui d'une société de fait. Dans l'hypothèse du mandat apparent, un tiers conclut un acte avec le mandataire tout en ignorant le pouvoir de ce dernier. C'est l'hypothèse par exemple de deux sociétés dont l'une a confié à l'autre la mission de passer certaines conventions commerciales en son nom, néanmoins, la société mandataire a dépassé ses pouvoirs et a conclu des actes alors que la première société ne lui en avait pas donné autorisation. Dans ce cas, si un litige est soulevé devant un tribunal arbitral, le tiers n'invoque pas la nullité de l'acte pour défaut de pouvoir, mais en agissant contre le mandant pour l'exécution du contrat, il n'est pas tenu de prouver qu'un contrat de mandat existe entre le mandant et le mandataire apparent, il n'a à prouver qu'une apparence de mandat pour que le contrat persiste et ne soit pas annulé. C'est donc un simple fait qui peut être prouvé par tous moyens²⁶⁵.

Il en est de même pour les sociétés de fait ou à vrai dire les sociétés « créées de fait »²⁶⁶. La société créée de fait est celle qui n'a jamais été concrétisée dans un acte de société entre les sociétaires dans les formes légales. Elle n'a qu'une apparence d'une société en raison du comportement des parties par exemple entre frères qui ont reçu une entreprise suite au décès de leur père. Ainsi, si cette société est partie à un arbitrage suite à un litige survenu dans le cadre d'un contrat qu'elle a conclu, la jurisprudence a toujours admis la liberté des preuves qu'il s'agisse de contester l'existence de la société²⁶⁷ ou qu'il s'agisse d'établir l'existence de

²⁶⁴ - M. Oudin, « Contrats et Obligations, recevabilité des différents procédés de preuve, actes juridiques dont l'objet excède la valeur de 1500 euros », *JCL Code civil*, Art. 1341 à 1348, fasc. 20.

²⁶⁵ - Cass. 3^{ème} civ., 21 mai 1969, Bull. civ. 1969, III, n°407 ; cass. 3^{ème} civ., 21 janvier 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 19.

²⁶⁶ - En réalité, on ne dit société de fait que lorsque le contrat social est affecté d'une cause de nullité tel un vice de consentement.

²⁶⁷ - Cass. Com., 19 décembre 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 320.

la société surtout lorsque la preuve doit être faite par un tiers²⁶⁸. A noter toutefois qu'une convention contraire peut être conclue afin de renoncer à ces dispositions.

²⁶⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 1968, Bull. Civ. 1968, I, n°320; cass. com., 13 mars 1984, Bull. Civ. 1984, IV, n°99; cass. com. 11 juillet 1988, Bull. Civ. 1988, IV, n° 247.

B – Les exceptions de l'article 1348 du code civil français

184. L'article 1348 du code civil édicte des exceptions qui ne peuvent pas être négligées. La première de ces exceptions concerne le cas dans lequel soit, il a été impossible aux parties de rédiger un écrit, soit l'écrit a été rédigé mais il est perdu. Les autres exceptions de l'article 1348 concernent des cas semblables à la perte du titre mais elles diffèrent de celle-ci par plusieurs aspects. C'est le cas des quasi-contrats et des copies des actes qui n'ont pas été conservés. Ainsi, dans un premier temps, nous traiterons de l'impossibilité de se procurer une preuve écrite (1) pour ensuite envisager le cas des titres inexistants (2).

1) Impossibilité de se procurer une preuve écrite

185. L'irrecevabilité des moyens de preuve, autre que la preuve écrite, cède tant au dessus de la valeur qui a été fixée préalablement que contre et outre le contenu aux actes, lorsque, d'une part, l'impossibilité est contemporaine à la formation du contrat (a) et, d'autre part, lorsque l'impossibilité est postérieure à la formation de l'acte tandis que celui-ci a disparu suite à un cas fortuit ou à une force majeure²⁶⁹ (b).

a) L'impossibilité contemporaine à la formation de l'acte – impossibilité matérielle et morale

186. L'impossibilité contemporaine à la formation de l'acte résulte de deux causes : la première constitue l'impossibilité matérielle et la seconde est l'impossibilité morale. En ce qui concerne l'impossibilité matérielle, la situation semble simple. En réalité, les empêchements matériels avec lesquels un contrat ne peut être rédigé ne sont pas trop courants. Ce qui fait que dans la pratique, l'existence d'une impossibilité matérielle est généralement rare. Il est par conséquent difficile d'imaginer des critères qui peuvent participer à l'élaboration d'une définition de la notion d'impossibilité matérielle car il s'agit en fait des cas d'espèces appréciés souverainement par le tribunal en fonction de circonstances de fait. A cet effet, la jurisprudence, dans sa grande majorité, se dirige dans cette matière vers un sens libéral et n'exige pas par la suite que l'impossibilité de se procurer un écrit soit absolue pour admettre la liberté des preuves ; elle considère, dans certains cas, qu'une simple difficulté matérielle pourra suffire pour que l'on se trouve dans un cas d'impossibilité. Ainsi, comme le dit un

²⁶⁹ - Ces tempéraments à l'exigence de la preuve écrite ne sont que l'application de la maxime : « à l'impossibilité nul n'est tenu ; ils ont reçu en jurisprudence un développement considérable de façon que les tribunaux interprètent d'une manière extensive cette exception » (R. Legeais, *Les règles de preuve en matière civile*, L.G.D.J., p. 121 ; Ph. Malinvaud, « L'impossibilité de la preuve écrite », *JCP N*, 1972, I, p. 2468).

auteur²⁷⁰, « *Il n'est pas nécessaire de supposer une impossibilité absolue, comme si l'on se trouvait à prêter de l'argent à quelqu'un dans un désert, sans avoir aucun moyen d'écrire et loin de toute communication* ». De ce fait, toutes les circonstances dans lesquelles un obstacle insurmontable empêche de rédiger un écrit peuvent être prises en compte.

L'impossibilité matérielle pourrait trouver à s'appliquer lorsque l'une des parties, et peut-être les deux parties, sont incapables d'écrire ou encore dans le cas où un contrat est conclu par téléphone²⁷¹. De ce fait, dans le monde commercial, on trouve souvent des contrats qui naissent suite à une conversation téléphonique entre deux commerçants. Ainsi, et suite à une non-exécution du contrat par l'une des parties, parce qu'elle a peut-être oublié ce qui a été dit par téléphone, un conflit apparaît et les parties se trouvent alors démunies de toute pièce écrite pour prouver leurs droits. Il y aura donc une impossibilité matérielle. Aussi, les quasi-contrats forment une sorte d'impossibilité matérielle de sorte que les obligations qui en résultent naissent de faits volontaires d'une personne et non pas d'un contrat entre deux parties. Ce qui fait qu'aucun acte n'a été dressé par écrit pour servir de preuve écrite. De même, avec l'entrée en vigueur de la loi de 13 mars 2000 concernant les actes électroniques et avec l'adoption d'une définition de l'écrit qui a consacré une égalité entre l'écrit électronique et l'écrit sur papier, on doit considérer comme étant une impossibilité matérielle de se procurer une preuve écrite le cas dans lequel un contrat qui, né sous une forme électronique, a été sauvegardé sur un disque dur mais celui-ci a été endommagé ou détruit.

187. L'impossibilité doit être aussi prise en considération lorsqu'elle est morale. Cette impossibilité résulte d'empêchements mais cette fois internes aux parties contractantes à l'encontre des cas d'impossibilité matérielle dans lesquels les obstacles sont externes. Du côté matériel, la rédaction d'un écrit est facile à être réalisé, cependant il peut paraître des situations dans lesquelles le demandeur ne peut pas se montrer méfiant et exiger de l'autre partie que le contrat soit fait par écrit. Ainsi, la confiance réciproque qui existe entre certaines personnes peut constituer un obstacle qui interdit par suite à l'une des parties de demander la rédaction de l'acte parce que, dans certaines circonstances, cette demande paraît offenser l'autre cocontractant.

²⁷⁰ - E. Bonnier, op. cit. p.147.

²⁷¹ - Ph. Malinvaud, op.cit. p. 2469.

L'impossibilité morale d'établir un écrit peut émaner des liens de famille notamment dans les rapports entre parents et enfants ou entre frères et sœurs²⁷². De même, les liens d'amitiés ou de confiance peuvent aussi former un obstacle à la préconstitution d'un écrit²⁷³. L'impossibilité morale réside encore dans les rapports entre un employeur et un employé ou entre un maître et son serviteur. Ce dernier cas se justifie par le fait que l'une des parties est soumise à l'autorité morale de l'autre partie²⁷⁴. Aussi, il est des cas dans lesquels la rédaction du contrat peut être réalisée, mais la rapidité des transactions empêche les contractants à élaborer cet écrit. Il en est ainsi des opérations commerciales qui s'exécutent parfois sans la présence d'un acte écrit grâce à la confiance entre les deux parties. Il faut noter toutefois que le tribunal arbitral peut toujours considérer, par son pouvoir discrétionnaire, qu'il y avait ou non une impossibilité morale de se procurer un écrit. Ainsi, la cour de cassation a censuré des arrêts en décidant qu'aucun obstacle n'empêchera les parties de rédiger un écrit²⁷⁵.

b) L'impossibilité postérieure à la formation de l'acte – perte de l'acte

188. Si l'impossibilité de se procurer un écrit lors de la formation de l'acte suffit pour rendre admissible la preuve testimoniale ou même d'autres preuves, il doit en être de même, à plus forte raison, quand l'écrit, après avoir été élaboré, sera perdu par l'effet de quelques incidents. Une impossibilité absolue de produire une preuve littérale naît alors. Ainsi, la règle selon laquelle il faut prouver par écrit, reçoit exception lorsque l'écrit qui, en principe, forme la preuve littérale a péri ou a été supprimé suite à un cas fortuit ou une force majeure.

189. Mais il est faux de dire que n'importe qui peut présenter une preuve testimoniale en avouant simplement que l'acte a été perdu. Selon un auteur²⁷⁶, il faut, pour bénéficier de cette exception, rapporter la preuve de cinq éléments : la préexistence de l'acte, sa régularité, sa perte, le cas fortuit ou la force majeure et le lien de causalité entre le cas fortuit et la perte de l'acte. Néanmoins, ces cinq éléments peuvent être regroupés en deux conditions : la première est celle de la perte de l'écrit par force majeure ou par cas fortuit et la seconde est celle de l'existence antérieure de l'acte perdu.

190. En ce qui concerne la première condition, la cause de l'événement qui a entraîné la perte de l'acte doit être constituée par une circonstance extérieure à toute volonté du demandeur

²⁷² - CA Rouen, 1^{ère} ch. Civ., 8 décembre 1999, juris-data n° 1999-108861.

²⁷³ - Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1996, Bull. civ. I, n°191.

²⁷⁴ - Cass. Civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, Bull. civ. 1997, I, n° 374, p. 253; CA Poitiers, 25 mars 2003, juris-data n° 2003-218605.

²⁷⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1984, *RTD civ.* 1985, p. 733, note J. Mestre.

²⁷⁶ - D. Guével, *op. cit.*

comme quand il doit s'agir d'un accident qui ne doit pas être dû à son fait personnel. Il doit donc être le résultat d'un cas de force majeure qui est, par nature, un événement imprévisible et irrésistible. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation à plusieurs reprises : seul un événement présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat, et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure²⁷⁷. C'est ainsi par exemple lorsque le fournisseur n'a pas pu livrer les marchandises suite à un accident subi par le bateau à cause d'une forte tempête. Cependant, comme la force majeure (ou le cas fortuit), le fait d'un tiers peut aussi causer la perte d'un acte. Le comportement du tiers, qui peut être intentionnel ou non, peut contribuer à la disparition de l'acte rédigé. Ainsi, le fait d'un tiers peut être le résultat d'un délit comme dans le cas du vol de certains papiers appartenant au créancier avec lesquels le titre de créance ou le contrat litigieux avait été mis.

191. Quant à la deuxième condition concernant l'existence antérieure de l'acte, le demandeur ne doit pas seulement apporter la preuve du contenu de l'acte, mais il est tenu aussi de prouver, d'une part, ce qui y était consigné et, d'autre part, que l'acte était parfaitement régulier en la forme. Toutefois, il faut mentionner que la difficulté réside surtout dans la justification du lien entre l'incident (la cause) qui a entraîné la perte de l'acte et la disparition (l'effet) de celui-ci. Dans tous les cas, le tribunal arbitral apprécie librement la réalité de cette perte en se contentant même parfois de simples probabilités pour l'admettre.

Ainsi, lorsque le tribunal arbitral sera bien certain qu'une impossibilité, matérielle ou morale, contemporaine ou postérieure à la date de formation de l'acte est apparue et que le document a disparu, il sera en droit de déclarer que la preuve écrite ne sera exigée. Dès lors, une preuve par témoin, à titre d'exemple, ou par présomption sera admissible pour prouver les obligations se trouvant dans l'acte.

2) La preuve des titres inexistants

192. Si l'impossibilité de se procurer une preuve écrite signifie que le titre, objet de la preuve, ne peut être produit dans l'instance en raison de sa non-rédaction ou de sa perte, il y a des cas dans lesquels le titre n'existe pas pour deux raisons : d'une part, aucun acte n'est conclu mais une seule volonté s'engage sans qu'une seconde volonté ne se trouve en contre partie; c'est le cas des quasi-contrats (a) et, d'autre part, un acte est conclu alors qu'il n'a pas été conservé mais seule une copie de cet acte existe ; c'est le cas des copies des actes (b).

²⁷⁷ - Cass.1^{ère} civ., 17 décembre 1991, Bull. civ., I, n° 359 ; cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 30 octobre 2008, *Les petites affiches*, 2009, n°12, p.19, note Y. Dagorne-Labbé.

a) La preuve des quasi-contrats

193. En ce qui concerne les quasi-contrats, l'exigence de la preuve littérale concernant ceux-ci reçoit une importante restriction. En fait, les quasi-contrats se rapprochent des actes unilatéraux en ce qu'une seule personne s'engage. D'après l'article 1371 du code civil, *les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des deux parties*. Dans le monde des affaires, il n'est pas rare de rencontrer un quasi-contrat dans lequel une seule volonté apparaît, c'est-à-dire sans qu'il y ait une seconde volonté, pour s'engager afin d'accomplir certaines obligations d'une façon unilatérale. C'est le cas par exemple d'une personne qui effectue par erreur un paiement d'une somme d'argent qu'elle ne doit pas.

En vertu de l'article 1348 du code civil, la preuve des quasi-contrats est libre²⁷⁸. C'est ainsi qu'il a été admis que la preuve d'une gestion d'affaires peut être rapportée par tous moyens²⁷⁹. Il en est ainsi pour le paiement de l'indue dans lequel celui qui a payé par erreur une dette d'autrui, est autorisé à prouver librement contre le véritable débiteur, l'existence de cette dette si, à l'issue du paiement, le créancier a détruit l'acte qui contenait cette dette²⁸⁰. En revanche, si l'acte contenant la dette existe encore, ou si celui qui a payé peut exiger une quittance de paiement, celui-ci n'est pas permis de prouver par tous moyens le paiement contre le débiteur puisqu'il pouvait présenter une preuve littérale. Dans ce dernier cas, si le litige est par suite soumis à un arbitrage, la preuve ne peut donc pas être rapportée par tous moyens mais seulement en vertu d'une preuve écrite. Il est utile enfin de mentionner que si à l'occasion de la réalisation d'un quasi contrat, par exemple une gestion d'affaire, un contrat est né avec un tiers, seule une preuve écrite est exigée pour établir l'existence et le contenu de ce contrat²⁸¹.

b) Les dispositions relatives aux copies

194. A l'époque de l'ancien droit civil français, les copies des actes n'avaient pas un grand crédit parce que dans ce temps, leur conformité à l'original était suspecte. Mais avec l'entrée en vigueur de la loi du 12 juillet 1980, une exception au régime légal de recevabilité des preuves est apparue : c'est celle de l'alinéa 2 de l'article 1348 du code civil concernant la

²⁷⁸ - L'article 1348 énonce aussi que la preuve des délits et des quasi délits est également libre en raison de leur caractère soudain et imprévisible de sorte qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une preuve préconstituée.

²⁷⁹ - CA Agen, 20 février 2006, juris-data n°2006-300696.

²⁸⁰ - Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1991, Bull. civ., 1991, I, n° 36 p.22 ; CA Orléans, 8 avril 2007, juris-data n° 2007-330829.

²⁸¹ - Ph. Malinvaud, op. cit., p.2468.

copie. Cet alinéa édicte que [...] *lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable*. La copie est définie comme « *La reproduction par l'écriture d'un acte écrit préexistant et elle se caractérise par l'absence des signatures*. Cependant, la jurisprudence a accru le champ de cette définition et a ajouté toute reproduction même si elle comporte une signature, telle une photocopie.

195. Afin de déterminer la valeur de la copie, le code civil distingue entre deux cas : le premier est celui dans lequel l'acte original est conservé et le second est celui dans lequel l'acte original n'est pas conservé. Dans le cas où l'original existe, selon l'article 1334 du code civil aucune foi n'est accordée à la copie. Cette règle ressemble à la règle de la meilleure preuve connue dans les droits de Common Law. Cette règle signifie qu'une preuve secondaire, tel un témoignage ou une copie d'acte, n'est pas acceptée lorsqu'une preuve de qualité supérieure existe. En revanche, la règle de la meilleure preuve de la Common Law peut subir des exceptions qui permettent à une preuve secondaire d'être présentée lorsqu'il n'est pas possible de produire l'original. C'est aussi le cas du second alinéa de l'article 1348 du code civil français qui dispose une exception aux exigences des articles 1341 et suivants concernant la préconstitution d'une preuve lorsqu'une copie de l'acte a seule été conservée à condition que cette copie soit fidèle et durable²⁸².

En fait, cette dernière disposition pose problème. Lorsqu'on détient une copie fidèle et durable, cela implique-t-il que sa présentation permet de recourir à tous les moyens de preuve ou bien cette copie peut en elle-même constituer une preuve ? Si l'on adopte la première solution, cela nous permet de dire que la copie forme un commencement de preuve par écrit qui rend admissibles d'autres moyens de preuve que la preuve écrite. Mais si l'on adopte la seconde, la copie constitue un véritable écrit qui n'a besoin d'aucun autre moyen de preuve et, par suite, suffit en elle-même. La jurisprudence a estimé dans un premier temps que cette copie ne constituait qu'un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve par présomptions et témoignages²⁸³. Cependant, la cour de cassation a bouleversé la situation et a considéré que la copie fidèle et durable ne constituait pas un commencement de preuve

²⁸² - L'article 1348 précise que le terme durable doit s'entendre de toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support. Quant au caractère fidèle, la question est laissée au tribunal de décider souverainement si le document est ou non fidèle.

²⁸³ - Cass. 1^{ère} civ. 27 mai 1986, Bull. civ. I, n°141; JCP 1987, II, 20873, obs. M. Uribarri; cass. 1^{ère} civ. 14 février 1995, JCP 1995, II, 22402, note Y. Chartier et RTD com. P.629 note Michel Cabrillac.

par écrit mais fait pleinement preuve de l'existence du contrat²⁸⁴. Dès lors, une copie ayant la fidélité et la durabilité ne doit pas être considérée comme un simple commencement de preuve par écrit mais elle peut suffire seule à fonder la conviction du tribunal arbitral²⁸⁵. Ainsi, après avoir vérifié qu'il est impossible de produire l'original d'un acte, le tribunal arbitral apprécie librement la valeur probante de la copie pour décider son admissibilité ou son rejet²⁸⁶. De ce fait, dans le cas où le tribunal arbitral accepte la copie, il doit tenir compte de son contenu conformément à la jurisprudence de la cour de cassation que l'on a citée qui, même s'il s'agissait d'une affaire devant les tribunaux étatiques, peut aussi être valable dans une instance arbitrale.

²⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 25 juin 1996, Bull. civ. I, n°270, p. 190; cass. 1^{ère} civ. 9 mai 1996, Bull. Civ. I, n°190; *RTD civ.* 1997, p.165 obs P.-Y. Gautier.

²⁸⁵ - Cette solution a été l'objet de critique de certains auteurs. M. Leveneur a considéré que la copie peut faire l'objet des manipulations tels les montages et la modification du texte (L. Leveneur, note sous cass.1^{ère} civ., 28 mars 2000, *JCP* 2000, II, 10368).

²⁸⁶ - Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2000, Bull. civ., I, p.71 n°106.

Deuxième section – La place de la preuve écrite sur support papier

196. Après avoir déposé toutes leurs pièces, la mission des parties sera provisoirement suspendue et le tribunal arbitral reprend son rôle. Il doit donc mesurer la valeur des pièces qui lui sont présentées spécialement les actes juridiques que les parties ont produits dans l'instance. A ce propos, comme précisé dans le code civil, s'il s'agit des actes instrumentaires, ceux-ci possèdent une valeur probante qui ne peut être contestée facilement. Cependant, en cas de contestation, des procédures spécifiques doivent être invoquées afin de déterminer la véracité des actes. Néanmoins, même dans le cas où un acte n'est pas contesté, l'arbitre trouve parfois certaines difficultés pour comprendre son contenu. Il doit donc s'efforcer de donner à l'acte sa valeur, soit par une interprétation, soit par l'utilisation de ses connaissances personnelles. C'est ici qu'apparaît la mission de l'arbitre dans l'appréciation de la preuve.

A partir de là, nous consacrerons un premier paragraphe pour étudier la valeur des actes instrumentaires en tant qu'élément de preuve (§1) et un second paragraphe pour traiter le rôle de l'arbitre dans l'appréciation de la preuve écrite (§2).

§1 – Valeur des actes instrumentaires

197. Qu'il soit authentique ou sous seing privé, le contenu d'un acte reflète ce que les parties voulaient. A partir de là, la force des actes instrumentaires ne peut être contestée. Avec cette force, le tribunal peut mieux constituer sa conviction. En plus, elle crée une certaine hiérarchie entre les écrits produits dans l'instance. Il en résulte que lorsqu'un acte instrumentaire remplit les exigences de formes prévues par la loi, il doit être donné une valeur primordiale qui prévaut sur toute autre pièce. Ainsi, nous traiterons d'abord de la valeur de l'acte authentique (A) puis de la valeur de l'acte sous seing privé (B).

A – La valeur de l'acte authentique

198. Comme on l'a dit plus haut, les actes les plus sincères sont les actes authentiques en raison de l'intervention d'un officier public qui octroie à l'acte une importante force probante. Cependant, cet acte peut faire l'objet d'une contestation par l'une des parties. Une procédure d'inscription de faux aura alors lieu. Ainsi, la force probante de l'acte authentique fera l'objet d'un premier titre (1) et l'inscription de faux sera décrite dans un second titre (2).

1) Force probante de l'acte authentique

199. Définie comme « *la valeur d'un mode de preuve et comme un élément de conviction* »²⁸⁷, la force probante s'impose au juge ou à l'arbitre comme un élément de conviction qui ne peut pas être écarté mais, au contraire, il doit être suffisant pour apporter une solution au litige opposant les parties. La force probante d'un instrument règle alors « *les conflits qui peuvent s'élever entre les différents éléments probatoires* »²⁸⁸.

Pour que l'écrit produit dans l'instance soit valable et forme une preuve complète, il faut qu'il soit rédigé selon les formes exigées dans la loi du pays où il a été passé. En droit français par exemple, l'acte authentique fait pleine foi de son origine et de son écriture dès lors qu'une partie le présente dans le procès assorti de toutes les apparences de l'authenticité. Elle n'a donc pas à prouver son authenticité. Il en résulte que l'acte authentique apparemment régulier fait preuve et « *jouit d'une présomption d'authenticité* »²⁸⁹.

²⁸⁷ - Vocabulaire assoc. H. Capitant, sous la dir. De G. Cornu, PUF, 1992.

²⁸⁸ - Th. H. Groud, op. cit., p.123.

²⁸⁹ - A. Huet., op. cit., p.283.

200. Mais, dans un arbitrage international n'ayant ni for ni législation que ceux choisis par les parties ou à défaut par les arbitres, la vérification de l'authenticité d'un acte authentique suscite certaines remarques. Si on adopte la solution du conflit de lois, on est obligé de faire prévaloir le principe *locus regit actum* c'est-à-dire que la loi du lieu où l'acte authentique a été passé doit être appliquée²⁹⁰. Si, selon cette dernière solution, l'acte authentique fait foi de son origine dans certaines législations « *parce qu'il se présente avec un appareil de formalités extérieures qui sont connues et aisément contrôlables* »²⁹¹, en revanche, d'autres législations imposent la signature des témoins, par exemple, comme condition essentielle pour donner à l'acte son caractère authentique et, de ce fait, les parties et les arbitres seront obligés de se soumettre à ces lois quant à la forme de l'acte si ces législations ont été choisies pour s'appliquer à la procédure arbitrale.

201. Cependant, certaines difficultés apparaissent lors de l'application de la solution de conflit de lois, si ce n'est à l'égard des parties, pour les arbitres, car ces juges privés ne sont jamais en mesure de savoir les dispositions de toutes les législations quant à la forme des actes. Dès lors, comment procéder pour constater l'authenticité d'un acte passé et signé sur un territoire quelconque et soumis par suite à un arbitrage international ?

Une formalité particulière tendant à vérifier l'authenticité des actes s'avère alors nécessaire. La plupart des législations contiennent un principe qui est désigné par « la légalisation ». La légalisation, octroyée par un officier (notaire) ou un fonctionnaire public, consiste à attester l'authenticité d'un acte. Cette formalité se réalise par une vérification des signatures apposées sur l'acte et la qualité de la personne qui l'a dressé. Mais si généralement un juge étatique exige la légalisation d'un acte accompli à l'étranger, cette formalité ne doit pas être étrangère à un arbitre international. Ainsi, aucun obstacle ne peut empêcher un arbitre d'exiger la légalisation des documents produits dans l'instance. Cela est justifié par la simple raison que, comme on l'a dit, la plupart des législations institue cette formalité et, par suite, peu importe la loi choisie pour régir les procédures d'arbitrage tant que cette loi autorise le recours à la légalisation²⁹². Par conséquent, un acte authentique reçu en France ayant la légalisation doit être considéré authentique dans tous les pays de Common Law et dans d'autres pays qui prescrivent d'autres formalités pour la formation d'un acte authentique. A fortiori, il doit

²⁹⁰ - Cass. 1ère civ., 28 juin 2005, Bull. civ. I, n°289, p.240.

²⁹¹ - A. Huet, op.cit., p.283.

²⁹² - La légalisation est d'abord confiée aux agents diplomatiques ou consulaires résidants dans le lieu où l'acte a été émis puis elle est complétée par le ministère des affaires qui atteste la qualité des agents.

valoir acte authentique dans un arbitrage international quelle que soit la loi choisie pour régir cet arbitrage.

202. A supposer que la loi française soit choisie pour régir l'instance arbitrale²⁹³, les arbitres sont donc soumis aux diverses dispositions énoncées dans cette loi²⁹⁴. De ce fait, dans le droit français, les actes authentiques sont dotés d'une force probante qui ne peut être contestée qu'en vertu d'une procédure d'inscription de faux. A partir de là, les raisons pour lesquelles il n'est pas conseillé aux parties de mettre en cause la foi attachée aux actes authentiques apparaissent : « *Les privilèges qu'offre l'acte authentique sont bien connus ; on peut citer la pérennité, la force exécutoire, la date certaine et la force probante* »²⁹⁵. En plus, si l'officier, chargé de recevoir l'acte, n'accomplit pas complètement sa mission, il sera dans un cas où il peut encourir des sanctions pénales ou disciplinaires très graves. Cette valeur de l'acte authentique est consacrée par l'article 1319 du code civil qui exprime en son premier alinéa que *l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants causes*. Ainsi, l'acte authentique qui remplit toutes ces conditions s'impose, sans aucun doute, à l'arbitre et, par suite, il ne peut pas le refuser.

203. La force probante de l'acte authentique s'attache en premier lieu à l'origine de l'acte. Cet acte émane d'un notaire qui a apposé sa signature lorsqu'il a dressé l'acte. Mais, en ce qui concerne le contenu de l'acte, il faut distinguer entre les énonciations qui émanent du rédacteur de l'acte (le notaire) et celles qui proviennent des parties.

Pour les premières énonciations c'est-à-dire celles provenant du notaire, l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux (comme nous le verrons à la page suivante) de l'existence des faits accomplis par l'officier ou vérifiés par lui-même lorsqu'ils ont été réalisés en sa présence et à l'occasion de l'exercice de sa mission. Ainsi, il l'est pour la date de l'acte et les signatures des parties. Mais, la vérification concernant par exemple l'état mental d'une partie ou la véracité d'une déclaration faite par une partie avec laquelle elle énonce qu'elle est le mandataire d'une personne quelconque, n'entre pas dans le rôle du notaire. Elle ne fait pas

²⁹³ - En tous cas, la phase de la preuve écrite dans l'arbitrage international est dominée, dans la majorité des cas, par des règles issues du système de droit civil.

²⁹⁴ - J.-F. Tossens, « La preuve dans l'acte de mission et l'instance », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009, p.66.

²⁹⁵ - V. Avena-Robardet, « Responsabilité du notaire qui annexe à un acte authentique de cautionnement une procuration irrégulière », *D.* 2000, note sous cass. 1^{ère} civ. 7 novembre 2000, p.435.

foi que jusqu'à preuve contraire et non jusqu'à inscription de faux parce qu'elle tombe sur un simple fait dont la preuve contraire peut être rapportée par tous moyens de preuve²⁹⁶.

Pour les énonciations émanant des parties, ce sont celles attachées à des faits qui n'ont pas été vérifiés personnellement par l'officier public. Ces énonciations ne peuvent faire foi que jusqu'à preuve contraire et non pas jusqu'à inscription de faux à l'instar des énonciations que l'officier a constatées lui-même²⁹⁷. Il en est ainsi pour un paiement fait en l'absence du notaire ou au moins hors de sa vue²⁹⁸.

De plus, outre les parties, les actes authentiques font pleine foi à l'égard des tiers aux conventions de toutes les énonciations qui y sont contenues et de toutes les dispositions qui y sont stipulées, ainsi que de la réalité du caractère juridique qui leur est attribué²⁹⁹.

En conséquence, pour que les énonciations de l'acte authentique fassent foi, il faut que l'écrit dressé remplisse les conditions disposées par la loi du lieu où il a été passé pour obtenir le caractère d'authenticité et par suite constituer une preuve complète dont les parties à l'arbitrage et le tribunal arbitral ne peuvent jamais contester la valeur. Cependant, l'absence de certaines conditions prive l'acte de valeur. L'acte irrégulier en tant qu'acte authentique peut constituer un acte sous seing privé à condition que toutes les exigences essentielles de cet acte soient remplies même dans le cas où certaines conditions relatives aux actes sous seing privé ne sont pas respectées telle que la formalité du double ou celle de la mention de la valeur en chiffres et en lettres³⁰⁰.

2) Inscription de faux

204. Comme on l'a dit précédemment, faisant foi jusqu'à inscription de faux, les actes authentiques qui, par nature, émanent d'une autorité officielle, détiennent une grande valeur quant à leur contenu et quant à la foi attachée à leur écriture. Cette foi repose sur deux considérations. En premier, le document est dressé par un officier dont la signature apparaît clairement sur l'acte et, en second, la présence de cet officier en raison de sa mission fait de lui un témoin qui rend un témoignage certainement sincère. En vertu de la première

²⁹⁶ - Cass. 1^{ère} civ., 5 décembre 1995, Bull. civ. 1995, I, n°449, p. 313.

²⁹⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n°399 ; *RTD civ* 2006, p.767, obs. Mestre et Fages ; *Défrénois* 2006, art.38365, n°21, obs. Libchaber.

²⁹⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 5 décembre 1995, préc. ; cass. 3^{ème} civ, 27 février 2008, Bull. civ. III, n°35; *Défrénois* 2008, art. 38795, n°1 obs. Savaux.

²⁹⁹ - Cela n'est pas en contradiction de l'article 1165 du code civil. Celui-ci entend seulement décider qu'on ne peut créer ou modifier des droits ou des obligations à la charge ou au profit des tiers.

³⁰⁰ - Voir supra, Les actes authentiques, n°48 et s.

considération, il semble difficile d'imiter un acte authentique en raison des formalités qui l'entourent tandis qu'en vertu de la seconde considération, l'acte est bien assuré en raison des garanties attachées au caractère et à la valeur de l'officier qui a la mission de recevoir l'acte. La foi qui est attachée à l'acte authentique, et même à l'apparence de l'authenticité, constitue le critère selon lequel l'acte authentique se distingue de l'acte sous seing privé qui ne possède de force que s'il a été reconnu par les parties ou s'il a fait l'objet d'une vérification. Il en résulte que la foi de l'acte authentique n'est pas susceptible d'être détruite simplement par preuve contraire. De ce fait, la fausseté de l'acte en cause doit être spécialement établie³⁰¹. Cela signifie que, si l'on veut attaquer un acte authentique, il est nécessaire de déclencher une procédure spéciale dite précisément « d'inscription de faux » parce qu'elle a pour objet de vérifier l'existence d'un faux en écriture.

205. L'inscription de faux est la procédure dans laquelle un acte authentique dressé par un officier public à savoir le notaire est mis en cause. Tout ce qui peut être couvert par la force probante de l'acte authentique ne peut en aucun cas échapper à cette procédure de sorte qu'elle est toujours impérative. C'est pour cette raison qu'il faut toutefois recourir à une procédure très particulière afin de prouver la fausseté des déclarations reçues par le notaire dans l'exercice de sa profession : il faut donc s'inscrire en faux.

206. Il existe en réalité deux types de faux : le premier est matériel; il résulte de « l'altération même de l'écrit »³⁰². C'est le fait de toute personne lorsqu'elle a, par un coup, apporté une altération à l'acte ou lorsqu'elle l'a fabriqué à partir de toutes pièces. Il en est ainsi par exemple en cas de fausses signatures ou d'imitation de l'écriture d'autrui. Le faux peut aussi être intellectuel. C'est lorsque la pièce n'est altérée ni fabriquée mais elle contient des déclarations fausses c'est-à-dire que celui qui a rédigé l'acte (le notaire), soit a écrit autre chose que ce que les parties ont déclaré ou indiqué, soit a constaté un événement autre que celui qui s'est véritablement passé³⁰³. Ce dernier faux ne peut exister que dans les actes authentiques dans lesquels le notaire, rédacteur de l'acte, est présent et peut écrire autre chose que ce que les parties ont déclaré. Ainsi, lorsqu'on s'inscrit en faux contre la première des suppositions qu'on a citées ci-dessus, l'acte contient un faux matériel; par contre, lorsqu'on s'inscrit en faux contre la seconde, l'acte contient un faux intellectuel³⁰⁴.

³⁰¹ - C'est même là une règle d'ordre public donc le consentement des parties ne saurait autoriser l'infraction.

³⁰² - P. Julien et N. Fricero, *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 2011, p.282.

³⁰³ - Pierre Julien et Natalie Fricero, *idem*.

³⁰⁴ - E.Bonnier, *op. cit.* p. 529.

207. Cependant, si la procédure d'inscription de faux d'un acte authentique est l'une des missions qui peuvent être conférées au juge étatique, la question sera plus ou moins compliquée pour un arbitrage spécialement un arbitrage international lorsqu'un document authentique paraît entaché d'un faux. On se demande alors si une procédure d'inscription de faux pourra se dérouler devant les arbitres internationaux.

Mentionnons d'emblée que le tribunal arbitral peut, à l'instar du juge étatique, recevoir des demandes incidentes provenant des parties. La cour de cassation a affirmé cette position par un arrêt rendu le 25 mars 2009³⁰⁵ en énonçant que « *lorsque son investiture procède d'une clause compromissoire, l'arbitre peut être saisi par une partie d'une demande incidente, dès lors qu'entrant par son objet dans les prévisions de cette clause, cette demande se rattache par un lien suffisant aux prétentions originaires que la partie lui avait soumises et que l'arbitre statue dans le délai qui lui a été imparti* ». Dans cet arrêt, la cour de cassation annonce que trois conditions doivent exister pour que l'arbitre puisse accepter une demande incidente : tout d'abord, la demande incidente doit avoir un lien suffisant avec la demande originaire ; ensuite, l'arbitre doit respecter le délai de l'arbitrage en refusant la demande incidente si le délai arrive ou va bientôt arriver à son expiration ; enfin, le principe du contradictoire doit toujours être respecté si l'arbitre accepte de trancher cette demande incidente.

Cependant, il est nécessaire de préciser que cet arrêt, qui a défini les conditions avec lesquelles un arbitre est autorisé d'accepter une demande incidente, est rendu suite à un recours concernant un arbitrage interne et non pas international. Néanmoins, lorsqu'une partie dépose une demande incidente dans un arbitrage international, le tribunal arbitral pourra, à notre avis, dans un premier temps s'assurer de l'existence des conditions mentionnées dans l'arrêt précité pour ensuite statuer sur la pertinence de cette demande afin de l'accepter ou de la rejeter.

208. Mais l'inscription de faux, en tant que demande incidente, peut-elle être tranchée par un tribunal arbitral international ?

En fait, l'article 1470 de la nouvelle version du code de procédure civile français énonce clairement et sans équivoque dans son second alinéa qu'en cas d'inscription de faux, l'article 313 du même code est applicable devant l'arbitre. Selon ce texte (l'article 313), si l'incident est soulevé devant une juridiction autre que le tribunal de grande instance ou la cour d'appel,

³⁰⁵ - Cass.1^{ère} civ., 25 mars 2009, *Les petites affiches* 2009, n°144, p.14, note M. Gatria.

il sursoit à statuer jusqu'au jugement sur le faux. Par application de ce texte, l'arbitre, qui constitue l'équivalent du juge qu'il soit un juge de première instance ou d'appel, ne peut donc être compétent pour trancher une inscription de faux qui concerne un acte authentique. Il doit alors sursoir à statuer en attendant la décision du tribunal judiciaire.

Sans aucun doute, cette disposition édictée par l'article 1470 du code de procédure civile est consacrée pour l'arbitrage interne. Cependant, l'article 1506 du même code énonce clairement l'application de l'article 1470 à l'arbitrage international³⁰⁶ dans le cas où la loi française est choisie pour régir la procédure d'arbitrage ou même dans le cas où le siège de l'arbitrage international est la France. Ainsi, comme pour l'arbitre interne, l'inscription de faux qui attaque les actes authentiques ne peut faire l'objet de la mission d'un arbitre international et ce, malgré l'arrêt précité rendu récemment par la cour de cassation énonçant que l'arbitre pourra accepter des demandes incidentes. En effet, la demande incidente soulevée lors du déroulement de l'instance de cette affaire ne concerne pas une inscription de faux d'un document ou d'un acte authentique soumis au tribunal arbitral, mais concerne seulement des dommages et intérêts suite à une mauvaise exécution d'un contrat de vente. On ne peut donc généraliser et appliquer le contenu de cet arrêt à toute demande incidente dans n'importe quelle affaire.

En plus, il existe un motif plus fort pour soustraire la compétence de l'arbitre et l'empêcher de trancher une inscription de faux. Ce motif réside dans le fait que l'inscription de faux contre un acte authentique entraîne, d'un côté, l'intervention du ministère public puisque le fait de commettre un faux constitue un délit sanctionné par la loi et, d'un autre côté, elle intéresse directement l'ordre public. Il s'agit donc d'une matière qui échappe par sa nature à l'arbitrage³⁰⁷. Ainsi, lorsque l'arbitre, dans un arbitrage international, est saisi de l'existence d'un faux qui entache l'acte, il doit mesurer le degré d'influence de cette pièce sur sa décision au fond. Dans le cas positif, l'arbitre devra sursoir en attendant la décision du tribunal compétent qui sera le tribunal initialement compétent en l'absence d'arbitrage et non pas nécessairement le tribunal d'appui du siège de l'arbitrage³⁰⁸. Mais dans le cas négatif, l'arbitre poursuivra la procédure en écartant la pièce en cause.

³⁰⁶ - Article 1506 du code de procédure civile énonce *qu'à moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles [...] 1465 à 1470*.

³⁰⁷ - J. Robert, *L'arbitrage, droit interne, droit international privé*, 4^{ème} éd., Dalloz 1993, p. 139.

³⁰⁸ - On adopte cette solution parce que tout simplement l'inscription de faux échappe à l'arbitrage et par suite on revient au tribunal qui a été compétent dans le cas où il n'y a pas arbitrage.

B – La valeur de l'acte sous seing privé

209. A côté des actes authentiques auxquels la loi donne une pleine force probante, les actes sous seing privé sont aussi assortis d'une force identique à celle des actes authentiques (au moins entre les parties contractantes). En plus, comme pour les actes authentiques, l'une des parties peut méconnaître la force de l'acte sous seing privé. Une vérification d'écriture devra donc être déclenchée. Par conséquent, nous évoquerons tour à tour la force probante de l'acte sous seing privé (1) et la procédure de la vérification d'écriture de cet acte (2).

1) Force probante de l'acte sous seing privé

210. D'après l'article 1322 du code civil français, l'acte sous seing privé est assimilé à un acte authentique « entre ceux qui l'ont souscrit ». Ainsi, entre les parties contractantes, la même force probante détenue par l'acte authentique est assimilée à l'acte sous seing privé. En revanche, pour les tiers, l'opposabilité de cet acte est plus limitée de sorte qu'il ne leur est opposable que s'il est assorti de certaines formalités (article 1328 du code civil). Ce qui nous intéresse le plus c'est la force probante de l'acte sous seing privé entre les parties, mais nous devons auparavant expliquer, brièvement, l'opposabilité de l'acte sous seing privé aux tiers.

211. En ce qui concerne l'opposabilité de l'acte sous seing privé et spécialement sa date à l'égard des tiers, on peut dire que l'existence et le contenu d'une convention peut parfois intéresser les tiers. Cela n'a pas pour effet de les lier par un rapport d'obligation auquel ils n'ont été présents lors de son élaboration, mais « le nouvel état des droits résultant de l'accord des parties leur est opposable »³⁰⁹. En d'autres termes, si le contrat ne peut créer des obligations que pour les parties qui l'ont signé, « *son existence et ses effets ont cependant la valeur d'une norme que nul ne peut méconnaître* »³¹⁰. Mais dans tous les cas, les obligations stipulées dans les clauses d'un acte demeurent toujours inopposables aux tiers. De ce fait, la force probante de l'acte ne s'étend pas aux tiers, et il n'a à leur égard aucune date et reste sans effet envers eux. La justification de cette règle réside dans le fait que tout acte peut contenir des obligations qui peuvent porter préjudice aux tiers surtout parce qu'il fait naître une situation juridique qui leur est opposable. Il est donc facile d'antidater l'acte. Ainsi, les parties à l'arbitrage ne peuvent jamais demander à l'arbitre d'imposer des obligations à des tiers qui n'ont pas été parties à l'acte litigieux.

³⁰⁹ - J. Duclos, *L'opposabilité – Obligation*, L.G.D.J. 1984.

³¹⁰ - P. Hébraud, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz Sirey 1960, p.452.

Pour échapper aux fraudes et aux manœuvres et afin d'apporter une protection aux tiers contre le danger d'antidate, l'article 1328 du code civil dispose que l'acte n'est opposable aux tiers que dès l'instant qu'une date incontestable peut lui être attribuée³¹¹. Pour se faire, l'article 1328 énonce trois circonstances avec lesquelles l'acte sous seing privé sera opposable aux tiers : par l'enregistrement de l'acte, par la mort de l'une des parties et lorsque l'acte est relaté dans un acte authentique. Si l'une de ces circonstances ne s'est pas réalisée, la date de l'acte sous seing privé n'est jamais opposable au tiers et, par suite, tout se passe comme si l'acte n'avait pas existé. Mais dès l'existence de l'une de ces circonstances, l'acte et sa date seront opposables aux tiers³¹².

212. En revanche, en ce qui concerne la force probante de l'acte sous seing privé entre les parties, aucune énonciation du contenu de l'acte ne fait foi jusqu'à inscription de faux à l'instar des énonciations de l'acte authentique. Elles ne font foi que jusqu'à preuve contraire. Cette preuve contraire ne peut pas être apportée librement. Selon l'article 1341 du code civil, la fausseté des énonciations figurant dans un écrit privé ne peuvent être prouvée que par un écrit ou par un moyen équivalent.

213. De plus, comme pour les clauses qui ont fait l'objet d'un accord entre les parties contractantes, la date de l'acte sous seing privé ne peut être considérée qu'une énonciation ayant la même valeur que les autres énonciations de l'acte. Ainsi, alors que la date des actes authentiques fait foi jusqu'à inscription de faux, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers, la situation n'est pas la même pour la date des actes sous seing privé. Il en résulte qu'entre les parties, la date qui paraît sur un acte sous seing privé n'est considérée vraie que jusqu'à preuve contraire qui ne peut être faite qu'au moyen d'un écrit.

214. Pour ce qui concerne l'origine de l'acte sous seing privé, si la reconnaissance des actes authentiques se fait, dans la majorité des législations, par référence aux formalités extérieures qui les accompagnent, les actes sous seing privé ne peuvent offrir par eux-mêmes aucune garantie quant à leur origine en raison d'une part de l'inexistence des formalités et, d'autre part, de l'absence d'un officier public pour rédiger l'acte. Ainsi, qui prouve que le nom et la signature qui se trouvent sur l'acte reviennent à la personne qui a contracté et qui prouve que

³¹¹ - Flour, Aubert et Savaux, op. cit. p.35 ; F. Favennec Héry, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD civ.* 1992, p.24.

³¹² - Comme l'origine de l'acte, la date est une question de forme qui est soumise à la loi du lieu où l'acte est passé quoiqu'elle soit la loi qui régie l'arbitrage.

la signature n'est pas un faux apposé par un tiers ?³¹³ C'est la raison pour laquelle la production d'un acte sous seing privé ne suffit pas par elle-même à obliger le tribunal de le tenir pour vrai³¹⁴. Dans cette perspective, il a été jugé que l'annexion d'un acte sous seing privé à un acte authentique ne lui confie pas la force probante de celui-ci³¹⁵.

La règle posée par l'article 1322 précité n'octroie une force probante à l'acte sous seing privé, même en présence des signatures, que lorsqu'il est « reconnu par celui auquel on l'oppose ». L'acte sous seing privé ne peut constituer une preuve littérale que dans le cas où il a été reconnu d'une manière volontaire par celui à qui on l'oppose ou s'il peut, selon le terme de l'article 1322, être « légalement tenu pour reconnu ». Autrement dit, pour avoir force probante, l'acte doit provenir de la personne contre laquelle il est présenté. Dans ce cas, soit cette personne reconnaît le document soit elle refuse de le reconnaître. Dans cette dernière hypothèse, il contredit son écriture ou sa signature, ce qui peut rendre possible l'ouverture d'une procédure de vérification d'écriture.

2) La vérification d'écriture

215. Lorsque la signature ou l'écriture d'un acte sous seing privé fait l'objet d'une dénégation ou d'une méconnaissance, il faut alors évaluer la sincérité de cet acte par la vérification d'écriture. La vérification d'écriture ne peut concerner que les actes sous seing privé parce qu'ils ne présentent aucune preuve de leur origine. C'est là une règle qu'il faut ajouter et qui énonce une obligation de vérifier l'origine et la sincérité de l'acte dès lors que celle-ci a fait l'objet d'une contestation³¹⁶. Cette règle s'applique non seulement dans le cas où un acte a été dénié dans son intégralité mais encore lorsqu'on considère qu'une seule partie de cet acte a fait l'objet d'une altération³¹⁷.

A cet égard, l'article 1470 du code de procédure civile dispose que *sauf stipulation contraire, l'arbitre a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux*

³¹³ - A. Huet, op. cit. p.288.

³¹⁴ - Quoiqu'elle soit la loi que les parties ont choisie pour régir leur arbitrage, la loi du lieu de rédaction de l'acte décide si l'acte sous seing privé fait foi de son origine. Cependant, puisque presque dans toutes les législations, les actes sous seing privé ne font foi de leur origine, cela ne pose point de problème pour un acte privé produit dans un arbitrage international

³¹⁵ - Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 180, p. 115.

³¹⁶ - L'article 287 alinéa 2 du NCPC français précise que *si la dénégation ou le refus porte sur un écrit ou sur une signature électronique, le juge vérifie si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-7 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature soit satisfaites.*

³¹⁷ - Aubry et Rau, op. cit. p.177.

conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299³¹⁸. Cependant, bien que cet article concerne l'arbitrage interne, l'article 1506 du même code a élargi son domaine d'application pour soumettre un arbitrage international à ses dispositions surtout que, d'une part, les parties choisissent la loi française pour régir leur arbitrage et, que d'autre part, les arbitres internationaux tendent à suivre les pratiques suivies dans le système de droit civil en matière de preuve écrite

216. Cependant, l'application de l'article 1470 précité nécessite quelques observations : en premier lieu, l'article 1470 octroie aux arbitres le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture « sauf stipulation contraire ». Cela signifie que les parties ont toujours la possibilité, dans la convention d'arbitrage ou dans un autre compromis, de priver les arbitres d'un tel pouvoir³¹⁹. En second lieu, sauf dans le cas où les parties n'ont rien stipulé préalablement dans leur convention, ça sera à l'instant où cet incident apparaîtra que les deux parties auront la possibilité de décider que les arbitres ne pourront pas reconnaître cet incident. Dans ce cas, la compétence du tribunal étatique qui était compétent en l'absence d'arbitrage reviendra et, par suite, le tribunal arbitral doit suspendre temporairement l'instance arbitrale pour attendre la décision du tribunal compétent. En troisième lieu, l'article 1470 fait référence à l'article 287 du code de procédure civile selon lequel l'arbitre possède la faculté de ne pas déclencher une vérification d'écriture s'il peut statuer sans tenir compte de l'écrit contesté. L'arbitre peut ainsi écarter cet écrit parce qu'il est inutile pour son appréciation au fond. Ainsi, il a été jugé « *qu'il résulte des articles 1324 du code civil, 287 et 288 du code de procédure civile que dans le cas où une partie à qui on oppose un acte sous seing privé en dénie l'écriture ou la signature, il appartient au juge (comme à l'arbitre) de vérifier l'acte contesté à moins qu'il puisse statuer sans en tenir compte* »³²⁰.

De plus, tandis que dans une inscription de faux, le déclenchement de cette procédure et la charge de la preuve incombent sur la personne contre laquelle on oppose l'acte authentique, dans une procédure de vérification d'écriture, la charge de la preuve incombe sur le porteur de l'acte sous seing privé et il suffit à la personne auquel on oppose l'écrit sur lequel se trouve sa

³¹⁸ - L'article 783 du code de procédure civile libanais énonce les mêmes dispositions de l'article 1470 en ce qui concerne la vérification d'écriture.

³¹⁹ - En pratique, il n'y a que très peu d'intérêt à venir devant un arbitre pour juger d'une vérification d'écriture à titre principale. Cependant, l'arbitrage étant par nature contractuel, rien ne s'oppose à ce que les parties décident, par voie de compromis, de porter devant des arbitres, qui pourront être des experts en écriture, une procédure de vérification d'écriture à titre principale.

³²⁰ - Cass. 1^{ère} civ., 10 janvier 1995, Bull. civ. 1995, I, n°27, p. 19.

signature de le méconnaître simplement. C'est à celui qui sollicite une vérification d'écriture d'un acte qu'il revient alors de démontrer qu'il provient de son adversaire³²¹.

217. Une fois la vérification d'écriture déclenchée, elle peut être prouvée par tous moyens. Ainsi, l'arbitre pourra d'abord s'adresser aux parties pour produire les documents afin de les comparer avec l'écrit contesté pour s'assurer de leur sincérité³²². En ce qui concerne les tiers, l'article 1469 du code de procédure civile donne à la partie qui entend faire état d'une pièce détenue par un tiers le pouvoir de lui faire assigner, sur invitation du tribunal arbitral, devant le président de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance ou la production de cette pièce. Dans cette matière, l'arbitre n'a de pouvoir qu'à l'égard des parties mais non envers les tiers qui sont des personnes étrangères à la convention d'arbitrage. L'arbitre ne peut donc, et selon l'article 1469 précité, enjoindre aux tiers de déposer des documents nécessaires pour la vérification qu'en passant par le tribunal étatique compétent³²³. Ensuite, l'arbitre pourra aussi désigner un ou plusieurs techniciens ou experts pour accueillir leur avis à propos de l'écriture contestée. Mais la preuve la plus simple que l'arbitre peut recevoir est enfin la déclaration d'un témoin qui a été présent lors de la signature de l'écrit (on se demande dans ce cas si admettre un témoignage, quelle que soit la valeur du litige, n'est pas détruire le principe restrictif de la preuve préconstituée même si le témoignage concerne l'origine de l'acte).

En plus, lorsque l'arbitre reconnaît la mission de vérifier l'écriture, il peut faire de deux choses l'une : soit il adjoint la vérification de l'écrit au fond (puisqu'elle n'est qu'une demande incidente) afin de statuer sur celle-ci dans sa sentence définitive, soit il procède dès réception à la vérification et rendra par la suite une sentence puis poursuivre la procédure sur le fond selon ce qu'il estime adéquat³²⁴.

Après la reconnaissance de la sincérité de l'acte sous seing privé soit volontairement par l'aveu de la personne à qui on l'oppose³²⁵ soit par la vérification d'écriture, cet écrit a, selon l'article 1322, *entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant cause la même foi que l'acte authentique*. Ainsi, une fois cet acte produit dans l'instance, le tribunal ne peut l'ignorer en admettant d'autres documents ou d'autres modes de preuve.

³²¹ - La solution s'explique parce que, étant établi sans le concours d'un officier public, l'acte sous seing privé n'offre par lui-même aucune garantie de provenance.

³²² - Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, Bull. civ. 2007, I, n°23, p.21.

³²³ - A plus forte raison, il ne peut fixer des astreintes pour contraindre à ce dépôt.

³²⁴ - J. Robert, op. cit. p.138.

³²⁵ - La reconnaissance de l'écriture privée peut être tacite ; elle résulte du silence gardé par le souscripteur lorsque l'acte est produit.

§2 – La preuve écrite et le rôle de l'arbitre

218. Bien qu'il soit investi d'une pleine force probante, un acte ne peut pas toujours convaincre le tribunal arbitral pour la simple raison qu'une contradiction existe au niveau de son contenu. C'est à partir de là que naît une mission du tribunal arbitral qui consiste à donner à l'acte le vrai sens que les parties ont voulu afin de permettre ensuite aux arbitres d'apprécier les modes de preuve qui leur sont présentés et enfin rendre une sentence par laquelle le litige sera résolu. Ainsi, dans un premier titre, nous traiterons du conflit dans les énonciations des actes présentés dans l'instance (A) et dans un second titre nous verrons le rôle de l'arbitre dans la résolution du litige (B).

A – Le conflit dans les énonciations des actes

219. Dans une opération économique qui nécessite l'élaboration de plusieurs conventions, il se peut qu'on retrouve des actes ayant le même objet mais qui contiennent des stipulations contradictoires entre elles. Ainsi, suite à un conflit soumis à un arbitrage, les arbitres trouvent entre leurs mains deux écrits qui, s'ils sont présentés comme modes de preuve dans l'instance, donnent au conflit des solutions contradictoires et par suite inacceptables. Les arbitres doivent donc simplifier cette contradiction entre ces deux écrits (1). De plus, hormis le cas de conflit entre deux écrits, il se peut qu'un acte contienne une erreur que les parties ont commise lors de sa rédaction de sorte qu'elles ne peuvent exécuter l'acte sans la rectifier. C'est donc l'erreur matérielle qui fera la seconde partie des conflits dans les actes (2).

1) Cas où il y a deux écrits instrumentaires

220. Lorsqu'à l'occasion d'une même instance arbitrale, deux éléments de preuves écrites énonçant des énonciations différentes sont présents, cela ne peut que provoquer une réduction de leur force probante³²⁶. Cette situation entraîne ce qu'on peut appeler une « antinomie de preuves instrumentaires ». Ainsi, lorsque deux actes instrumentaires donnent à une même obligation deux contenus différents, il y aura donc une violation du principe relatif à la force probante des actes si le tribunal retient l'un et ignore l'autre. De même, si le tribunal fait prévaloir un acte sur l'autre, il sera alors coupable d'une fausse application de ce principe. A ce stade, pour résoudre cette antinomie entre ces deux procédés de preuve, il faut donc

³²⁶ - Les seuls conflits à envisager sont ceux entre deux actes instrumentaires. Il ne saurait avoir de conflits entre un acte instrumentaire et un aveu par exemple puisque la déclaration d'un aveu emporte dans la plupart des cas ce que contient un acte écrit.

envisager une solution. A cet effet, une solution pourra prendre place suivant l'une des deux méthodes : soit on fait prévaloir l'écrit le plus récent sur le plus ancien, soit on laisse le tribunal arbitral interpréter les deux actes pour enfin déduire lequel est le plus proche des intentions des parties.

Le choix de la première solution serait sans doute arbitraire parce que l'acte ancien peut être plus sincère que le récent. Dans cette perspective, il faut mentionner qu'il peut y avoir des actes qui ont tous la même obligation et qui divergent dans leur contenu mais qui sont conclus dans un même instant. A cet égard, il suffit de penser à la simulation. Dans cette hypothèse, l'acte apparent et la contre-lettre sont conclus tous deux en même temps et il n'y a aucune raison qui justifie que la rédaction de la contre-lettre a précédé dans le temps celle de l'acte apparent ou vice versa. Cependant, l'article 1321 du code civil a réglé le cas de la simulation en énonçant qu'entre les parties, c'est l'écrit constituant la contre-lettre qui doit prévaloir sur celui de l'acte apparent. On peut par conséquent estimer que le code civil a résolu l'antinomie née du conflit entre deux actes formant une simulation. En revanche, hormis le cas de la simulation qui n'a engendré aucun conflit entre des preuves instrumentaires, le code civil n'a pas donné de règles contenant des solutions spécifiques à l'antinomie entre deux actes instrumentaires qui ont été conclus à des dates différentes³²⁷.

Cependant, en choisissant la seconde solution dans laquelle l'arbitre peut interpréter les actes, cette antinomie peut être résolue. C'est par ce moyen que le code civil a tendance à résoudre un conflit entre ces deux actes. Cette solution consiste à ce que dans le cas où les contenus des deux actes sont différents, il faut les considérer comme ambigus pour qu'ils soient soumis par la suite à une interprétation. De ce fait, dans le cas où les arbitres ont pour mission, à côté de celle de trancher le litige, d'interpréter les actes, ils le font souverainement³²⁸. Ainsi, après avoir interprété les actes, les arbitres pourront les classer selon ce que les parties ont voulu stipuler, c'est-à-dire les arbitres recherchent quelle a été la vraie intention des parties lors de la conclusion de leurs conventions. La justification de cette interprétation réside dans l'impossibilité de savoir le degré de la force probante que détient chaque acte. Cette deuxième solution est plus convaincante et nous l'adopterons parce qu'elle présente un intérêt important pour une résolution rapide du litige en octroyant à chaque acte sa valeur réelle contrairement à la première solution qui est arbitraire et ne permet pas de connaître l'acte le plus probant.

³²⁷ - X. Lagarde, op. cit. p.202.

³²⁸ - Mais sans les dénaturer.

2) Erreur matérielle d'un acte

221. Lorsqu'un acte instrumentaire s'est produit dans l'instance arbitrale, il se peut qu'il soit entaché d'une simple erreur matérielle. En effet, cette erreur se trouve dans le cas où une partie énonce que, lors de la signature de l'acte, elle s'est trompée sur le contenu des obligations qui l'a engagée. Cette notion de l'erreur matérielle doit être distinguée de celle de l'erreur en droit qui concerne cette fois l'existence même des obligations énoncées dans l'acte et non pas leur contenu. De ce fait, l'erreur matérielle concerne uniquement la transcription des obligations dans l'acte où elles sont stipulées.

Ainsi, la présence d'une faute matérielle ne peut jamais nécessiter une procédure de vérification d'écriture. Cette procédure concerne le faux en écriture ou une fausse signature. Mais, dans le cas où une erreur matérielle existe, la partie ne subit qu'un faible préjudice en raison de l'absence d'une manipulation de l'écrit ou d'une imitation de sa signature. Il en résulte que la question relative à l'erreur matérielle, qui constitue une erreur dans la rédaction de l'acte, est étrangère à la question de la force probante de l'acte.

222. En revanche, pour admettre l'existence d'une erreur matérielle dans un acte, deux conditions doivent être présentes : d'une part, la rectification de cette erreur ne doit pas détourner le fond des stipulations contenues dans l'acte en lui donnant une nature différente de celle qu'il avait à l'origine. D'autre part, il doit y avoir une impossibilité pour le plaideur qui allègue l'erreur de produire une preuve littérale des inexactitudes que le rédacteur de l'acte a commis.

Faut-il en conséquence autoriser la victime de l'erreur matérielle de prouver ses allégations par tous moyens de preuve ? Une réponse positive doit être admise en raison d'une part, que la victime ne conteste pas la force probante de l'acte et, d'autre part, cette erreur n'est qu'un simple fait qui pourra être prouvé librement³²⁹. Mais si on procède ainsi, toute partie pourra contourner sur la prohibition de la preuve contre et outre le contenu aux actes par ce moyen détourné. C'est ici qu'apparaît alors le rôle du tribunal arbitral pour vérifier la présence d'une réelle erreur matérielle. Ainsi, s'il est apparu que les énonciations ne correspondent pas à la

³²⁹ - S. Lambert-Wiber, « Dol d'un tiers et nullité du contrat pour erreur », note sous cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996 *Les petites affiches*, 1997 n°62, p.16.

réalité, le tribunal doit les rejeter et ne pas en tenir compte et par suite ne pas permettre aux parties de les corriger par un témoignage ou par d'autres modes de preuve³³⁰.

³³⁰ - Dans l'appréciation du caractère grossier de l'erreur, le tribunal peut prendre en compte le comportement qu'ont eu les parties dans l'exécution de l'acte (CA Versailles, 3^{ème} ch., 13 octobre 1995, D. 1995, p.260).

B – L’arbitre, appréciateur des preuves

223. La caractéristique essentielle de l’arbitrage consiste à donner mission de trancher le litige à des personnes, nommées arbitres, dont le rôle sera identique à celui des juges étatiques. A ce propos, le choix de ces personnes ne se réalisera que parce qu’elles possèdent les compétences nécessaires et suffisantes dans le domaine du différend. Mais, à l’encontre des juges étatiques, il n’est jamais proscrit aux arbitres d’utiliser leurs connaissances personnelles (1). Cette utilisation paraît nécessaire aux arbitres afin d’apprécier les différents modes de preuve produits dans l’instance (2).

1) L’utilisation par les arbitres de leurs connaissances personnelles

224. L’arbitre peut-il faire état des connaissances personnelles qu’il possède à propos du sujet qui lui est soumis pour résoudre le litige ?

D’abord notons que le tribunal arbitral peut toujours avoir recours aux connaissances générales qui sont connues de tous mais non spécifiques à la cause comme par exemple les faits notoires ; ceux-ci ne doivent être ni allégués ni prouvés et peuvent être constatés d’office par les arbitres³³¹.

225. En revanche, en ce qui concerne les connaissances purement personnelles des arbitres, on peut dire que ces derniers sont dans la plupart des cas choisis et désignés pour leurs qualifications techniques et en raison des connaissances et des qualités particulières qu’ils possèdent, leur permettant une compréhension avancée des faits du conflit soulevé devant eux. Ainsi, il ne serait pas normal d’empêcher un arbitre d’utiliser ses connaissances qui ont permis aux parties de s’en référer pour soumettre leur litige à ces personnes particulièrement qualifiées dans la matière afin de ne pas recourir dans certains cas à des expertises parfois longues et coûteuses. Les arbitres peuvent ainsi avoir la qualité des experts d’écriture ou de notaires qui leur permette de statuer sur la véracité et la sincérité des documents sans qu’un recours à d’autres personnes pour les apprécier ne soit nécessaire. L’autorisation d’utiliser leurs connaissances et leurs propres qualités doit être toujours octroyée aux arbitres pour qu’ils puissent interpréter et compléter les différentes informations qu’ils ont obtenues lors du déroulement de la procédure³³².

³³¹ - Tri. Féd. Suisse, Bul. ASA 1999, p.537 ; Trib. Féd. Suisse, SJ 1989, p.204.

³³² - R. David, *L’arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p.415.

226. Cependant, lorsque l'arbitre utilise ses connaissances personnelles, ou professionnelles, cela peut avoir une incidence importante sur la demande. Ce qui peut parfois nécessiter un débat contradictoire à leur sujet. En effet, bien que le système de Common Law permette parfois à l'arbitre, choisi spécifiquement pour ses connaissances particulières, de faire usage de ses connaissances afin de rendre une décision sans lui imposer le respect de principe de contradictoire, en France, une sentence reposant sur des connaissances personnelles, même professionnelles, de l'un des arbitres a été annulée au motif qu'elle n'avait pas fait l'objet d'un débat contradictoire³³³. A l'issue de cette opposition entre le système de Common Law et celui de droit civil, nous pensons que dans tous les cas, si l'arbitre fait usage de ses connaissances personnelles, un débat contradictoire – principe fondamental de la procédure – ne doit pas être négligé mais il doit toujours avoir une application qui ne subit aucune restriction dans l'arbitrage international à partir du moment où les connaissances de l'arbitre sont susceptibles de jouer un rôle déterminant dans sa décision. Ainsi, il a été jugé que « *les arbitres ont l'obligation de mettre les parties en mesure de débattre contradictoirement toute information qu'ils ont recueillie et utilisée* »³³⁴. Il est par conséquent utile de noter que lorsque les arbitres possèdent une autorisation pour utiliser leurs connaissances personnelles et professionnelles, ils ne peuvent en revanche rechercher des informations complémentaires qui excéderaient la mise à profit de leurs connaissances.

2) L'appréciation des preuves

227. L'appréciation des preuves peut être définie comme l'opération intellectuelle qui permet à l'arbitre de se déclarer convaincu ou non de l'existence et de la pertinence des faits allégués par les parties. C'est en réalité l'arbitre qui est capable, ou à vrai dire le mieux placé, pour décider si les preuves qui ont été produites lui apportent la conviction. Il doit alors avoir une pleine liberté pour statuer sur l'existence des faits contestés.

228. Cependant, cette liberté que possède l'arbitre envers certains faits ne doit pas toujours être absolue. En effet, la décision de l'arbitre sur l'existence ou l'absence des faits peut parfois être dirigée par la loi³³⁵. Ainsi, la loi ou les règles de droit que les parties ont choisies pour régir leur arbitrage peuvent contenir des dispositions qui fixent à l'avance la force probante de plusieurs éléments de preuve de sorte qu'il arrive parfois que la loi interdise au tribunal de recourir à certains moyens de preuve ou par contre l'autorise à utiliser d'autres

³³³ - Paris, *Rev.arb.* 1995, p.448, 1^{ère} et 3^{ème} espèces.

³³⁴ - Cass.2^{ème} civ., 21 juin 1995, Bull. civ. II, n°189, p. 109.

³³⁵ - Aubry et Rau, op. cit. p.57.

éléments³³⁶. Il est tout naturel que la preuve littérale ne puisse pas être à l'abri de ces dispositions. C'est le cas de l'article 1341 du code civil que l'on a étudié précédemment qui porte une interdiction de recourir à la preuve par témoin. Dès lors, la preuve écrite sera alors le procédé qui permet d'exprimer légalement la vérité. A noter toutefois que si la loi admet la foi de la preuve littérale sous certaines conditions, il revient donc à l'arbitre de vérifier si les conditions exigées sont remplies afin d'admettre ce mode de preuve.

Cependant, si les parties ne se sont pas accordées sur l'application d'une loi ou de règles spécifiques en matière d'administration de la preuve, cette mission revient à l'arbitre qui possède à ce propos un libre choix. Dans ce cas, il appartient à l'arbitre dans un arbitrage international d'administrer les preuves qui lui sont présentées et de se prononcer souverainement sur leur admissibilité et leur force probante. Ce pouvoir de l'arbitre est largement reconnu dans les différentes lois d'arbitrage tel que le droit belge dans l'article 1696 alinéa 2 du code judiciaire et le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international CCI dans l'alinéa 1 de l'article 15 et dans l'alinéa 1 de l'article 17³³⁷. Il faut noter toutefois que lorsque l'arbitre possède une libre appréciation des preuves, il est toujours tenu de respecter l'égalité des parties et leur droit d'être entendues. A défaut, la sentence pourra être annulée ou ne pas être exécutée³³⁸.

229. Sur le plan pratique, on dit parfois que la preuve documentaire est la preuve par excellence en matière d'arbitrage. Cela est vrai lorsque l'arbitre se trouve devant un grand nombre de documents et de pièces qu'une partie lui a présentés afin de rendre facile la constitution d'une conviction qui sera favorable à sa thèse. Mais dans certains cas, l'arbitre trouve que les parties n'ont produit que quelques écrits qui sont parfois pertinents et avec lesquels il peut statuer.

Dans d'autres cas, il arrive qu'une interprétation des documents et pièces s'avère nécessaire de sorte qu'ils sont contradictoires ou incompréhensibles. Dans cette dernière hypothèse, il est nécessaire de bien distinguer l'appréciation de la preuve littérale produite dans l'instance et l'interprétation des éléments constituant cette preuve, à savoir les documents produits dans l'instance. L'interprétation d'un document n'a d'autre objet que la découverte de son vrai sens. C'est donc une opération qui se distingue radicalement de celle de l'appréciation de la

³³⁶ - J.-F. Tossens, op. cit., p.66.

³³⁷ - Ainsi, il en est pour le droit anglais de l'arbitrage (Arbitration Act de 1996) dans la section 2(2)(f) et le l'article 22 paragraphe (f) du règlement LCIA.

³³⁸ - A.V. Schlaepfer et Ph. Bartsch, « Quelques réflexions sur l'appréciation de la preuve par l'arbitre international », *RDAI*, 2010, n°3, p.211.

force probante du document. Mais ce qui est en commun entre l'interprétation d'un document et l'appréciation de sa force probante c'est le pouvoir souverain donné à l'arbitre dans la réalisation de ces deux opérations³³⁹.

De même, il y a des cas dans lesquels une partie refuse de produire un document bien que l'arbitre ait ordonné sa production parce qu'il est pertinent. De cette façon, dans un cas ou dans un autre, si l'arbitre n'a pas tiré les conséquences nécessaires du refus de produire les pièces qu'il a indiquées, il sera alors dans un cas de recours à d'autres moyens de preuve, telle qu'une preuve orale. Ainsi, bien que la preuve écrite constitue en principe la reine des preuves dans la majorité des cas, il se peut que dans d'autres cas la décision du tribunal arbitral soit fondée sur d'autres éléments de preuve.

³³⁹ - Mais, malgré ce large pouvoir donné aux arbitres, il ne faut pas oublier que toute dénaturation des documents produits à titre de preuve peut faire l'objet d'un recours contre l'opération de l'interprétation ou au plus contre la sentence rendue lorsque les arbitres ont changé, par leur interprétation, le sens que les parties ont voulu donner à leur acte (Boré, « Un centenaire, le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p.249 ; C. Marraud, *La notion de dénaturation en droit privé français*, Presses Universitaires de Grenoble 1974).

TITRE II – La preuve écrite sur support électronique

230. Dans un monde où évoluent des milliers d'êtres humains, il n'est pas choquant de constater qu'il est tout à fait normal que chaque jour naissent des milliers de contrats, les uns s'établissent d'une manière orale tandis que les autres sont écrits. Cependant, bien que tous les contrats se ressemblent par la présence de plusieurs volontés appartenant à divers signataires, ces contrats ne possèdent pas la même finalité dont les uns se créent dans un but commercial ou civil et les autres regroupent simultanément un but commercial et civil. Mais si les contrats civils sont très rarement exposés à un arbitrage lors d'un conflit qui apparaît entre les parties contractantes, les conflits des contrats commerciaux, surtout ceux qui sont à caractère international, sont dans la plupart des cas résolus par un arbitrage.

De ce fait, suite à un litige, lorsque les parties ont recours à un arbitrage, elles doivent convaincre le tribunal arbitral par le biais des différentes preuves qu'elles ont en leur possession ou qu'elles sont en mesure de chercher. Ainsi, comme on l'a dit, la preuve écrite dressée sur un papier constitue l'un des modes de preuve qui est classé au premier rang parmi les autres modes qui peuvent être présentés en raison de sa sincérité et de sa durabilité.

231. Cependant, suite à l'énorme progrès qu'a subi le monde informatique et avec l'arrivée des nouvelles technologies, les contrats n'étaient pas à l'abri de cette évolution. A cet effet, les contrats ont connu une nouvelle méthode avec laquelle ils seront conclus. C'est par le biais de la voie électronique qu'un nouveau type d'écrit est né intitulé l'écrit électronique qui est utilisé pour tout type de contrat en particulier les contrats du commerce international dont les transactions dépassent les frontières des pays.

A partir de là, à l'instar de la preuve écrite qui se forme sur papier, une preuve écrite électronique se constitue lorsqu'un écrit est dressé sur support électronique. De ce fait, la formation de la preuve électronique est basée d'une part sur le commerce qui s'est dirigé peu à peu vers la réalisation des transactions passées en ligne et, d'autre part, sur un écrit qui se concrétise par un contrat qui doit être conclu pour satisfaire aux conditions de la formation de la preuve électronique.

232. En revanche, il ne suffit pas de dire qu'un contrat électronique est formé, mais il se peut qu'il se mène à une mauvaise exécution. Un litige naît alors entre les parties contractantes qui doivent recourir à la justice pour régler leur différend. A cet effet, les parties peuvent choisir de saisir les tribunaux étatiques mais elles peuvent aussi, et elles le font dans la plupart des

cas où il y a des écrits électroniques qui intéressent le commerce international, désigner des arbitres pour résoudre leur conflit. Dans ce dernier cas, une instance arbitrale doit ainsi être déclenchée dans laquelle l'écrit électronique doit être produit comme mode de preuve électronique qui doit par la suite faire l'objet d'une administration afin de bien mener le procès arbitral à une solution du litige qui est né entre les parties.

Ainsi, le traitement de la preuve électronique doit passer d'abord par la formation de l'écrit électronique qui constitue une preuve électronique (premier chapitre) pour ensuite mettre le point sur l'administration de la preuve électronique dans l'arbitrage international (deuxième chapitre).

Premier chapitre – La formation de la preuve électronique

233. Depuis qu'il s'est créé, le commerce se caractérise essentiellement par les échanges réalisés entre divers acteurs. Etant composé de deux parties, à savoir les commerçants et les consommateurs, la relation qui unit ces parties est basée sur un contrat qui se concrétise, bien qu'il se constitue parfois oralement, dans la plupart des cas dans un écrit qui définit les engagements de chaque partie.

234. Mais si cette caractéristique reste toujours valable pour des opérations réalisées dans le commerce traditionnel, cette même caractéristique doit être revue suite à l'apparition des nouvelles technologies qui ont créé un nouveau mode de conclusion des contrats qui consiste à contracter par l'utilisation de la voie électronique. A cet effet, les opérateurs du commerce ne doivent pas négliger cette évolution qui, de plus en plus, a rendu nécessaire une évolution rapide de la manière de passation des transactions commerciales. De ce fait, le commerce électronique est apparu pour occuper une place très importante dans le monde commercial surtout lorsque les transactions relèvent du commerce international. Ainsi, un nouveau support est trouvé : c'est le support électronique sur lequel les nouveaux contrats du commerce seront dorénavant conclus. Ce qui a par suite contribué à la naissance d'une nouvelle preuve appelée preuve électronique qui est née à partir des transactions commerciales qui sont réalisées suite à des contrats conclus par voie électronique.

A partir de ce qui a été dit, il paraît que la preuve électronique prend comme point de départ le commerce qui s'est évolué et a provoqué l'évolution de la preuve écrite traditionnelle. D'où la nécessité du traitement de l'origine de la preuve électronique (première section). Cependant, l'origine de la preuve électronique ne suffit pas en elle-même pour cerner la formation de la preuve électronique, il est nécessaire aussi de délimiter les manières avec lesquelles les contrats électroniques seront conclus (deuxième section).

Première section – L’origine de la preuve électronique

235. Depuis des milliers d’années, l’homme ancien a connu le commerce. Celui-ci n’avait comporté que des petites opérations d’échanges de marchandises réalisées entre des petits commerçants. Mais, au fur et à mesure, la population s’est agrandie et les quantités d’échanges sont désormais insuffisantes pour satisfaire à toutes les demandes. Il a été donc impératif aux opérations commerciales d’élargir leur étendue afin de répondre à toutes les exigences qui se sont trouvées face au commerce. Cependant, suite à la progression technologique énorme, le commerce était une seconde fois appelé à être en ligne avec les nouvelles technologies qui ont accéléré le mode de vie des gens. Les opérations commerciales n’auront plus besoin d’attendre plusieurs jours pour être réalisées mais ce sera par un petit message électronique que dorénavant les transactions seront achevées. A cet effet, suite à l’évolution du commerce vers le monde électronique, il a été nécessaire de réformer le système probatoire des preuves en particulier la preuve littérale qui consiste à produire comme mode de preuve le contenu d’un acte conclu électroniquement.

Ainsi, la connaissance de l’origine de la preuve littérale électronique passe d’abord par le traitement de l’évolution qu’ont subi le commerce et la preuve écrite qui fera l’objet d’un premier paragraphe (§1) pour ensuite traiter dans un second paragraphe du contenu de l’acte conclu par voie électronique (§2).

§1 – L'évolution simultanée du commerce et de la preuve écrite

236. Dans le monde traditionnel du commerce, les transactions commerciales sont réalisées généralement suite à un accord conclu entre les opérateurs. Cet accord se concrétise dans la plupart des cas par un acte écrit qui est signé sur papier et contenant les différentes conditions de l'opération. Cependant, suite à la grande évolution technologique que le commerce a subi, celui-ci s'est déplacé vers ce que l'on appelle « le commerce électronique » (A) ; ce qui a permis à la preuve écrite d'évoluer à son tour et d'acquérir des nouvelles perspectives (B).

A – L'évolution du commerce vers le commerce électronique

237. Suite au progrès du commerce, un nouveau mode de conclusion des transactions est apparu : c'est la naissance du commerce électronique (1) par lequel les opérations commerciales se feront dorénavant par voie électronique qui nous mènera à une définition à ce type de commerce (2).

1) La naissance du commerce électronique

238. Durant quelques années, les modes de communication et d'échange ont explosé d'une manière inattendue. Ainsi, toute la planète s'est transformée en une petite terre sur laquelle les gens sont désormais plus proches les uns des autres. Sans aucun doute, ce progrès est arrivé au monde des contrats et par suite le besoin de contracter plus vite et plus efficacement est apparu afin d'atteindre un nombre plus élevé de transactions réalisées.

239. Considéré comme « *le véhicule juridique de tout échange commercial* »³⁴⁰, le contrat constitue toujours la pierre angulaire de l'économie. Faire confiance dans celle-ci c'est absolument conclure des contrats fiables et aptes à être exécutés. Mais si cela concerne la conclusion traditionnelle des contrats sur des supports papier, il faut donner aussi confiance à l'économie numérique dans laquelle des milliers de contrats seront signés. Il doit donc être donné la même efficacité et la même fiabilité pour les contrats conclus dans l'univers électronique. Ainsi, le progrès rapide et énorme qu'a subi le monde informatique et l'utilisation des nouvelles techniques a fait apparaître un nouveau mode de commerce : c'est le commerce électronique.

³⁴⁰ - Ph. Stoffel-Munck, « La réforme des contrats du commerce électronique », *JCP E* 2004, n°38, p. 1428.

Le commerce électronique est basé sur ce qu'on appelle l'économie digitale ou numérique qui se repose sur deux piliers : d'une part le commerce électronique et, d'autre part, la technologie des informations. De ce fait, l'article 14 de la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique³⁴¹ énonce que *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de bien ou de services*. Ainsi, avec le développement de l'internet qui a permis de mondialiser le commerce et de supprimer les frontières, le commerce électronique s'est transformé en une chose répandue et a pris une nouvelle dimension. Il est par conséquent vrai de dire que tant que le monde informatique et électronique est en développement, le commerce électronique est donc en évolution permanente et en croissance rapide.

2) La définition du commerce électronique

240. Si la loi de 21 juin 2004 a donné une définition générale au commerce électronique, celui-ci a fait antérieurement l'objet de plusieurs définitions par la doctrine dont les unes sont larges et les autres sont plus restreintes. L'une des définitions données énonce que le commerce électronique forme l'ensemble des transactions commerciales, « *nationales et transnationales faites au moyen de traitement et de transmission électronique de données* »³⁴².

241. Néanmoins, donner une définition plus précise du commerce électronique suppose nécessairement de préciser le sens de chacun des deux termes utilisés à savoir « commerce » et « électronique ».

S'agissant du terme « commerce », celui-ci est formé par l'ensemble des échanges réalisés et élaborés entre les entreprises elles mêmes ou avec des particuliers³⁴³. Mais pour le terme « électronique », il ne peut s'agir que d'un réseau sur lequel peuvent se connecter des milliers d'individus en même temps, de tous les pays qu'ils soient des professionnels ou des simples consommateurs, pour achever diverses opérations. Il s'agit donc de l'internet qui est un « *réseau ouvert basé sur un protocole technique non propriétaire qui n'est maîtrisé par aucun opérateur* »³⁴⁴. Ainsi, formé d'une part par le commerce et, d'autre part, par l'électronique, le commerce électronique est l'exécution et la gestion des activités commerciales qui concernent les marchandises et les services par voie électronique spécialement par internet ou par les

³⁴¹ - Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, J.O. n°143 du 22 juin 2004.

³⁴² - S. Kallel, « Arbitrage et commerce électronique », *RDAI* 2001 n°1, p.14.

³⁴³ - F. Mas, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, L.G.D.J., 2005, p.7.

³⁴⁴ - O. Iteanu, « Les contrats du commerce électronique », *Droit et Patrimoine*, décembre 1997, n°55, p.52.

systèmes techniques équivalents³⁴⁵. De ce fait, les opérations réalisées dans le commerce électronique peuvent concerner des offres ou des services par internet ou des ventes sur des sites web avec le paiement par carte bancaire ou autres modes de paiement.

De ce qui a été dit, il en résulte que le commerce électronique permet de réaliser des transactions entre des personnes qui ne se trouvent pas dans un même endroit et, dans la plupart des cas, qui ne se connaissent pas mais qui se sont rencontrées virtuellement à l'occasion de la visite d'un site en offrant des produits par celui qui désire vendre et en consultant les produits offerts par celui qui désire acheter avec leur prix de vente. Le commerce électronique permet donc l'échange de tous biens et de tous services. On peut à cet effet tout vendre électroniquement que la marchandise soit matérielle tels que des livres, des cassettes, des billets de voyage ou qu'elle soit virtuelle tels que des logiciels informatiques, des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, ... etc³⁴⁶.

Par le biais du commerce électronique, tout est donc dématérialisé totalement : les rapports entre clients et commerçants ne se concrétisent pas dès lors par la conclusion d'un écrit sur papier et les moyens de paiement en espèce ou en chèque sont aujourd'hui obsolètes. Les transactions se feront dorénavant par courrier électronique ou sur la page d'un site web ou par communication directe sur les réseaux de télécommunication. Dans tous les cas, nous serons avec un document électronique se trouvant dans un ordinateur et transmis électroniquement vers un autre ordinateur et cela par un ordre du transmetteur vers le destinataire. En définitif, *« le commerce électronique est devenu un tissu complexe d'activités commerciales à l'échelle planétaire »*³⁴⁷.

³⁴⁵ - M. M. Zo'bi, *L'arbitrage sur internet*, Sader 2007, p.9.

³⁴⁶ - Alinéa 2 de l'article 14 de la loi 575 du 21 juin 2004.

³⁴⁷ - S. Kallel, op. cit., p.14.

B – L'évolution de la preuve littérale

242. A l'issue du progrès qu'a subi le commerce, les transactions se feront par un contrat conclu par voie électronique. La notion de la preuve littérale est ainsi apparue insuffisante à couvrir les nouvelles opérations. Il a donc été nécessaire de rechercher une nouvelle notion (1) avec laquelle une nouvelle pratique de la preuve sera appliquée (2).

1) La nouvelle notion de la preuve littérale

243. Selon la définition que Colin et Capitant ont donnée, prouver « *c'est faire reconnaître en justice la vérité d'une allégation par laquelle on affirme un fait d'où découlent des conséquences juridiques* »³⁴⁸. Par suite, la preuve constitue le support sur lequel les plaideurs pourront éventuellement se baser pour fixer leurs demandes et convaincre le tribunal afin de sortir gagnant du procès.

Comme on l'a dit, la Reine des preuves se trouve sans aucun doute dans l'écrit et dans les documents écrits parce que l'écriture constitue un élément difficile à supprimer ou à retracer surtout s'il émane d'une autorité compétente à le dresser. En effet, dans la majorité des cas, la preuve par écrit est contenue dans les contrats c'est-à-dire dans les actes créés par au moins deux volontés. En d'autres termes, les contrats écrits forment la plus grande partie de ce qu'on appelle une preuve littérale ou écrite³⁴⁹.

244. Jusqu'à la dernière décennie, qui disait contrat disait un écrit sur support matériel sur lequel les contractants se sont mis d'accord pour produire des effets. Ce support matériel n'est que le support papier écrit par les mains de ses parties ou dactylographié. Mais ce qui importe le plus, c'est que, à la fin du contrat, toutes les signatures de toutes les parties au contrat seront apposées affirmant ainsi leur adhésion aux stipulations contenues au sein de ce contrat. Il s'ensuit que la preuve écrite était définie comme étant un papier contenant les écritures ayant reçu l'accord des volontés des parties.

245. Cependant, depuis quelques années, suite au grand progrès qu'a subi le monde informatique, l'enjeu posé par le commerce électronique consiste dès lors à chercher comment prouver les transactions dématérialisées réalisées électroniquement qui sont conclues par un simple message écrit sur support informatique.

³⁴⁸ - Colin et Capitant, *Cours élémentaires de droit civil français*, op.cit., n°718.

³⁴⁹ - Autres que les actes à plusieurs volontés, certains écrits émanent d'une seule volonté tel que le testament et forment aussi une preuve écrite.

La solution est rapidement donnée par la cour de cassation dans son arrêt du 2 décembre 1997 qui a fait une équivalence entre tous les écrits qu'ils soient rédigés sur support traditionnel (papier) ou sur support électronique. Cet arrêt est par suite consacré dans une loi qui a offert une nouvelle définition de la preuve littérale qui met sur un pied d'égalité tous les écrits quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission. C'est ainsi à l'occasion de l'adoption de la loi 230 qui date du 13 mars 2000³⁵⁰ que cette équivalence est réalisée et que les notions d'écrit et de signature ont été définies alors que jamais le droit civil ne contenait de définition qui concerne l'écrit et la signature ou même la preuve écrite.

246. La preuve écrite est aujourd'hui définie par l'article 1316 du code civil qui énonce qu'elle *résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission*. Peu importe donc si le contrat est fait sur papier ou s'il est transmis par courrier électronique. Seul le support de l'écrit est alors modifié suite au progrès technologique. Dès lors, en vertu de la loi n° 230-2000, le monopole du papier cesse et tous les écrits sont admis et acceptés comme modes de preuve.

Par conséquent, une définition très novatrice a été créée énonçant la naissance d'un nouveau membre de famille de preuve écrite. C'est la preuve écrite dématérialisée c'est-à-dire la preuve écrite électronique. Ainsi, cette nouvelle définition de la preuve littérale a fait apparaître la présence d'une preuve semblable à celle contenue dans les papiers mais qui se diffère de celle-ci par son support qui est un support électronique. Dès lors, quel que soit le support sur lequel l'écrit est établi, aucun obstacle ne peut empêcher cet écrit d'être présenté comme preuve écrite que ce soit sur support papier ou sur support électronique.

La nouvelle définition de la preuve écrite a permis une extension considérable du nombre des écrits aptes à constituer une preuve littérale et pouvant tous collaborer à la manifestation de la vérité recherchée dans tous procès en particulier un procès arbitral qui est, à l'origine, déclenché suite à un conflit émanant d'un contrat conclu probablement d'une manière virtuelle à partir d'un support électronique. Ainsi, suite à la création d'une nouvelle manière d'établissement des contrats, la rédaction d'un écrit « *est désormais neutre par rapport aux techniques employées* »³⁵¹ et, ce qui est le plus important, c'est que l'écrit n'a pas perdu sa

³⁵⁰ - Cette loi est basée sur la directive européenne datant du 13 décembre 1999 définissant « un cadre communautaire pour les signatures électroniques ».

³⁵¹ - L. Gamet, « L'écrit électronique et le droit français de la preuve », *Revue de la recherche juridique*, 2001-2, volume 1, p. 541.

dominance mais il est resté comme auparavant le moyen le plus efficace et susceptible d'apporter la preuve du contenu du document. Ainsi, suite à l'adoption de la loi du 13 mars 2000, le législateur français a donc adopté une notion large de la preuve littérale en consacrant à la preuve électronique une place équivalente à celle de la preuve sur papier³⁵². C'est donc la consécration d'une preuve par écrit électronique qui est, selon l'article 1316-1 du code civil français, admis au même titre que l'écrit sur support papier.

2) La nouvelle pratique de la preuve écrite dans les différents systèmes juridiques

247. La preuve écrite n'est pas traitée de la même manière dans tous les systèmes juridiques. En effet, bien que prouver consiste à démontrer la réalité d'un fait juridique, les pays du code civil demeurent toujours attachés à la prééminence de l'écrit quel que soit son support. Ces pays consacrent une large place au principe de la preuve littérale qui prévaut sur toutes les autres preuves surtout la preuve testimoniale. Ce principe est énoncé dans l'article 1341 du code civil français qui oblige à apporter une preuve littérale et peu importe qu'elle soit établie sur papier ou électroniquement (article 1316 du code civil) à l'encontre du droit anglo-saxon dans lequel l'acte écrit ne joue qu'un rôle secondaire lors de l'administration des preuves.

248. En revanche, dans les pays du système anglo-saxon, le témoignage est toujours considéré comme le mode de preuve le plus privilégié. Cependant, en plus de la preuve par témoin, la preuve littérale existe aussi dans ces pays mais elle n'est pas trop répandue. En effet, certains obstacles empêchent la recevabilité de la preuve littérale électronique : en premier, la loi anglo-saxonne impose de présenter « une meilleure preuve » c'est-à-dire l'original du document écrit ; en second, se trouve l'authenticité des documents électroniques. Or la doctrine et la jurisprudence ont affirmé que de tels documents sont irrecevables parce que personne ne peut témoigner de leur authenticité quel que soit le nombre de personnes qui ont

³⁵² - Le législateur français n'était pas le seul qui avait élargi la notion de la preuve écrite, mais c'est le cas aussi pour les autres pays de l'Union Européenne qui doivent impérativement transposer les stipulations de l'article 9.1 de la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000. Cependant, dans les pays hors Union européenne tel que le Liban, la législation libanaise ne contient jusqu'aujourd'hui aucune loi qui consacre l'admissibilité et l'utilisation des documents électroniques. De même, la jurisprudence a refusé de prendre en considération les livres de commerce sous forme électronique établis par le commerçant malgré l'affirmation de ce dernier que les notions des livres de commerce sur papier ont changé de nos jours au profit des CD et des disques durs qui contenaient toutes les informations relatives à l'activité commerciale (Cass. lib., arrêt n°4 du 6 février 2001, non publié, cité par Sami Mansour dans « La preuve électronique dans le droit libanais », *Al Adl* 2001, p. 157).

pris connaissance de leur création³⁵³ et peu importe s'ils sont signés ou non tant que les contrats peuvent être prouvés par tous moyens dans le système anglo-saxon.

Mais, avec l'arrivée du commerce électronique, les législateurs anglo-saxons se sont penchés pour assouplir les dispositions afin de faciliter l'admission des documents informatiques comme mode de preuve. Ils ont créé quelques exceptions à la non recevabilité des documents électroniques. Ainsi, la règle de l'original a été interprétée d'une manière souple de sorte qu'un document électronique pourra être produit à condition que son auteur soit identifié et que son authenticité soit démontrée. Dès lors, « *lorsqu'un document généré par un ordinateur est fourni comme preuve, on suppose que cet ordinateur fonctionne correctement* »³⁵⁴. L'authenticité et la fiabilité du document sont alors présumées dans les documents électroniques.

³⁵³ - F. Dupuis-Toubol, « Commerce électronique, comment en apporter la preuve ? », *RDAl*, 1998, n°3, p.331.

³⁵⁴ - K. Glezakou, « La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais », *Revue Lamy, Droit de l'immatériel*, août-septembre 2009, supplément au n° 52, p. 30.

§2 – Le contenu de l’acte électronique

249. Pour qu’il y ait une transaction électronique, il faut qu’un acte soit passé au préalable par voie électronique. Cet acte électronique est composé, d’une part, de l’écrit qui contient les stipulations en vertu desquelles les parties ont voulu s’engager et, d’autre part, de la signature qui confirme que les volontés de toutes les parties contractantes sont bien manifestées. Ainsi, nous évoquerons d’abord la notion de l’écrit électronique (A) pour ensuite traiter de la notion de la signature électronique qui constitue la seconde composante de l’acte électronique (B).

A – La notion de l’écrit électronique

250. Comme tout écrit, l’écrit électronique constitue une manière de conservation de ce qu’une ou plusieurs volontés ont tendance à s’engager. Mais à la différence des écrits traditionnels, l’écrit électronique se singularise par plusieurs caractéristiques (2). Ce qui rend nécessaire une étude préalable de la nature de cet écrit (1).

1) La nature de l’écrit électronique

251. Donner une notion à la preuve électronique ne suffit pas en elle-même pour envisager une idée complète de ce que cette preuve contient. Il faut aussi identifier ce qu’est un écrit électronique. En général, un document est un papier sur lequel se trouvent des écritures contenant soit des obligations contractuelles, soit des informations qui intéressent certaines personnes ou bien des écritures générales destinées à un grand nombre de personnes comme par exemple un article scientifique ou médical. Mais ce qui nous intéresse pour notre étude est sans doute les documents contenant des stipulations contractuelles c'est-à-dire les contrats qui constituent des documents pouvant constituer une preuve écrite et par suite présentés comme tel dans une instance.

252. Mais si un document traditionnel est un écrit sur papier, un document électronique ne sera autre chose qu’un fichier créé par voie électronique contenant, comme le document papier, des diverses informations qu’elles soient scientifiques, juridiques ou contractuelles. Par suite, un document électronique est, pour ce qui intéresse notre étude, le document constitué principalement pour engendrer des effets juridiques à la charge des personnes qui ont élaboré ce document. On parle alors des contrats formés électroniquement ayant subi, pour leur formation, l’accord de plusieurs volontés qui se sont rencontrées d’une manière

électronique par le biais d'un réseau qui les a lié bien qu'elles se trouvent chacune dans un endroit différent de celui de l'autre volonté.

Il en résulte que le document électronique a collaboré à la naissance de la nouvelle définition de la preuve écrite qui, à partir de laquelle, la preuve électronique est construite. Ainsi, la preuve écrite résulte, comme l'énonce l'article 1316 du code civil, *d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs supports et leurs modalités de transmission*. Le document électronique sert alors comme preuve littérale tout comme le document papier mais, à la différence de ce dernier, il est spécifié par la nouvelle technologie utilisée lors de son élaboration qui consiste à construire cet écrit sur support électronique.

253. Cependant, la notion de la preuve écrite électronique reste incomplète si le support sur lequel cette preuve est construite n'est pas identifié. En fait, l'efficacité de la preuve préconstituée en générale repose sur cet élément que l'on appelle support. C'est par le support que l'écrit électronique est séparé de l'écrit sur papier. C'est donc la matière du support et des signes utilisés qu'une différence importante se trouve entre les deux écrits. En effet, le support fixe les signes et les classe dans un état déterminé et permet ensuite à la preuve écrite d'être préconstituée.

254. En revanche, les écrits électroniques, spécialement les contrats du commerce électronique, présentent une certaine singularité par rapport aux écrits ordinaires sur papier. Ainsi, les contrats du commerce électronique sont en premier lieu originaux en raison de leurs modalités de conclusion qui se fera par réseau afin de réaliser des échanges électroniques et conclure des transactions commerciales par voie électronique. En second lieu, les contrats électroniques sont des contrats nécessairement conclus à distance entre des personnes qui ne se trouvent pas dans un même endroit lors de l'échange de leurs consentements³⁵⁵. Il peut donc être tout à fait suffisant de donner le consentement par impulsion électronique après avoir ainsi négocié les détails du contrat par voie électronique. Dans ce cas, un courrier électronique peut paraître suffisant pour conclure le contrat puisque toutes les conditions du contrat se trouvent sur l'écran du destinataire (soit sur un document sur son ordinateur soit sur une page d'un site qu'il doit ouvrir). C'est par le comportement de l'utilisateur de l'internet

³⁵⁵ - Cependant, les contrats formés à distance c'est-à-dire lorsque les deux parties ne sont pas en présence l'une de l'autre ne sont pas nouveau dans le commerce électronique puisque ce commerce connaît aussi le contrat par correspondance.

qui accède aux pages du commerçant sur son site que le contrat électronique est un contrat conclu à distance.

De ce qui précède, il résulte que le contrat du commerce électronique est ainsi dématérialisé grâce, premièrement, à la nouvelle modalité utilisée pour former ce contrat et, deuxièmement, à la rapidité de circulation de ce document électronique qui se conclut comme si les parties étaient en présence l'une de l'autre. Ainsi, comme le contrat électronique est un contrat conclu à distance, la réglementation relative à ce type de contrat doit donc être appliquée³⁵⁶.

2) Les caractéristiques essentielles de l'écrit électronique

255. Comme on l'a dit, la loi de 13 mars 2000 a fait une équivalence entre l'écrit sur papier et l'écrit électronique de sorte que ce dernier puisse aussi être présenté comme preuve écrite en justice. Mais pour être équivalent à un écrit sur papier, l'écrit sur support électronique doit joindre certaines caractéristiques : d'une part, il doit identifier la personne de laquelle émane l'écrit et, d'autre part, il doit être conservé dans un état afin de garantir son intégrité. En d'autres termes, l'écrit électronique doit être assorti de certaines caractéristiques qui se trouvent normalement dans un écrit sur support papier, dont il peut être simple de déterminer son origine, mais qui doivent être vérifiées dans un écrit de forme électronique.

Ces deux exigences sont énoncées dans l'article 1316-1 du code civil qui énonce qu'il faut *être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*. Il faut donc imputer avec certitude l'acte à une personne clairement identifiée et il faut conserver l'acte d'une manière garantissant son intégrité. A noter toutefois que ces deux exigences s'appliquent à tous les documents de nature électronique de sorte qu'une fois créé, l'acte devra avoir un signataire et être conservé de toute modification.

256. En ce qui concerne la première caractéristique c'est-à-dire l'identification de la personne dont le document électronique émane, il faut énoncer d'emblée que le document électronique n'émane pas seulement d'une personne qui s'engage mais parfois il émane aussi d'une machine ou d'un appareil à savoir l'imprimante. Quoi qu'il en soit, l'identification signifie que le document électronique doit simplement être signé de sorte que la signature électronique (ou numérique) identifie efficacement les parties contractantes et laisse savoir quelle a été

³⁵⁶ - Les dispositions de la vente à distance c'est-à-dire l'article 121-16 et s. du code de consommation s'appliquent alors sans aucun doute sur le commerce électronique.

l'origine de la signature. L'écrit sous forme électronique sera donc signé par les parties au contrat dans le cas d'un acte sous seing privé et par un notaire dans le cas d'un acte authentique. Ce n'est donc que la signature énoncée dans l'article 1316-4 du code civil qui dispose que *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte.* Cette signature garantit donc que le texte émane bien d'une personne identifiée qui ne puisse être que la partie qui a voulu être engagée par les stipulations du contrat. Il en résulte que l'écrit doit provenir de celui à qui on l'oppose qui n'est que l'auteur de cette œuvre. Ce qui garantit par suite l'origine de l'écrit et prouve le consentement du signataire à l'acte.

257. En ce qui concerne la seconde caractéristique de l'article 1316-1 du code civil, l'écrit électronique doit être conservé dans des conditions aptes à garantir l'intégrité. En d'autres termes, comme le support sur lequel l'écrit élaboré est électronique, ce support ne doit jamais subir de modifications ni de manipulations et en plus il ne doit pas être altéré. Il doit donc être bien archivé et conservé parce qu'il est constitué par des informations qui peuvent être perdues ou modifiées lors de leur transmission ou si la durée de leur conservation était longue et cela à l'encontre des écrits sur papier qui ne sont pas simplement altérés ou modifiés³⁵⁷. A partir de là, il faut donc trouver des moyens efficaces qui garantissent l'intégrité de l'écrit électronique.

258. En revanche, en plus de l'identification de la personne de laquelle l'écrit émane et de la conservation de toute altération, l'écrit électronique doit, pour qu'il soit valide, réunir certaines conditions. En effet, pour conclure un contrat, qu'il soit établi sur support papier ou sur support électronique, l'article 1108 du code civil français (et d'ailleurs toutes les législations contiennent des dispositions semblables) impose quelques conditions de validité : en premier le consentement des parties contractantes, en second la capacité de celles-ci et, en troisième, la cause du contrat et enfin l'objet de celui-ci. Cependant, si le consentement, la cause et l'objet ne provoquent pas de difficulté, le problème qui peut se poser est celui de la capacité des parties puisque le contrat est conclu à distance. Il sera alors difficile de déterminer à distance si les contractants sont tous capables de contracter.

En fait, un contractant « Online » peut être mineur au sens juridique des termes et par suite incapable de passer des contrats sans que l'autre partie ne sache l'état de son cocontractant.

³⁵⁷ - Voir infra, L'archivage des documents électroniques, n°299 et s.

La question de la capacité juridique est donc si importante que souvent des mineurs accèdent aux différents sites et passent des contrats bien qu'ils n'en aient pas le droit.

La solution qui paraît logique, malgré son insuffisance parce que le contractant peut mentir, réside dans l'identification du cocontractant c'est-à-dire que le commerçant ayant un site internet doit obliger l'autre partie à remplir un formulaire sur lequel il met la date de sa naissance afin de savoir s'il est mineur ou non pour ensuite procéder à la seconde étape dans laquelle le contrat sera conclu³⁵⁸.

Une autre solution peut aussi être envisageable ; c'est celle de la signature électronique sécurisée c'est-à-dire recourir à des tiers certificateurs qui vérifient au préalable l'état des personnes contractantes. Cependant, cette dernière solution ne peut pas être appliquée toujours de fait que souvent l'autre contractant est situé dans sa maison et personne ne peut attester de sa capacité.

³⁵⁸ - On se demande à propos de la responsabilité des tuteurs qui ont permis aux mineurs d'accéder à l'internet et passer des contrats.

B – La notion de la signature électronique

259. Pour qu'un acte électronique soit valable, il ne suffit pas d'être écrit, mais il est nécessaire qu'il soit signé afin d'engendrer tous les effets juridiques. Il sera donc utile de définir la signature électronique (1) avant de traiter du rôle de cette signature (2).

1) La définition de la signature électronique

260. Comme pour la définition de la preuve littérale, il n'existait pas de définition de la signature de fait que le législateur n'a pas trouvé nécessaire de lui donner une définition bien que la notion de la signature soit utilisée dans de nombreux domaines de sorte qu'à chaque fois certaines précisions apparaissent concernant la matière dans laquelle elle devra être utilisée³⁵⁹.

Cependant, malgré cette lacune, nombreux sont les auteurs qui ont essayé de limiter le concept de signature afin de faire dégager une définition unifiée applicable. Ainsi, tandis que Ferrière l'a défini comme étant « *la souscription ou l'apposition de son nom au bas d'un acte mise de sa propre main* »³⁶⁰, pour les Frères Dalloz il s'agit « *du seing, du nom d'une personne écrit de sa main à la fin d'une lettre d'un acte, pour le certifier, le confirmer ou le rendre valable* »³⁶¹. Mais pour Plas, la signature était « *l'expression de la volonté du signataire : en l'apposant, celui-ci affirme sa présence et manifeste sa volonté* »³⁶². D'après tous ces auteurs, il s'ensuit que la signature résulte d'un signe personnel apposé sur une feuille de papier par laquelle une personne manifeste son consentement.

261. Cependant, avec l'apparition des nouvelles technologies et avec le grand progrès qu'a subi le monde de télécommunication, il a été nécessaire de moderniser la définition de la signature. Ainsi, l'une des définitions nouvelles qui ont été données à la signature est celle de l'ISO dans la norme ISO 7498-2 de 1989 selon laquelle « *la signature est une donnée ajoutée à une unité de données, ou transformation cryptographique d'une unité de données, permettant à un destinataire de prouver la source et l'intégrité de l'unité de donnée et protégeant contre la contrefaçon (par le destinataire par exemple)* ».

³⁵⁹ - I. Dauriac, *La signature*, Thèse Paris II, 1997, n°10.

³⁶⁰ - Ferrière, dictionnaire de droit et de pratique, p. 760, cité par D. Lamèthe, *La signature dans les actes sous seing privé*, Thèse Paris II 1975, p.8.

³⁶¹ - M. D. Dalloz et A. Dalloz, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, T. 40, Paris, Bureau de la jurisprudence générale 1895, p.343.

³⁶² - A. Plas, *La signature, condition de forme et manifestation de volonté*, Thèse Poitiers, 1935.

De même, la directive européenne adoptée le 13 décembre 1999 concernant un cadre communautaire pour les signatures électroniques et publiée dans le Journal officiel de la communauté européenne a défini dans son article 2 la signature en énonçant qu'elle forme *une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification*. Mais, les termes utilisés dans cette définition paraissent vagues de sorte qu'ils ne précisent pas le rôle de la signature et de qui elle émane. Pour qu'il en soit ainsi, il faut donc se diriger vers une signature électronique dite « avancée » qui, selon l'alinéa 2 de l'article 2 de la directive précitée, constitue une signature *qui satisfait aux exigences suivantes : être liée uniquement au signataire ; permettre d'identifier le signataire ; être créée par des moyens pour que le signataire puisse garder son contrôle exclusif ; et être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable*. Ainsi, l'identité du signataire sera alors connue et l'intégrité du texte sera assurée.

A cet effet, la législation française a transporté cette directive par la loi de 13 mars 2000 qui a inséré dans le code civil les principes communautaires au plus haut niveau. Ainsi, l'article 1316-4 relatif à la signature a modifié la définition de la signature de la même manière de l'article 1316 qui a modifié la notion d'écrit. L'article 1316-4 du code civil précise alors que *la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte*.

La signature peut donc être manuscrite sur papier comme elle peut être électronique c'est-à-dire *résulter de tout procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache* et cela toujours selon le même article 1316-4 du code civil. La signature électronique est ainsi consacrée et le législateur a eu l'occasion de lui donner une définition ; ce qui n'était pas réalisé auparavant.

2) Le rôle de la signature électronique

262. L'analyse de l'article 1316-4 nous permet d'énoncer qu'il comporte deux divisions dont la première concerne toute signature et précise ses fonctions tandis que la seconde division détermine les conditions avec lesquelles une signature électronique sera valide. Par conséquent, une signature est formée, qu'elle soit apposée sur support papier ou sur support électronique, de tout signe qui détient d'un double rôle : il permet de reconnaître le signataire et il comporte la volonté de ce signataire. Ainsi, selon l'article 1316-4, une signature permet

d'une part l'identification du signataire et, d'autre part, contribue à la manifestation de la volonté de ce dernier.

Pour ce qui concerne l'identification du signataire, celle-ci constitue l'œuvre de son auteur et à partir de là, elle affirme que c'est lui et personne d'autre qui l'a apposée. La signature n'appartient donc qu'à une personne déterminée et elle constitue un moyen d'identification.

Pour ce qui concerne la manifestation de la volonté du signataire, elle constitue sans doute un acte réalisé par le signataire qui dépose sa volonté. C'est donc une personne physique déterminée à qui revient uniquement d'apposer sa signature et personne ne peut signer à sa place (sauf dans le cas d'un mandat donné à une tierce personne). Ce qui signifie par suite que dès lors qu'une signature est apposée, elle affirme la manifestation du consentement de son auteur aux stipulations qui découlent de l'acte signé. En définitif, la signature est non seulement « *la marque d'une personne qui s'oblige, mais encore elle est le signe visible de son acceptation des obligations contenues dans l'acte* »³⁶³. Elle extériorise alors le consentement des parties contractantes qui reflète la manifestation de leurs intentions de s'engager³⁶⁴.

Ainsi, comme pour l'écrit électronique qui obéit aux mêmes règles qu'un écrit ordinaire passé sur support papier, la signature électronique doit, tout comme la signature sur papier, remplir deux fonctions : identifier une personne et manifester un consentement. Par conséquent, le même principe d'équivalence régit les effets de la signature apposée électroniquement et, par suite, selon l'article 1316-4, la fiabilité de la signature électronique est présumée lorsqu'elle remplit les conditions exigées par la loi. Dès lors, pour bénéficier de l'équivalence, la signature électronique doit permettre d'identifier son auteur qui a accordé sa volonté pour apposer sa signature. Ainsi, les effets de cette signature sont identiques aux effets d'une signature faite d'une manière manuscrite qui peut toujours être contestée par la personne à qui on l'oppose.

263. Sur le plan concret, l'apposition de la signature par une personne se concrétise généralement par son nom qui signifie l'expression de son consentement aux stipulations qui sont contenues dans l'acte. Cette méthode est traditionnellement appliquée en majorité dans les pays de tradition romaniste qui ont recours à la notion de la signature comme condition de

³⁶³ - Th. Piette-Coudal, *La signature électronique*, Litec, 2001, p.8.

³⁶⁴ - D. Majdanski, *La signature et les mentions manuscrites dans les contrats*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2000, p. 45.

tout acte. C'est ainsi, le cas en droit français et belge dans lesquels la signature est exigée à titre de preuve mais également à des fins d'authenticité. En revanche, dans les pays de Common Law, la signature ne joue aucun rôle dans ce système et la preuve des écrits peut être apportée par tous les moyens de preuve³⁶⁵.

³⁶⁵ - A condition que le moyen de preuve produit soit recevable par le tribunal.

Deuxième section – La conclusion des contrats dans le commerce électronique

264. Comme il a été déjà dit, le commerce électronique est basé généralement sur un écrit conclu entre les parties sur un support électronique. C'est par la forme extérieure c'est-à-dire par le support sur lequel l'acte est dressé que les écrits sur papier se diffèrent des écrits électroniques. Mais, hormis le support, la passation d'un acte par voie électronique ne se distingue pas essentiellement de celle d'un acte élaboré sur le support traditionnel (papier). Cependant, malgré le rapprochement entre les deux écrits, l'acte électronique conserve une spécificité qui lui est propre et qui concerne la manière de son établissement. A cet égard, tout en respectant la spécificité des actes électroniques, lorsque les parties désirent conclure un acte électronique, elles peuvent établir leur acte selon la manière qu'elles souhaitent. Elles ont à cet effet la liberté de choisir entre les divers actes qui peuvent être conclus par voie électronique.

Ainsi, la conclusion des contrats dans le commerce électronique nécessite de traiter, dans un premier paragraphe, de la spécificité des contrats du commerce électronique lors leur conclusion (§1) pour ensuite évoquer, dans un second paragraphe, la diversité des actes pouvant être conclus dans le commerce électronique (§2).

§1 – La spécificité des contrats du commerce électronique

265. Lorsque deux ou plusieurs personnes s'accordent pour réaliser une opération commerciale, cela ne signifie pas nécessairement que leur rapport est fondé sur un contrat. Mais, pour que ce dernier soit conclu, chaque partie doit accomplir une mission qui constitue le préalable du contrat. A cet effet, la spécificité des contrats du commerce électronique se concrétise par la présence de certaines modalités qui s'imposent aux contractants (A) afin que leur contrat dressé par voie électronique soit conclu d'une manière règlementée (B).

A – Les modalités de conclusion des contrats du commerce électronique

266. D'une manière générale, la conclusion de n'importe quel contrat, y compris un contrat électronique, suppose la rencontre de plusieurs volontés (1). Mais cette rencontre ne suffit pas en elle-même. Il est donc nécessaire que les signatures des parties soient certifiées (2).

1) La rencontre des volontés dans les contrats du commerce électronique

267. Pour qu'un contrat soit conclu, la première volonté qui doit agir revient à la personne titulaire d'une offre de contrat. C'est donc l'offre qui déclenche le processus de la conclusion du contrat. A l'encontre de l'offre ordinaire, l'offre en ligne présente certains nouveaux aspects quant aux modalités de son expression. L'offre en ligne se fait en effet à partir d'un système informatique c'est-à-dire d'une manière dématérialisée. En plus, elle a une image mondiale qui ne se limite pas à un endroit précis.

268. Cependant, hormis sa forme, le contenu de l'offre électronique ne se diffère pas de celui de l'offre du commerce classique faite en dehors d'un réseau informatique. Concrètement, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004³⁶⁶ apporte certaines innovations par rapport à l'offre du contrat ordinaire. Ainsi, cette loi oblige le prestataire de diffuser certaines informations qui sont d'une part générales et, d'autre part, complémentaires précisant les modalités de conclusion de l'opération et, d'une troisième part, ayant vocation à éclairer davantage le client qui a pris une décision définitive d'accepter l'offre proposée.

En ce qui concerne les informations générales, elles concernent sans doute, selon l'article 19 de la loi, la personne qui a proposé l'offre. Ces informations doivent être fournies indépendamment de l'offre pour permettre aux clients d'identifier le prestataire pour pouvoir

³⁶⁶ - Nous tentons de limiter l'étude de l'offre à ce que la loi du 21 juin 2004 contient et non à la directive de 8 juin 2000.

par exemple le contacter tout en affichant son nom et prénom, son adresse ainsi que le numéro de téléphone etc. De même et toujours selon l'article 19 de la loi n° 2004-575, tout opérateur du commerce électronique doit afficher les prix de ses produits et cela même en l'absence de tout offre de contrat.

Pour les informations complémentaires, elles concernent les conditions contractuelles proposées par l'émetteur de l'offre. De ce fait, l'article 1369-4 du code civil inséré suite à l'adoption de la loi du 21 juin 2004 dispose que *quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de bien ou prestation de service, met à dispositions les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction.*³⁶⁷

269. En revanche, la formation de tout contrat nécessite une acceptation qui est considérée le complémentaire de l'offre qui, dès le moment où l'offre et l'acceptation se rencontrent, il y aura donc une naissance d'un contrat.

Après avoir connu tout ce qu'il faut, le destinataire de l'offre se situe entre deux choix : soit il accepte l'offre soit il ne l'accepte pas. Dans le cas positif, c'est-à-dire si le client désire accepter l'offre, il possède à cet effet deux méthodes d'acceptation : la première méthode consiste à envoyer un courrier électronique à l'offrant contenant sa volonté. Celle-ci est alors extériorisée à l'aide d'un message électronique envoyé via un logiciel pour enfin prendre la forme d'une réponse qui constitue un écrit mais cette fois un écrit électronique portant la signature de celui qui l'a transmis. La seconde méthode d'acceptation en ligne est conçue sous le nom de cliquage. Cette méthode est généralement la plus utilisée pour réaliser les opérations du commerce électronique. Ainsi, après avoir pris la décision d'accepter l'offre proposée et après avoir choisi les produits ou les services qu'il désire acheter, le destinataire de l'offre vérifie pour la dernière fois le détail de sa commande avec le prix total pour ensuite, selon l'article 1369-5 du code civil, confirmer son acceptation. L'opération de la vérification et de la confirmation réalisée par le destinataire de l'offre est désignée par « le double clic » qui commence par un clic à l'aide de la souris pour vérifier la commande et se termine par un second clic pour confirmer la commande.

Ainsi, après avoir accepté l'offre, le contrat proposé par voie électronique est conclu quand le destinataire de l'offre ayant passé une commande dont le professionnel a accusé réception

³⁶⁷ - Pour ce qui concerne le troisième genre des informations, elles présentent certains points communs avec l'acceptation en ligne. On les traite alors lors du traitement de celle-ci.

confirme son acceptation des conditions de l'offre. De ce fait, suite à la rencontre de l'offre et de l'acceptation, un contrat est né énonçant la rencontre de deux volontés désirant s'engager dans un contrat qui dès lors pourra produire tous ses effets juridiques.

2) La certification des contrats du commerce électronique

270. En général, lorsqu'un contrat est conclu, il est tout à fait normal qu'on rencontre les signatures des parties contractantes. A cet effet, afin que les signatures apposées sur les contrats conclus par voie électronique soient assorties d'une pleine force, elles doivent être certifiées. La certification des signatures électroniques est basée essentiellement sur la technique connue sous le nom de « cryptographie à double clés ». La cryptographie est une méthode de transmission et d'échange de données appelée généralement « chiffrement ». La cryptographie à double clés consiste donc pour un signataire de disposer, via un logiciel de messagerie électronique installé sur son ordinateur, de deux clés : une clé dite privée qui lui appartient seul et une clé publique délivrée au destinataire du message. A cet effet, chaque clé privée correspond à une seule clé publique et à chaque clé publique correspond une seule clé privée. Ainsi, il est vrai aussi de donner à cette méthode le nom de « cryptographie asymétrique » parce qu'elle repose sur la création de « bi-clés » qui sont constituées par des chiffres (des codes) qui permettent d'accéder au message transmis après avoir été envoyé par l'expéditeur et chiffré à l'aide de la clé privée qui lui est propre, créant ainsi une signature électronique.

271. En pratique, lorsqu'une partie souhaite envoyer un message électronique signé à son cocontractant (contenant par exemple une offre), les données sont chiffrées avec sa clé privée qui lui appartient. A son tour, le destinataire du message peut vérifier si la signature revient à l'expéditeur en la déchiffrant à l'aide de la clé publique qu'il possède. Si, après le déchiffrement, et suite à une comparaison, les données sont identiques, le destinataire affirme alors que la signature est réellement apposée par l'expéditeur qui possède la clé privée. Il en résulte que cette vérification ne pourra être faite qu'à l'aide de la clé publique qui correspond à la seule clé privée qui, grâce à cette dernière, le message est envoyé et par suite l'authenticité de la signature sera dès lors fixée. Une conséquence est donc déduite : c'est que le document envoyé ne pourra être consulté par une partie indépendamment de l'autre et cela grâce à la présence des deux clés dont l'une ne peut fonctionner sans l'autre. Ce qui garantit par suite l'intégrité du message envoyé.

272. Cependant, lorsque la clé publique constituée de chiffres est directement communiquée au destinataire du message par l'expéditeur, la confiance de celui-ci ne pourra être complète. A cet effet, les opérateurs qui agissent dans le monde du commerce électronique préfèrent qu'intervienne une tierce personne appelée prestataire de service de certification pour assurer la délivrance d'un certificat comprenant les deux clés et pour vérifier l'identité de chacun des deux contractants ainsi que la signature électronique que contient chaque clé³⁶⁸. De ce fait, la signature électronique sera sécurisée parce qu'elle est contrôlée par une autorité compétente qui ne permet pas son utilisation avant de vérifier qu'elle ne revienne à la personne qui a le droit de l'apposer et, à cet effet, les auteurs du message seront alors vérifiés ; ce qui répond à l'exigence de l'article 1316-1 du code civil qui dispose que l'auteur de la signature doit être identifié et, par suite, la fiabilité de cette signature sera alors présumée comme l'article 1316-4 dispose.

273. Mais, si le certificat doit contenir certaines mentions avec lesquelles le signataire sera identifié et la signature sera présumée fiable, le prestataire de service de certification doit à son tour satisfaire à certaines exigences. Il doit, selon l'article 6 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 : *faire preuve de la fiabilité des services de certification électronique qu'il fournit ; assurer le fonctionnement, au profit des personnes auxquelles le certificat est délivré, d'un service annuaire recensant les certificats électroniques des personnes qui en, font la demande [...] ; utiliser des systèmes de conservation de certificats électroniques garantissant que l'introduction et la modification des données sont réservées aux seules personnes autorisées à cet effet par le prestataire ; l'accès au public à un certificat électronique ne peut avoir lieu sans le consentement préalable du titulaire du certificat [...] ; vérifier l'identité de la personne à laquelle un certificat est délivré et vérifier la qualité dont cette personne se prévaut [...]*. Par conséquent, obtenir un certificat électronique, c'est remplir trois fonctions : tout d'abord l'intégrité du message est vérifiée, ensuite son authenticité est assurée et, enfin, l'auteur de la signature ne peut nier l'avoir fait.

³⁶⁸ - Un certificat est un document sous forme électronique attestant le lien entre les données de vérification de la signature électronique et son signataire (article 1^{er} alinéa 9 du décret n°2001-272 du 30 mars 2001 pour l'application de l'article 1316-4 du code civil relatif à la signature électronique).

B – La réglementation des contrats conclus par voie électronique

274. A l'instar des contrats conclus sur support papier, les contrats électroniques doivent aussi être soumis à une loi qui régit leurs différents aspects en particulier lorsqu'un conflit aura lieu (1). Dans ce dernier cas, il sera nécessaire d'évoquer le rapport entre l'arbitrage et le commerce électronique (2).

1) La loi applicable aux contrats du commerce électronique

275. Comme on l'a dit, les opérations du commerce électronique se réalisent entre des personnes qui ne se trouvent pas dans un même conseil ; ce qui octroie à ce type de convention une importance très particulière surtout que les contractants n'appartiennent pas à une seule origine ni à une même tradition juridique.

276. Auparavant, aucune convention, si ce n'est pas multilatérale, du moins bilatérale ne régissait les diverses transactions réalisées dans le monde du commerce électronique. Sans doute, cette lacune législative avait constitué un obstacle devant la croissance du commerce électronique de fait qu'il est tout à fait normal que les opérateurs voulant accomplir des transactions électroniques paraissent inquiets parce que leurs opérations ne se font pas dans un cadre législatif.

Cependant, il faut attendre jusqu'à 8 juin 2000 date à laquelle une directive européenne apparaît pour régler les différents aspects du commerce électronique. Cette directive a été transposée dans le droit français par la loi n°2004-575 du 21 juin pour « la confiance dans l'économie numérique ». Dans son article 14, cette loi a apporté une définition du commerce électronique, une définition selon laquelle *le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services*. Mais le plus important, c'est l'article 17 de la loi qui dispose que *l'activité définie à l'article 14 est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinées les biens ou services*.

A la lecture de ce dernier article (article 17), on remarque immédiatement que son contenu est déjà vu. C'est dans l'article 3 de la convention de Rome que la primauté de la loi d'autonomie est consacrée et, en cas de silence des parties, l'article 4-1 de la même convention donne compétence à la loi du pays qui a les liens les plus étroits avec le contrat qui est, selon l'article 4-2 de cette convention, présumé être le pays où est établi le débiteur de la prestation

caractéristique. Ces dernières dispositions ressemblent aussi aux règles issues des deux conventions de La Haye c'est-à-dire celle du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels³⁶⁹ et celle du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation³⁷⁰. A l'instar de la directive européenne mentionnée et de la convention de Rome, les deux conventions de La Haye adoptent le principe d'autonomie de la volonté des parties quant à la loi applicable dans les contrats à caractère international.

Par conséquent, le rôle de la volonté des parties dans le choix de la loi applicable au contrat est consacré et admis par l'ensemble des systèmes de droit international et par les différentes conventions qui regroupent des pays issus de tous les systèmes juridiques. Ainsi, dans la plupart des cas, la liberté est illimitée avec cependant la prohibition de déroger à l'ordre public des dispositions de la loi choisie. Les parties peuvent alors choisir une loi comme bon leur semble même si celle-ci ne présente aucun lien étroit avec le contrat conclu. A noter toutefois que devant les tribunaux arbitraux surtout internationaux, les conventions internationales ne possèdent aucun caractère obligatoire. A cet effet, les arbitres ne sont jamais liés par leurs dispositions. Cependant, rien n'empêche les arbitres de s'inspirer des règles qui leur paraissent appropriées pour les appliquer dans l'instance. Mais pratiquement, les tribunaux arbitraux tendent à appliquer des solutions connues et proches de celles des tribunaux étatiques.

277. En revanche, le problème qui peut être posé et qui paraît délicat dans les contrats du commerce électronique est celui du choix exercé par les parties de la loi de fait qu'il faille toujours s'assurer si cette loi a fait l'accord commun des parties contractantes.

En fait, lorsque le choix est contenu dans des échanges de communication, cela n'est pas discutable même si l'échange était par voie électronique. Mais, ce qui porte des doutes c'est le cas dans lequel le choix est implicite. A cet effet, plusieurs indices doivent être retenus pour déterminer la loi applicable telle que la langue choisie pour la rédaction de l'acte³⁷¹ ou la monnaie choisie pour régler le paiement ou pour réaliser un transfert de fond pour payer le prix.

³⁶⁹ - Entrée en vigueur en France depuis le 1^{er} septembre 1964.

³⁷⁰ - Entrée en vigueur en France le 1^{er} mai 1992.

³⁷¹ - Souvent les contrats du commerce électronique sont rédigés en anglais avec une traduction vers la langue des parties.

Cependant, les parties doivent toutefois prendre en compte certains principes généraux qui doivent être appliqués quelque soit la loi choisie pour régir le contrat. Parmi ces principes se trouve l'ordre public tant interne du pays de la loi choisie qu'international au niveau des relations du droit international privé. De même, il ne faut pas négliger l'application des lois de police du for et les lois de police étrangères « *qui offrent une garantie pour faire échec aux tentatives de fraude à la loi de la part des parties lors de la désignation de la loi d'autonomie* »³⁷².

278. Cependant, lorsque les parties ne profitent pas du principe qui leur donne le droit de choisir elles-mêmes une loi, il faudra donc combler ce manque dans le choix de la loi par les parties. A cet effet, la plupart des textes, qu'ils soient dans la directive européenne du 8 juin 2000 ou dans la convention de Rome de 19 juin 1980 ou dans les conventions de La Haye, donnent des solutions fondées sur un principe général commun à tous les contrats : c'est la loi qui a les liens les plus étroits avec le contrat conclu. Ce principe contient, d'une manière sous entendue, une présomption selon laquelle *le contrat possède des liens étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, une association ou une personne morale, son administration centrale*³⁷³. Aussi, l'article 17 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique contient le même principe qui énonce que *l'activité définie à l'article 14 (le domaine d'application du commerce électronique) est soumise à la loi de l'Etat membre sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie, sous réserve de la commune intention de cette personne et de celle à qui sont destinés les biens ou services*³⁷⁴. Ainsi, les contrats du commerce électronique connaissent une base légale sur laquelle les parties peuvent établir leurs transactions électroniques puisque, dès lors, leurs contrats seront régis par une loi soit de leur choix ou, en l'absence de ce choix, par la loi désignée par la présomption se trouvant dans les conventions de Rome et de La Haye et dans la directive de 8 juin 2000.

2) La relation entre l'arbitrage et le commerce électronique

279. A l'issue de la rencontre des volontés de toutes les parties contractantes et lorsque le contrat électronique est conclu, celui-ci doit être exécuté. A cet effet, les contrats du

³⁷² - F. Mas, op.cit., p.61.

³⁷³ - Article 4 paragraphe 2 de la convention de Rome.

³⁷⁴ - De même, l'article 3 de la convention de La Haye désigne comme compétente la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande ou celle du pays de celui de ses établissements qui a reçu, le cas échéant, la commande.

commerce électronique ne sont pas exonérés de connaître des différends et des conflits entre les opérateurs qui agissent dans cet espace virtuel et provenant chacun d'un pays et d'une tradition juridique. Mais, bien que les législations aient adopté des lois qui ont suivi le progrès, les juridictions sont restées en quelque sorte loin de la croissance du commerce international dont son premier pilier est la rapidité et l'enchevêtrement des rapports qui naissent entre les parties.

En effet, les différends qui peuvent naître du commerce électronique ne peuvent pas être cités d'une manière limitative mais ils concernent essentiellement la livraison électronique des informations numériques, les transferts des fonds, les activités boursières électroniques, les ventes et achats en ligne, etc. Ainsi, une nécessité apparaît pour rechercher des modes et des modalités capables à trancher les différends provenant du commerce électronique. Parmi ces modes, on retrouve les négociations, les médiations et l'arbitrage.

280. Traditionnellement, les différends entre les opérateurs du commerce international sont résolus par arbitrage³⁷⁵. Le recours à l'arbitrage est expliqué d'une part par la simplicité des procédures et, d'autre part, par la rapidité dans la résolution des litiges. Ainsi, le but essentiel de l'arbitrage est « *d'aider au développement des échanges internationaux et que le perfectionnement de sa technique et de ses moyens tend vers cet objectif* »³⁷⁶. De ce fait, les parties qui ont conclu des contrats dématérialisés ont un grand intérêt à recourir à l'arbitrage pour désigner comme arbitres des spécialistes et des experts du commerce électronique afin de trancher leur litige issu de leurs transactions. L'arbitrage paraît donc un moyen efficace de règlement des différends du commerce électronique.

281. Cependant, plusieurs problèmes peuvent se poser concernant l'arbitrage et le commerce électronique. L'un de ces problèmes est celui de la clause compromissoire qui devra être écrite afin d'engendrer des effets. Cette exigence est édictée par la convention de New York de 1958 et par la plupart des lois qui exigent l'écriture pour la validité de la clause compromissoire. Dès lors, on peut se poser la question de savoir si la clause compromissoire constitue une clause parmi les clauses que les parties ont stipulées dans leur contrat que celui-ci soit sur support papier ou sur support électronique. Comme on l'a dit, avec le progrès qu'a subi le commerce international, les contrats peuvent dorénavant être passés par voie

³⁷⁵ - S. Kallel, op. cit., p.16.

³⁷⁶ - B. Moreau, « Intérêt de l'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle, Henri Dubois, Paris 26 janvier 1994, Librairie Technique, 1994, p. 7.

électronique et ils possèdent la même valeur qu'un contrat sur papier. Par conséquent, une clause compromissoire stipulée au sein d'un contrat conclu électroniquement doit être valable tant que ce dernier est considéré à son tour valable.

§2 – La diversité des actes conclus dans le commerce électronique

282. A l'instant où les parties désirent conclure leur contrat électronique, elles possèdent le choix entre différentes manières de conclusion. Ainsi, elles peuvent dresser un acte assorti d'une pleine authenticité parce qu'il émane d'une autorité habilitée à le dresser. De même, elles ont la possibilité de conclure elles-mêmes leur contrat sans avoir besoin de se diriger vers aucune autorité. De ce fait, les contrats du commerce électronique ne se diffèrent pas de ceux conclus selon les manières traditionnelles. Les contrats du commerce électronique peuvent donc être des actes authentiques (A) comme ils peuvent être des actes sous seing privé (B).

A – Les actes authentiques électroniques

283. L'acte authentique constitue l'un des actes qui possèdent une pleine force probante. Cette dernière s'étend sans doute à l'acte authentique dressé sur support électronique. Ainsi, avant d'évoquer l'établissement de l'acte authentique électronique (2), il est utile de donner la notion de cet acte conclu par voie électronique (1).

1) La notion d'acte authentique électronique

284. Comme on l'a dit, la loi du 13 mars 2000 a introduit dans le code civil l'acte instrumentaire sous forme électronique et par suite il a été admis que puissent être dématérialisés non seulement les actes sous seing privé mais aussi les actes authentiques. A cet effet, suite à l'admission de l'acte authentique électronique qui se diffère de l'acte authentique ordinaire par son support, on se demande si l'intervention du nouveau support (électronique) nécessite de rechercher une nouvelle notion de l'authenticité de l'acte authentique. En d'autres termes, est ce que l'authenticité de l'acte authentique sur support papier est différente de celle de l'acte authentique sur support électronique ?

285. Depuis la naissance du code de Napoléon en 1804, l'article 1317 du code civil énonce toujours que l'acte authentique est défini comme « *celui qui a été reçu par officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises* ». Ainsi, un acte authentique n'est qu'un écrit qui constate un acte juridique qui contient, en plus des stipulations contractuelles, les identités des parties et leur consentement. De même, sa fonction était toujours de préconstituer avant tout litige la preuve de ce que les parties ont conventionné.

Cependant, avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, un nouveau alinéa est ajouté à l'article 1317 du code civil. Ce nouvel alinéa prévoit la possibilité de dresser un acte authentique sur support électronique dans des conditions fixées par décret au conseil d'Etat. Ainsi, les dispositions initiales de l'article 1317 restent inchangées mais elles sont devenues l'alinéa premier de ce même article et ils admettent toujours la réception de l'acte authentique par les officiers publics avec le respect des solennités requises. Mais ce qui a été changé c'est l'ajout d'un second alinéa à l'article 1317 qui a admis explicitement le principe de conclure un acte authentique par version électronique. Ainsi, l'article 1317 a ouvert la possibilité d'avoir un acte authentique tant sur un support papier que sur un support électronique.

Il en résulte que la notion d'authenticité ne doit pas changer et elle reste donc « *unique et indépendante du support* »³⁷⁷ que celui-ci soit un support papier ou électronique. Il n'existe donc qu'un seul acte authentique qui est celui de l'article 1317 du code civil. De ce fait, la dualité du support, papier ou électronique, n'affecte pas l'unité de la notion d'authenticité³⁷⁸ donnée par un officier qui, selon l'article 1316-4 du code civil, lorsqu'il appose sa signature l'acte sera directement authentique.

2) L'établissement de l'acte authentique électronique

286. Afin d'établir un acte authentique dressé par voie électronique, il est suffisant de s'appuyer sur la signature électronique énoncée dans la loi du 13 mars 2000 et mise en œuvre par le décret du 30 mars 2001 qui affirme que lorsque l'officier public procède à la signature électronique, celle-ci rend authentique l'acte qu'il a dressé et lui donne la même force probante qu'un acte sur support papier. Par conséquent, la loi du 13 mars 2000 n'a pas modifié les modalités de l'établissement des actes authentiques électroniques. A ce propos, tel qu'énoncé dans l'article 1317 pour les actes authentiques traditionnels, trois conditions fondamentales sont exigées pour qu'il y ait un acte authentique électronique : en premier lieu l'acte doit être reçu par un officier public ; en second lieu, l'officier public doit avoir le droit d'instrumenter c'est-à-dire il doit avoir la compétence et la capacité pour dresser des actes authentiques et, en troisième lieu il faut respecter certaines formalités.

³⁷⁷ - L. Jacques, « L'authenticité de l'acte authentique électronique », *Comm. Com. Elect.*, janvier 2003, p.11.

³⁷⁸ - M. Grimaldi et B. Reynis, « L'acte authentique électronique », *Défrenois* 2003 n°17, article 37798, p.1024.

En ce qui concerne la première exigence, l'acte doit être reçu par l'officier (le notaire) lui-même. En effet, la mission du notaire consiste à être un témoin, témoin de l'échange de volontés des parties. Mais à l'encontre des témoins ordinaires, le notaire est un témoin officiel qui est chargé de dresser l'écrit des parties ; il a donc une mission qui lui a été investie par l'Etat. Le notaire constitue donc un spécialiste de la rédaction de l'acte qui devra apporter aux parties les conseils nécessaires avant d'être engagées par les stipulations du contrat. C'est de ce privilège détenu par le notaire que découlent les effets de l'authenticité à savoir la force probante et la force exécutoire de l'acte³⁷⁹.

En ce qui concerne la seconde exigence qui est celle de la compétence et de la capacité du notaire, celui-ci doit agir dans les limites de ses attributions c'est-à-dire il doit instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé. De ce fait, comme pour les actes authentiques sur papier, les critères de compétence ne sont pas modifiés par la nouvelle loi.

De cette exigence découlent deux conséquences : la première conséquence est que l'acte qui est fait par une personne qui n'est pas un officier public ne peut avoir la qualité d'acte authentique. A cet effet, les parties peuvent être assistées d'un professionnel de droit qui témoigne de l'accord de leurs volontés sans que l'acte soit passé chez un notaire. Dans ce cas, faute d'avoir été dressé par un notaire, l'acte conclu n'aura pas les effets relatifs à l'acte authentique. La seconde conséquence est que même si l'acte émane d'un officier public mais qui n'est pas fait sous son contrôle, cet acte ne peut être un acte authentique parce que l'établissement d'un acte authentique suppose une connaissance directe des faits lors de la conclusion du contrat. La présence physique du notaire lors de la passation du contrat, surtout au moment de l'apposition des signatures, constitue donc un élément essentiel de l'authenticité de l'acte authentique.

En ce qui concerne la troisième exigence qui est celle du respect de certaines solennités, ces dernières se résument essentiellement par la signature du notaire qui constitue, comme on l'a dit, un élément substantiel de la formation d'un acte authentique. Ainsi, par sa signature, le notaire atteste, d'une part, de l'exactitude des faits qu'il a constatés et, d'autre part, de la réalité de la rencontre des volontés des parties contractantes. De ce fait, sans la signature du notaire, l'acte ne sera pas qualifié acte authentique et par suite l'*instrumentum* sera nul d'une nullité absolue en tant qu'acte authentique³⁸⁰. La signature du notaire est donc une formalité

³⁷⁹ - J.-D. Mathias, « L'authenticité électronique », *Les petites affiches*, 2 avril 2001, n°65, p. 26.

³⁸⁰ - Cependant, il peut constituer un acte sous seing privé s'il porte les signatures de toutes les parties.

assez importante. Cette importance a été fixée par la loi du 13 mars 2000 insérée dans le code civil surtout avec le nouvel article 1316-4 qui stipule que *quand elle (la signature) est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte*.

287. En revanche, si la présence du notaire durant l'élaboration de l'acte authentique électronique est nécessaire, la présence des parties est également nécessaire. De ce fait, la forme électronique du contrat ne dispense dans aucun cas les parties d'être présentes pour exprimer leurs propres consentements. Elles doivent donc comparaître devant l'officier public pour que celui-ci atteste de leurs volontés de s'engager dans le contrat. A ce stade, on se demande comment cette exigence peut se réaliser lors de l'établissement de l'acte authentique électronique.

Deux hypothèses se dessinent : soit les parties se trouvent toutes chez le même notaire et, dans ce cas, elles peuvent conclure le contrat sur support papier ou sur support électronique ; soit les parties ne sont pas situées dans un même endroit mais elles désirent conclure un contrat par voie électronique. Dans cette dernière hypothèse, chaque partie se rend chez un notaire puisque la présence physique des parties est nécessaire devant le notaire. Ainsi, l'un des deux notaires prépare un projet d'acte et le fait signer par la partie qui est présente chez lui et ensuite il envoie le contrat signé électroniquement à l'autre notaire par voie électronique avec lequel l'autre cocontractant signe aussi le même contrat. A cet effet, lorsque le second notaire reçoit le contrat signé, la rencontre des volontés est alors opérée et le contrat est conclu. C'est donc par un dialogue réalisé entre les deux notaires par le biais d'un réseau intranet sécurisé et un logiciel approprié qui leur permet de transmettre ensemble et simultanément l'acte dont son contenu s'affiche en même temps sur l'ordinateur de chacun d'eux.

Enfin, lorsque chacune des parties appose sa signature électronique en présence de son notaire qui s'assure de son consentement et vérifie son identité, chacun des notaires appose sa signature électronique afin de rendre l'acte conforme aux dispositions de l'article 1316-4 du code civil qui énonce que l'authenticité de l'acte authentique est réalisée lorsque le notaire appose sa signature.

B – Les actes sous seing privé électronique

288. Comme tout acte, la passation d'un acte sous seing privé électronique doit être soumise à des conditions qu'il doit remplir (1). Cependant, à côté des conditions, certaines formalités doivent aussi être respectées lors de la conclusion d'un acte sous seing privé (2).

1) Les conditions de l'acte sous seing privé électronique

289. Avec l'entrée en vigueur de la loi n°230 du 13 mars 2000, l'écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quels que soient leur support et leurs modalités de transmission (article 1316 du code civil). A cet effet, peu importe le support sur lequel l'écrit est établi ; dès lors, il peut être fait sur papier ou électroniquement. Ainsi, comme les actes électroniques peuvent être authentiques, ils peuvent aussi être des actes sous seing privé que ceux-ci soient synallagmatiques portant engagement de toutes les parties ou unilatéraux dans lesquels une seule partie s'engage envers les autres parties contractantes.

290. Si l'établissement d'un acte authentique (électronique) nécessite de remplir certaines conditions telles que la présence du notaire et des parties et les signatures de toutes ces personnes ainsi que le respect de certaines formalités, l'établissement d'un acte sous seing privé nécessite aussi la réunion de certaines conditions. La première de ces conditions réside dans l'existence d'une signature. A cet effet, les règles n'ont pas changé avec la loi 230 du 13 mars 2000 mais cette condition était toujours la seule exigence demandée pour l'établissement d'un acte sous seing privé. Ainsi, lors de l'élaboration d'un acte sous seing privé, une signature électronique apposée doit nécessairement obtenir sa reconnaissance afin d'octroyer une pleine force probante à l'écrit privé pour que celui ci puisse par suite servir d'une preuve préconstituée³⁸¹.

En plus, comme tout acte dressé par voie électronique, l'acte sous seing privé électronique doit, selon l'article 1316-1 du code civil, permettre l'identification de la personne de laquelle il émane et doit être établi dans des conditions qui en garantissent l'intégrité. C'est par la signature que ces deux conditions peuvent être remplies. D'une part, il est bien affirmé que l'acte sous seing privé provient de telle ou telle personne parce qu'il porte sa signature et, d'autre part, l'apposition de cette signature écarte tout genre de manipulation et d'altération de l'acte. Ce qui peut permettre une bonne conservation de l'acte.

³⁸¹ - F. Mas, op. cit., p. 236.

291. En ce qui concerne la date de l'acte sous seing privé électronique, celle-ci présente une mention essentielle de l'écrit et a pour objet de relater l'acte conclu. Il est nécessaire donc que cet acte soit connu non seulement des parties mais aussi des tiers pour ne pas être surpris lors de sa présentation comme mode de preuve écrite. Il s'agit donc de préserver les droits des tiers qui ne peuvent pas être atteints par les stipulations du contrat conclu. La date de l'acte sous seing privé devra alors être certaine tant pour les parties que pour les tiers.

Cependant, si la certification de la date sous seing privé passé sur support papier se réalise selon l'article 1328 du code civil par trois méthodes, qu'en est-il pour la certification de la date des écrits passés électroniquement ? L'article 1328 est-il toujours applicable à ces écrits ? La réponse est improbable.

En réalité, pour que l'écrit informatique s'aligne avec l'écrit sur papier quant à la certitude de la date, il faut alors des garanties minimales. Il est ainsi nécessaire de garantir que la date apposée sur l'acte électronique reste à l'abri de toute manipulation. Cette garantie ne peut être réalisée que par le chiffrement de l'acte c'est-à-dire que seules les parties contractantes peuvent accéder et consulter le contenu de leur acte. Cela se passe sans doute à l'aide d'un système de bi-clé dont l'une est privée et l'autre est publique. A cet effet, l'intervention d'un tiers certificateur paraît le seul moyen avec lequel toute manière de manipulation sera empêchée. Ce tiers certificateur aura pour mission de gérer les clefs et conserver l'acte afin de le laisser loin de toute modification. Par cette méthode, la date de l'acte sous seing privé électronique sera alors certaine tant pour les parties que pour les tiers.

2) Les formalités de l'acte sous seing privé électronique

292. Lors de l'établissement d'un acte sous seing privé, certaines formalités ne doivent pas être négligées afin de lui donner une pleine validité. Il s'agit en effet de respecter la règle du double original et de la mention manuscrite.

293. En ce qui concerne la règle du double, l'article 1325 du code civil énonce dans son premier alinéa que *les actes sous seing privés qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits, en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct*. Ce texte impose donc de créer autant d'originaux qu'il existe de parties à la convention privée afin d'assurer une égalité entre toutes les parties contractantes. De même, il a été admis que le dépôt de l'original signé des parties entre les mains d'un tiers est suffisant pour accomplir l'obligation du double.

Mais, on se demande si l'exigence du double doit être respectée et appliquée dans les contrats sous forme électronique. En fait, lors de l'adoption de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000, les dispositions de l'article 1325 du code civil n'ont pas traité ni de proche ni de loin l'exigence du double dans les actes sous seing privé électroniques. Cependant, cette lacune a été comblée par l'ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique. A cet effet, il a été ajouté à l'article 1325 du code civil un alinéa 5 qui dispose que *l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès*. Ainsi, cette nouvelle disposition a tenu compte de la nouvelle technique utilisée pour élaborer un acte sous seing privé et par suite lorsque les signataires sont identifiés et l'écrit est conservé de toute manipulation l'exigence du double originale est respectée.

Cette dernière disposition est certes justifiée par le fait que lorsqu'un acte est dressé sur support électronique, il constitue toujours un original de sorte qu'il est à tout temps possible de tirer autant de papier qu'il est souhaité. Ainsi, lorsqu'un document est enregistré sur un support informatique tel qu'un disque dur et qui ne peut pas être modifié, il constitue toujours un original dès lors que le support sur lequel il est enregistré est lui-même non modifiable. C'est pour cette raison que l'alinéa 5 de l'article 1325 du code civil prévoit que la règle du double est respectée lorsque l'écrit électronique répond aux exigences des articles 1316-1 et 1316-4 du code civil de sorte qu'il est disponible pour chaque partie qui peut à tout temps y accéder.

294. En ce qui concerne la mention manuscrite par le débiteur, l'article 1326 du code civil impose auparavant une mention écrite de la main du débiteur de la somme ou de la quantité en lettre et en chiffre pour les actes constatant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de livrer un bien fongible. Cependant, on se demande comment le débiteur pourra réaliser cette écriture sur un acte sur support électronique. En fait, le législateur de la loi de 13 mars 2000 a modifié le texte pour exiger une mention écrite non pas « de la main du débiteur » mais « par lui-même ». Dès lors, il est suffisant que le débiteur écrive à l'aide du clavier de son ordinateur les mentions qu'il fallait écrire par sa main comme si le contrat avait été sur papier.

Deuxième chapitre : L'administration de la preuve électronique

295. Après avoir dressé leur contrat par voie électronique, celui-ci sera en mesure d'engendrer tous ses effets et les parties seront obligées d'exécuter tous les engagements qui y sont contenus. Cependant, bien que la finalité principale des contractants se dirige vers une bonne fin de ce qu'ils ont conclu, on retrouve des cas dans lesquels la situation est tout à fait l'inverse. A ce propos, les signataires du contrat électronique se transforment en des plaideurs qui seront unis dans un procès en justice qui est, dans la plupart des cas, un procès arbitral qui a comme objet essentiel la résolution des litiges du commerce international. Ainsi, suite au déclenchement de la procédure arbitrale et afin de soutenir leurs allégations les parties à l'arbitrage doivent présenter toutes les preuves afin de prouver leurs droits et pouvant contribuer à la résolution du litige.

296. Sans aucun doute, parmi les modes de preuve qui pourront être présentés dans l'instance arbitrale se trouve l'écrit que les parties ont passé sur support électronique. Cependant, produire un écrit électronique dans l'arbitrage ne suffit pas pour convaincre directement le tribunal arbitral. A cet effet, pour qu'un écrit électronique constitue une véritable preuve écrite, il faut qu'il soit organisé tant lors de sa constitution qu'après celle-ci (première section).

Ainsi, lorsque l'écrit électronique est présenté comme mode de preuve dans l'instance arbitrale, il sera utile de se demander à propos de la mise en œuvre de la preuve électronique dans l'arbitrage international qui met le point d'une part sur le déroulement de la procédure arbitrale avec la présence de la preuve électronique et, d'autre part, sur la place que la preuve électronique occupe dans l'arbitrage international (deuxième section).

Première section – Les dispositions organisant la preuve électronique

297. La preuve électronique constitue l'un des modes de preuve qui appartient à la famille de la preuve littérale. De ce fait, le point de départ de la preuve électronique est constitué d'un écrit qui contient les différentes stipulations que les parties ont écrites sur un support électronique. Ainsi, comme pour la preuve écrite sur papier, lorsqu'un conflit surgit entre les parties contractantes, celles-ci doivent produire l'écrit qu'elles ont préconstitué afin de prouver leurs droits. Mais, pour qu'il puisse être produit dans l'instance comme mode de preuve, l'écrit électronique doit au préalable être, comme l'écrit sur papier, bien conservé et archivé. Cependant, comme le système des preuves ne relève pas de l'ordre public, l'écrit électronique ne doit être pas étranger à cette disposition et, par suite, les parties peuvent conclure des conventions relatives à la preuve écrite dans le but de faciliter ou d'écarter son admission. D'après ces dispositions, il s'ensuit que la preuve électronique constitue l'équivalent de la preuve écrite sur papier et pourra être produite comme celle-ci sans pour autant créer des conflits entre les deux écrits qui pourront être résolus.

Ainsi, les dispositions qui régissent la preuve électronique concernent, d'une part, la conservation de l'écrit électronique et les conventions relatives aux preuves qui peuvent être conclues entre les parties (§1) et, d'autre part, elles concernent la relation de l'écrit électronique avec l'écrit papier (§2).

§1 – La preuve électronique entre conservation préalable et conventions sur les preuves

298. En principe, lors de la conclusion d'un contrat, les parties contractantes ont tendance dans la plupart des cas à conserver le document qu'elles ont conclu afin de préconstituer au préalable une preuve qui leur permet ultérieurement de soutenir leurs allégations. A cet effet, les contractants se dirigent directement vers un archivage de leur contrat (A). Cependant, même dans le cas où les parties détiennent une preuve préconstituée, elles disposent toujours de la liberté pour conclure des conventions relatives à la preuve électronique afin de faciliter ou d'écarter complètement cette preuve (B).

A – L'archivage des documents électroniques pour l'utilisation ultérieure comme preuve

299. Suite à la conclusion du contrat, il est nécessaire pour les parties de bien conserver ce qu'elles ont conclu pour une utilisation ultérieure afin de prouver les engagements de chacune d'elles. Le contrat doit donc être archivé dans des modalités qui diffèrent selon qu'il s'agit d'un acte authentique ou sous seing privé (1) tout en prenant en compte que, dans certains cas, cet archivage n'est jamais loin d'être risqué (2).

1) Les modalités de l'archivage des documents électroniques

300. Après avoir apposé leurs signatures sur le document électronique, les parties contractantes doivent alors exécuter les obligations qu'elles ont stipulées. Cependant, pour diverses raisons, l'exécution de l'acte sera bloquée par certains obstacles ; un litige naîtra alors entre les deux parties et par suite une éventuelle procédure arbitrale sera déclenchée. Dans ce cas, il est essentiel de pouvoir rapporter la preuve de l'existence et du contenu du contrat conclu. Cela suppose donc que le document écrit électroniquement ait été conservé et archivé afin de le restituer ultérieurement tout en garantissant son intégrité. C'est en effet, l'application de l'article 1316-1 du code civil qui énonce que pour que soit admis en preuve, l'écrit électronique doit être *conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité*.

301. En fait, alors que la conservation des documents « *traite du stockage, à plus ou moins longue échéance, de données sur un support quelconque* »³⁸², l'archivage se définit « *comme un cas particulier de la conservation essentiellement axée sur le long terme* »³⁸³. Ainsi, paraît la différence entre l'archivage et la conservation : tandis que le premier est destiné à réaliser

³⁸² - M. Antoine, M. Eloy et J.-F. Brakeland, *Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, Story, scientia 1991, p.130

³⁸³ - M. Antoine, M. Eloy et J.-F. Brakeland, *idem*.

une consultation ultérieure du document mais à titre occasionnel, la seconde sert à utiliser régulièrement les informations conservées. Dans tous les cas, que ce soit archivé ou conservé, le document électronique doit être toujours accessible pour être consulté dans un temps ultérieur. Il en résulte que le document devra être conservé sous la forme avec laquelle il a été élaboré c'est-à-dire que les informations contenues initialement dans ce document ne doivent pas être ni altérées ni modifiées lors de la conservation ou après un certain temps³⁸⁴.

302. En principe, la charge de la conservation de l'acte incombe sur les parties contractantes de fait qu'elles détiennent chacune une copie originale de cet acte. Cependant, dans les contrats conclus électroniquement, en particulier les actes sous seing privé, les parties ne sont pas toutes capables de conserver le document électronique qu'elles ont élaboré dans des conditions qui garantissent son intégrité. Cette situation se pose surtout dans le cas où un acte électronique est passé entre un professionnel et un simple consommateur. Il doit donc être admis que la conservation de l'acte ne sera réalisée que par la partie qui possède les moyens pour le faire. De ce fait, parce que la conservation du document électronique pèse lourd sur les consommateurs de sorte qu'ils n'ont pas les moyens techniques, les professionnels du commerce électronique doivent conserver et archiver les contrats électroniques qu'ils ont conclus afin d'avoir la possibilité de les produire dans un procès ultérieur.

303. En revanche, en ce qui concerne les actes authentiques, il est admis que les actes sur support papier sont conservés chez le notaire durant un délai déterminé afin de conférer aux parties une certaine sécurité. Mais pour les actes authentiques sur support électronique, ils sont enregistrés et conservés dans un minutier central dont les notaires ont seuls le droit d'accès. En effet, pour pouvoir conserver un acte authentique électronique d'une manière qui garantit son intégrité, il ne peut pas être demandé à un notaire de réaliser cette mission puisqu'il est un juriste et non un technicien informatique. En plus, lui imposer d'apporter un tiers spécialiste pour garantir la conservation des données, c'est certainement une somme très lourde pour les notaires. Il a donc été nécessaire de conserver d'une manière collective les documents authentiques électroniques pour éviter d'une part les coûts élevés et, d'autre part, les imprévus qui peuvent attaquer les documents. Ainsi, les documents électroniques authentiques seront archivés et conservés par un tiers archiveur qui reçoit les actes des notaires accompagnés par les signatures électroniques et les clés qui sont en possession des parties et le certificat électronique délivré par le prestataire de certification. Ainsi, les actes

³⁸⁴ - Toutes les informations doivent être conservées y compris la date et l'heure de conclusion de l'acte.

électroniques qu'ils soient authentiques ou sous seing privé seront alors conservés et les informations qu'ils contiennent ne seront dès lors altérées ou modifiées que par l'accord commun des parties.

2) Les risques de l'archivage des documents électroniques

304. La question qui peut être posée est celle des risques de la conservation. En d'autres termes, est-ce que l'intégrité des informations qui ont été conservées est garantie ?

En réalité, plusieurs facteurs peuvent contribuer à une conservation échouée. D'abord, l'évolution des techniques et des appareils de lecture des supports électroniques peut provoquer une mauvaise lecture de ce qui a été conservé depuis un temps passé. Ensuite, lors de transformation des informations du support électronique vers un support papier, il y aura sans doute un risque d'altération du document. Il en résulte que, d'une part, on ne peut pas garantir qu'un support utilisé de nos jours sera utilisable dans le futur en vue de l'évolution informatique et, d'autre part, lors de la conservation de certaines informations, cette opération peut entraîner une perte de certaines d'entre elles suite à des erreurs.

Afin d'éviter ces risques, il est nécessaire dans un premier temps de s'assurer des modes selon lesquels la conservation se réalise afin de ne pas utiliser des manières avec lesquelles les données seront perdues et, dans un second temps, faire évoluer les modes utilisés afin d'apporter une qualité supérieure de conservation et d'archivage.

B – Les conventions sur les preuves

305. Comme on l’a vu dans la preuve littérale sur support papier, lorsque les parties choisissent une loi ou des règles de droit pour les appliquer dans leur arbitrage, elles peuvent en même temps conclure des conventions afin d’écarter ou d’ajouter une règle concernant les preuves. Ce principe est aussi admis pour la preuve littérale du commerce électronique (1) de sorte que les parties peuvent toujours s’accorder sur le contenu de ces conventions (2).

1) L’admission du principe des conventions sur les preuves

306. Afin de prouver leurs droits, les parties doivent certainement produire et présenter les preuves qu’elles possèdent en leur possession. De ce fait, dans le cas où le principe énonce qu’une preuve écrite est exigée par la loi, au moins dans les pays de tradition romaniste, cela ne signifie pas que les parties soient astreintes à se soumettre à cette disposition. En effet, les règles relatives à la preuve ne sont pas d’ordre public, mais elles appartiennent à l’ensemble des dispositions relevant de l’ordre privé qui laissent aux parties la libre disposition. Pour cela, le principe de l’exigence d’une preuve écrite, qu’elle soit sur support papier ou électronique, connaît une exception de nature conventionnelle qui peut bien être mise en œuvre selon les modalités que les parties ont définies. Ainsi, l’autonomie des parties est préservée non pas seulement dans le choix de la loi applicable à l’arbitrage mais aussi dans la détermination des règles de l’administration de la preuve. De ce fait, comme la loi peut imposer dans certaines hypothèses des règles pour l’administration de preuve, il est aussi reconnu aux parties dans les échanges électroniques de déterminer par un accord commun le système de preuve applicable dans la procédure arbitrale. C’est par les conventions dites conventions de preuve que les parties peuvent déroger aux règles de droit imposées par la loi.

307. Cependant, si le recours aux conventions de preuve est admis pour les parties, il faut se demander à propos du fondement juridique avec lequel ces conventions sont licites.

De prime abord, énonçons que dans un temps passé, la licéité des conventions de preuve a été l’objet d’une controverse doctrinale dont certains auteurs étaient favorables pour le caractère d’ordre public des règles de preuve qui se trouvent dans la loi mais certains d’autres ont énoncé le caractère privé de ces règles. Néanmoins, la jurisprudence constante avait affirmé le caractère privé des règles de preuve et aucun obstacle ne pouvait s’opposer à la reconnaissance de la licéité des conventions sur la preuve. Ainsi, il a été jugé que « *pour les*

*droits dont les parties ont la libre disposition, les conventions relatives à la preuve sont licites »*³⁸⁵.

Après la reconnaissance jurisprudentielle, la loi a, à son tour, reconnu la licéité des conventions de preuve par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Dès lors, la consécration de la licéité des conventions de preuve a été légiférée. De ce fait, inséré dans l'article 1316-2 du code civil, les dispositions de cet article prennent en compte la possibilité pour les parties de recourir à de telles conventions. Il est ainsi précisé *que lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de conventions valables entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support.*

Sans doute, cette nouvelle disposition a ajouté une base légale à l'admission du principe de la licéité des conventions sur les preuves. Dès lors, les dispositions de l'article 1341 du code civil consacrant la primauté de la preuve écrite peuvent être écartées expressément ou tacitement par les parties. Celles-ci peuvent ainsi, lorsqu'elles désirent se contracter en ligne, organiser en toute liberté la preuve et l'administration de cette preuve dans leur arbitrage. Par conséquent, après la jurisprudence, le législateur a validé la possibilité d'aménager conventionnellement les modes de preuve et a consacré expressément la recevabilité des conventions sur les preuves. Ainsi, le pouvoir souverain du juge ou de l'arbitre dans l'appréciation des écrits qui lui sont présentés, disposés dans l'article 1316-2, est écarté lorsque les parties se mettent d'accord par une convention sur le document qui doit prévaloir.

Les conventions de preuve sont alors des accords exprès ou tacites conclus par les parties dont la finalité réside dans la modification des règles légales qui se trouvent dans la législation choisie applicable à l'arbitrage. Le recours à ces conventions peut, dans la plupart des cas, être utile surtout dans le monde des transactions électroniques comme par exemple lorsque les parties concluent un contrat et par suite se trouvent plusieurs types de preuves (écrite) qui sont admissibles pour prouver le contenu de l'acte ou son origine ou pour prouver la même chose. Dans ce cas, un accord entre les parties peut préciser les documents qui peuvent être présentés dans le procès afin de prouver les droits pour que la vérité apparaisse dans des brefs délais. C'est par conséquent une règle générale qui consiste que le droit de la preuve applicable à la

³⁸⁵ - Cass 1^{ère} civ, 8 novembre 1989, Bull civ I, n°342 ; D. 1990, juris., p.369, note Gavalda.

conclusion des contrats ne relève pas de l'ordre public mais les parties peuvent s'accorder comme bon leur semble pour préciser les règles applicables à la preuve.

308. Cependant, pour être valable, la convention sur la preuve doit respecter certaines conditions fondamentales : en premier lieu elle doit porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition³⁸⁶ et, en second lieu, elle ne doit pas déroger aux principes fondamentaux qui régissent tout procès. Ces deux conditions remplies, la convention sur la preuve prendra donc effet.

2) Le contenu des conventions sur les preuves

309. Lorsque les parties décident de conclure des conventions sur les preuves, elles jouissent à cet effet d'une grande marge avec laquelle elles peuvent décider librement du contenu de ces preuves. Celles-ci peuvent d'abord contenir des stipulations facilitant l'admission des modes de preuve autres que l'écrit ; ensuite elles peuvent être destinées à octroyer une force probante particulière à un type précis de preuve écrite électronique.

310. Pour les premières conventions c'est-à-dire celles qui sont destinées à faciliter la recevabilité de modes de preuve autres que l'écrit, elles désignent par avance ces moyens de preuve que les parties peuvent y recourir en cas de litige pour prouver leurs droits. Ce type de conventions est généralement inséré au sein des contrats qui se concluent en ligne et qui sont proposés par un commerçant professionnel et le client n'a qu'à accepter les clauses du contrat qui comprennent la clause relative aux preuves. Cependant, certains auteurs³⁸⁷ ont refusé ce type de conventions parce, d'une part, elles ne font pas l'objet d'un accord préalable entre les parties contractantes et, d'autre part, le client peut énoncer que c'est par erreur qu'il a cliqué sur la souris et il a accepté le contrat contenant la convention sur la preuve.

311. En ce qui concerne les conventions destinées à octroyer une force particulière à un type de preuve écrite, ces conventions sont généralement conclues entre les professionnels du commerce électronique qui concluent fréquemment des transactions par voie électronique et spécialement par des messages ou par des courriers électroniques. Ces conventions admettent que soient recevables les messages et les courriers électroniques sans d'autres modes de

³⁸⁶ - Cass. 1^{ère} civ, 8 novembre 1989, arrêt précité.

³⁸⁷ - C. Lucas de Leyssac, « Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique », *Les petites affiches*, 1996, n°65, p. 5 ; A. Prüm, « L'acte sous seing privé électronique : réflexion sur une démarche de reconnaissance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris éd. Dalloz et Litec, 1999, p. 260.

preuve et qu'ils auront une pleine force probante afin de prouver les droits des parties contractantes.

Enfin, il est toujours utile de rappeler que lorsqu'une convention relative aux preuves ne respecte pas les deux conditions qu'on a mentionnées ci haut c'est-à-dire qu'elle doit porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition et qu'elle ne doit pas être contraire aux principes généraux du procès, cette convention, doit être rejetée et ne peut produire aucun effet. Ainsi, lorsque la convention déroge aux règles attachées à l'ordre public notamment le principe du contradictoire et l'égalité des parties en interdisant à la partie adverse toute contestation, cette convention sera nulle de nullité absolue. De même, dans les contrats entre les professionnels et les simples consommateurs, lorsque la convention sur la preuve contient des clauses abusives, la convention doit directement être écartée.

§2 – L’écrit électronique entre équivalence et conflit avec l’écrit papier

312. Lorsque les opérateurs du commerce électronique concluent un contrat, leur premier souci sera sans doute l’exécution de ce qu’ils ont stipulé. Mais, dans le cas où les parties n’ont pas exécuté leurs engagements, il est nécessaire qu’un procès ait lieu afin de présenter l’acte conclu pour que les parties puissent prouver leurs droits. A cet effet, le contrat passé par voie électronique doit nécessairement être reconnu comme l’équivalent d’un acte dressé sur papier (A). Cependant, lorsque chaque partie présente un acte écrit qu’elle possède, il y aura donc un conflit entre diverses preuves littérales (B).

A – L’équivalence entre l’écrit papier et l’écrit électronique

313. Avec le grand progrès que le commerce a subi, des nouvelles modes de conclusion des contrats sont apparues. Il est par suite nécessaire de reconnaître cette nouvelle technologie qui réside dans la conclusion électronique des contrats. A cet effet, il a été légalement admis que les écrits électroniques forment l’équivalence des écrits sur support papier (1). Toutefois, cette équivalence n’est pas loin d’engendrer des effets (2).

1) Le fondement juridique de l’équivalence entre écrit papier et écrit électronique

314. Aux termes de l’article 1316-1 du code civil, *l’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité*. Sans aucun doute, cet article pose un principe d’équivalence entre l’écrit sur support papier et l’écrit sur support électronique. Ce principe rend les deux écrits soumis aux mêmes règles quant à leur admissibilité comme preuve nonobstant le support sur lequel ils ont été dressés.

315. Cependant, cette équivalence entre les deux écrits n’est pas née soudainement, mais c’est la consécration d’un arrêt rendu par la cour de cassation du 2 décembre 1997³⁸⁸ qui a posé deux conditions de recevabilité d’un écrit électronique comme preuve écrite : on doit pouvoir identifier la personne dont l’écrit émane et celui-ci doit être établi dans des conditions de nature à en garantir l’intégrité. D’après ces dispositions, il s’ensuit, d’une part, qu’il est impératif que l’écrit électronique possède des auteurs qui sont, en principe, les parties qui ont participé à l’élaboration de l’acte et, d’autre part, pour que l’écrit électronique forme une

³⁸⁸ - Cass. Com du 2 décembre 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 315 p. 271; JCP G, II, 10097., note L. Grynbaum.

pleine preuve écrite, le mode de sa conservation utilisée ne doit permettre en aucun cas qu'il puisse être altéré.

Ainsi, pour qu'il y ait équivalence, l'écrit doit répondre à deux exigences posées par l'article 1316-1 : d'une part, l'auteur de l'écrit doit être identifié de manière certaine et, d'autre part, le contenu de l'écrit ne doit pas être modifié soit par l'une des parties ou par un tiers. C'est par la réunion de ces exigences que l'écrit électronique est mis en égalité avec l'écrit ordinaire et sera admis en preuve dans des conditions identiques à ce dernier³⁸⁹. Par conséquent, la loi n° 230-2000 du 13 mars portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature manuscrite « *a élevé l'écrit électronique au rang de l'écrit sur papier dans la hiérarchie des éléments de preuve* »³⁹⁰ et par suite il s'est créé une égalité totale entre la preuve sur support écrit et la preuve sous forme électronique. Ainsi, paraît l'intérêt de cette équivalence : c'est faire entrer la preuve électronique dans le système des preuves sans lui donner une force probatoire plus forte ou moins forte que les autres modes de preuve écrite.

316. A partir de ce qui a été dit, deux conséquences sont à retirer : en premier lieu, la preuve électronique (l'écrit électronique) doit présenter les mêmes garanties que l'écrit papier et, en second lieu, les mêmes règles de preuve s'appliquant sur la preuve papier sont applicables à la preuve informatique.

S'agissant des garanties, il n'est pas douteux que l'écrit papier soit connu par son intégrité, sa durabilité et l'apposition de la signature sur le même support sur lequel le document est rédigé. Il était par suite nécessaire de trouver des modalités rendant l'écrit électronique sur la même ligne que l'écrit papier en ce qui concerne les garanties qu'on a mentionnées. La première de ces modalités est la mise en œuvre d'un système de certification qui consiste à confier à un tiers certificateur la mission de délivrer un certificat électronique contenant les signatures des parties contractantes et une clé donnée à chacune d'elles. Par cette manière, le document ne pourra être ultérieurement consulté qu'à l'aide des deux clés que possèdent les parties ; ce qui protège le document de toute modification ou altération et lui garantit son intégrité et sa durabilité.

³⁸⁹ - Dans ce cas, l'écrit électronique ne peut former ni une copie ni un commencement de preuve par écrit mais un vrai original et une preuve écrite parfaite.

³⁹⁰ - Th. Aballéa, « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », *D.* 2001, p. 2835.

S'agissant des règles de preuve applicables à l'écrit papier, comme on l'a dit, l'écrit électronique est dorénavant équivalent à un écrit papier ; ce qui a nécessité la transposition de plusieurs règles qui sont propres au papier pour les appliquer à la preuve informatique. La principale règle est celle de l'article 1341 du code civil qui énonce que pour prouver contre et outre un écrit ou lorsque le montant de cet écrit dépasse un seuil déterminé, il faut apporter une preuve écrite. Ainsi, la consécration de l'écrit électronique n'a pas modifié cette règle mais elle est toujours applicable quel que soit le support sur lequel l'écrit est établi. A noter toutefois que certaines exceptions à cette règle peuvent s'appliquer lorsque leurs conditions sont remplies.

2) Les effets de l'équivalence entre écrit papier et écrit électronique

317. La question des effets de l'équivalence entre l'écrit sur papier et l'écrit électronique doit être centrée sur deux interrogations : en premier lieu il faut savoir comment prouver contre et outre un écrit électronique et, en second lieu, il faut savoir ce que constitue un écrit électronique par rapport aux autres modes de preuve écrite.

318. S'agissant de la première interrogation, la solution qui était répandue avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 mars 2000 consistait à admettre que la preuve contre et outre un écrit électronique puisse être apportée par tous moyens sans faire une distinction entre acte civil et acte commercial. Cependant, avec l'adoption de la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, l'article 1316-1 a élevé l'écrit électronique au même rang que l'écrit sur papier et par suite les dispositions relatives à la preuve écrite de l'article 1341 du code civil seront directement applicables à la preuve électronique. Il s'ensuit que pour prouver contre et outre un écrit électronique, il faut apporter un écrit peu importe qu'il soit établi sur support papier ou sur support électronique.

319. S'agissant de la seconde interrogation concernant la qualification de la preuve électronique, certains juristes ont considéré que la preuve électronique ne peut que constituer l'une des exceptions des articles 1347 et 1348 du code civil. En effet, d'après ces juristes, la preuve informatique peut constituer d'une part, selon l'article 1347, un commencement de preuve par écrit qui est *un écrit émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué* et, d'autre part, selon l'article 1348 du même code, l'écrit électronique peut permettre l'admission d'une preuve par tous moyens de fait qu'il ne peut pas être assimilé à un écrit au sens classique des termes et par suite les conditions de l'impossibilité de l'article 1348 pourront jouer dans ce cas pour

considérer qu'il est impossible de se procurer une preuve écrite. Cependant, comme on l'a dit pour la première interrogation, la loi du 13 mars 2000 a rendu l'écrit électronique l'équivalent de l'écrit sur papier et il n'est dès lors pas question de ne pas considérer l'écrit électronique comme mode de preuve parfait et non comme des exceptions aux règles énoncées dans l'article 1341 du code civil.

B – Le conflit entre écrit sur papier et écrit électronique

320. Suite à l'équivalence qui s'est créée entre l'acte sur support papier et l'acte sur support électronique, la question d'un éventuel conflit entre ces deux écrits peut être posée (1). Lequel de ces deux écrits, lorsqu'ils sont tous deux présentés, doit être pris en considération pour trancher le litige. (2).

1) La reconnaissance d'un conflit entre diverses preuves littérales

321. Aux termes de l'article 1316-2 du code civil, *lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de conventions valables entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support*. Sans aucun doute, cette disposition de l'alinéa 2 de l'article 1316 du code civil a directement envisagé les cas de tout conflit qui pourra naître lors de la présence de plusieurs preuves littérales.

322. En pratique, trois hypothèses prennent place : en premier lieu c'est le cas où deux preuves littérales écrites sur papier sont présentées ; en second lieu, il s'agit du cas où deux preuves électroniques dont le contenu est contradictoire sont présentées et, en troisième lieu, lorsque les parties produisent chacune une preuve littérale mais l'une sur papier et l'autre sous forme électronique.

A première vue, il paraît que chacune de ces hypothèses nécessite une analyse et une solution qui peut être différente des autres hypothèses. Cependant, les termes de l'article 1316-2 du code civil sont clairs : *le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support*. Ce n'est point un conflit de preuve littérale dans lequel deux écrits de même qualité sont produits parce que dans ce cas le juge ou l'arbitre n'ont qu'à décider souverainement lequel des deux écrits fait foi et par suite prévaut sur l'autre. Il s'agit en réalité d'un conflit de support de preuve lorsque chacune des parties présente la preuve littérale qu'elle possède mais l'une est établie sur papier et l'autre par voie électronique. Ainsi, le vrai conflit qui pourrait avoir lieu est celui des différents écrits qui sont établis sur différents supports.

2) La solution du conflit entre écrit sur papier et écrit électronique

323. D'après le second alinéa de l'article 1316 du code civil, la question d'un conflit qui est susceptible d'intervenir entre un écrit traditionnel et un écrit électronique ne peut dès

lors être posée. En effet, la solution est confiée au juge ou à l'arbitre qui possèdent seuls le pouvoir de le trancher³⁹¹ en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable. Ainsi, le rôle du juge ou de l'arbitre est renforcé de sorte qu'il leur appartient de trancher la question de savoir lequel des deux écrits qui lui sont présentés sur différents supports emportera sa conviction sans prendre dans son appréciation la nature du support sur lequel les écrits sont établis. A cet effet, le juge ou l'arbitre ne peuvent se baser dans son appréciation que sur les garanties qu'on a posées plus haut à savoir l'intégrité de l'écrit et son imputabilité à un auteur bien identifié. Dans cela, il peut sans doute recourir à une expertise afin de bien s'assurer de la réunion de ces deux conditions.

Par conséquent, la portée de la preuve électronique est placée au même niveau que celle de la preuve sur papier. La loi n'a donc pas octroyé une préférence à l'écrit traditionnel et n'a fixé aucune hiérarchie entre les différents écrits quel que soit leur support mais elle a abandonné au juge ou à l'arbitre une appréciation souveraine pour déterminer le titre le plus vraisemblable.

En définitif, l'idée de prééminence d'un écrit sur un autre écrit en particulier électronique est supprimée et c'est encore une fois par le principe d'équivalence que l'écrit électronique est entré dans le système probatoire et que la supériorité d'une forme d'écrit sur une autre forme est exclue complètement quel que soit le support sur lequel cette forme est extériorisée.

³⁹¹ - Sauf accord contraire des parties.

Deuxième section – La mise en œuvre de la preuve électronique dans l'arbitrage international

324. Comme on l'a vu, lorsque des contractants concluent un contrat électronique, ils tendent généralement vers la conservation de ce qu'ils ont conclu. Sans doute, cette conservation n'est pas sans avantage : elle sert essentiellement à utiliser, dans une période ultérieure, l'écrit comme mode de preuve. Cependant, l'écrit électronique préconstitué et conservé n'est pas utilisé semblablement dans toutes les instances arbitrales internationales de fait que chaque arbitrage est régi par des règles différentes des autres arbitrages en raison de la diversité des systèmes juridiques. Il appartient donc aux parties ou au tribunal arbitral de choisir entre des règles issues du système de droit civil ou des règles provenant du système de Common Law. Ces deux systèmes possèdent chacun ses propres traditions qui sont empruntées à l'arbitrage pour former ainsi une pratique applicable sur les preuves dans l'arbitrage international surtout la preuve électronique qui occupe, comme la preuve écrite sur support papier, une place primordiale par rapport aux autres modes de preuve présentés dans une instance arbitrale internationale.

Ainsi, l'étude de la mise en œuvre de la preuve électronique nécessite de commencer dans un premier paragraphe par une présentation de la pratique de cette preuve dans une instance arbitrale internationale (§1) pour ensuite traiter dans un second paragraphe de la place de la preuve électronique dans l'arbitrage international (§2).

§1 – La pratique de la preuve électronique dans l'arbitrage international

325. Après avoir conclu leur contrat par voie électronique, les parties contractantes possèdent ainsi une preuve préconstituée des engagements qu'elles doivent exécuter. L'importance de la possession d'un écrit obtenu à l'avance réside dans le fait que les parties peuvent se servir de l'écrit afin de prouver leurs droits. Cependant, cette préconstitution n'est pas connue dans tous les systèmes juridiques mais chacun suit ses propres principes (A) qui acceptent parfois l'admission de certaines exceptions (B)

A – Les principes régissant la preuve électronique

326. D'une manière traditionnelle, lorsqu'un conflit surgit entre les opérateurs du commerce international (et par suite électronique), ils ont recours à l'arbitrage pour régler leur différend. A cet effet, les plaideurs choisissent les règles applicables à leur arbitrage en se référant aux règles appliquées dans les différents systèmes juridiques (1) en particulier celles suivies dans les pays de droit civil tel que la France qui donne la primauté à la preuve littérale (2).

1) La preuve électronique dans les différents systèmes juridiques

327. Comme il est connu, l'arbitrage international ne possède pas une législation propre à lui qui s'applique sur tous les procès mais ce sont les parties, ou à défaut les arbitres, qui doivent au préalable identifier le droit applicable dans leur arbitrage qu'il soit le droit continental ou le droit anglo-saxon et cela afin d'envisager le régime qui doit régir l'administration de la preuve. Il faut donc distinguer selon que la procédure appliquée émane de la pratique de Common Law ou selon qu'elle émane du Civil Law.

328. En ce qui concerne la pratique de Common Law, il y a une tendance vers l'application des principes de discovery c'est-à-dire que dans ce système il faut d'une part conserver tous les documents établis qu'ils soient sur papier ou sur support électronique afin de les présenter dans un procès ultérieur et, d'autre part, il faut divulguer toutes les informations sauf si elles sont qualifiées confidentielles.

Cependant, surtout aux Etats Unis, les institutions d'arbitrage telles que l'American Arbitration Association (AAA) et le conflict Prevention and Resolution (CPR) se dirigent de plus en plus vers une limitation de la discovery et, par suite, limiter une production assez

quantitative de preuve écrite en particulier des preuves électroniques et cela afin de contrôler les coûts de production de ces documents.

329. Par contre, dans le système de droit civil, la primauté de la preuve écrite est depuis longtemps admise qu'elle soit sur papier ou sous forme électronique. De ce fait, dans les pays de droit civil, la preuve électronique est toujours acceptée comme mode de preuve surtout lorsque l'arbitrage international se déroule sur le territoire d'un pays issu de la tradition civiliste ou lorsque les parties choisissent une législation romaniste pour l'appliquer sur le procès arbitral.

En effet, dans une législation romaniste telle que la législation française, l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sous support papier, sous réserve que puisse être dûment identifier la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. La reconnaissance explicite de la valeur juridique de l'écrit électronique dispose donc que l'écrit doit être accompagné de certaines conditions afin de recevoir une pleine égalité avec l'écrit traditionnel. Ainsi, il faut que la personne de laquelle émane l'écrit soit identifiée et il faut garantir l'intégrité de l'écrit établi sur support électronique. A noter toutefois que ces conditions s'appliquent à tous les documents électroniques ; il suffit alors que le document soit signé par les parties lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé et qu'il soit signé par un officier public dans le cas d'un acte authentique.

De ce qui précède, il en résulte que dans un système de droit civil, un acte authentique ne doit pas seulement réunir les exigences de l'article 1317 du code civil c'est-à-dire la réception par un officier public compétent et remplir les solennités requises mais aussi, il faut que la personne dont l'acte émane soit identifiée et que l'acte soit établi et conservé dans des conditions qui garantissent son intégrité, sinon il ne sera jamais qualifié comme acte authentique électronique. De même pour l'acte sous seing privé électronique, hormis la signature des parties, il doit permettre d'identifier son auteur et il doit être établi et conservé comme l'acte authentique électronique c'est-à-dire dans des conditions qui en garantissent l'intégrité.

2) L'application de l'article 1341 du code civil français à l'écrit électronique

330. En matière de preuve des actes juridiques, l'alinéa 1^{er} de l'article 1341 du code civil dispose *qu'il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes*

choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoin contre et outre le contenu aux actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. A partir de ce texte, la preuve littérale est essentiellement formée de deux composantes : d'une part l'écrit et, d'autre part, la signature qu'elle soit celle du notaire dans les actes authentiques ou celle des parties dans les actes sous seing privés. Ainsi, pour apporter la preuve de la réalité d'un fait juridique ou l'exactitude d'une information contenue dans un acte, le code civil énonce toujours que la prééminence se dirige vers l'écrit. De ce fait, les parties doivent toujours apporter la preuve énoncée par la loi afin de prouver leurs droits.

331. Cependant, on se demande comment les parties à un contrat conclu par voie électronique peuvent apporter une preuve écrite de ce qu'elles ont élaboré par les moyens électroniques ? En d'autres termes, à quel degré les nouvelles technologies sont compatibles avec les dispositions du code civil quant à la recherche de leur preuve ?

A la lecture de l'alinéa 1^{er} de l'article 1341 du code civil, il ressort que, d'un côté, l'écrit en tant que tel n'est pas exigé pour apporter la preuve d'un autre écrit, mais ce qui est demandé c'est le support qui contient l'écrit que ce dernier soit authentique ou sous seing privé et que, d'un autre côté, dès lors que cet écrit existe, quel que soit le montant de la transaction réalisée, toute preuve autre qu'une preuve écrite sera écartée. A partir de là, une bonne application des dispositions de l'article 1341 ne doit interdire l'admission et la recevabilité d'un document électronique qui peut servir comme preuve littérale. Il en résulte que l'exigence d'un écrit ne doit pas disparaître lorsqu'il s'agit de prouver contre un écrit sur support papier ou contre un écrit établi par voie électronique. Dès lors, les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1341 du code civil applicables à la preuve sur papier peuvent, voire doivent, subir une extension pour pouvoir s'appliquer à la preuve électronique.

332. Néanmoins, l'application des règles de l'article 1341 sur la preuve informatique nécessite l'examen de certains aspects.

Tout d'abord, l'article 1341 énonce qu'un décret fixe un seuil en deçà duquel un acte n'aura pas besoin de la préconstitution préalable d'une preuve. Comme on l'a dit lors du traitement de la preuve écrite sur papier, ce seuil est aujourd'hui fixé à 1500 euros. Mais en matière d'arbitrage international, aucun seuil ne peut être appliqué. Dès lors, les parties à un arbitrage

ne sont pas astreintes par le seuil fixé pour la preuve préconstituée présentée dans les conflits devant une juridiction étatique. Mais si aucun seuil n'est imposé, les parties restent toujours soumises à une obligation de préconstitution d'une preuve littérale.

Mais, en ce qui concerne la preuve électronique, il faut dire que l'introduction des nouvelles technologies ne doit pas modifier les règles applicables à la preuve électronique puisque cette dernière est admise au même titre qu'une preuve écrite sur papier. Il s'ensuit que le seuil de 1500 euros ne doit pas changer mais il s'applique tant sur la preuve sur papier que sur la preuve sur support électronique. De même, tout comme pour la preuve écrite sur papier dans l'arbitrage, aucun seuil impératif n'est exigé pour la preuve électronique dans l'arbitrage mais c'est au tribunal arbitral qu'il revient de préciser le montant d'un seuil avec lequel les parties seront obligées d'apporter une preuve préconstituée. Ainsi, une preuve électronique doit être prise en considération toutes les fois que la transaction porte seulement sur une somme d'un montant supérieur à celui que les arbitres ont fixé.

Ensuite, en ce qui concerne la règle du double original, comme on l'a dit, l'article 1325 du code civil énonce que *l'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1316-1 et 1316-4 et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire ou d'y avoir accès*. Ainsi, la possession d'un original avec chaque partie serait inutile dès lors que toutes les parties possèdent le droit d'accès à tout temps à l'acte et retirer une copie qui sera par suite qualifiée originale. Cette règle s'applique sans doute dans l'arbitrage international dans lequel la règle du double original doit s'appliquer en conformité avec les dispositions de l'article 1325 précité dès lors que les parties ont accès à l'acte sur support électronique et pourront avoir une copie de cet acte afin de la présenter comme une preuve dans le procès arbitral.

333. En revanche, lorsque l'écrit électronique ne remplit pas les conditions exigées pour les actes authentiques électroniques ou pour les actes sous seing privé électroniques, il ne pourra être présenté comme mode de preuve. En effet, il est des cas dans lesquels l'écrit électronique ne remplit pas les conditions posées d'une part dans l'article 1316-1 du code civil qui dispose que la personne de laquelle l'écrit électronique émane doit être identifiée et que l'écrit doit être conservé dans des conditions qui garantissent son intégrité et, d'autre part, dans l'article 1316-4 qui énonce que la signature doit identifier celui qui l'a apposée et doit manifester son consentement. Ainsi, dans l'absence de l'une de ces conditions, l'écrit électronique ne pourra

être présenté comme mode de preuve efficace dans l'instance arbitrale. Cependant, lorsqu'un acte authentique électronique est annulé suite à une anomalie dans sa construction, il peut servir comme acte sous seing privé s'il est accompagné des signatures des parties et par suite il peut être présenté comme tel. Mais, si c'est l'acte sous seing privé qui souffre d'une anomalie, celui-ci ne pourra jamais servir de preuve que dans des conditions très restreintes.

334. Enfin il est utile de rappeler que lorsque l'acte est conclu par des échanges des courriers électroniques, ceux-ci constituent pleinement une preuve littérale au sens de l'article 1341 du code civil à condition qu'ils remplissent les exigences de l'article 1316-1 du code civil. En effet, l'article 1316-1 du code civil énonce que la personne dont l'écrit émane doit être identifiée et que l'écrit doit être conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité. Ainsi, lorsqu'une personne envoie un courrier électronique contenant son acceptation sur une offre, cet écrit (le courrier électronique) peut servir de preuve dès lors que l'émetteur du courrier est identifié et que l'écrit n'a subi de modification. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation en annulant une décision d'Appel au motif que cette dernière n'a pas vérifié d'une part l'identité du signataire et, d'autre part, l'intégrité de l'acte³⁹². A cet effet, lorsque le courrier électronique remplit ces deux conditions, il sera alors soumis aux dispositions de l'article 1341 du code civil qui énonce qu'une preuve écrite est nécessaire afin de prouver contre et outre un acte lorsque son montant excède un seuil déterminé ou lorsqu'il est écrit quel que soit son montant.

³⁹² - Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2010, n° 109-68.555.

B – Les exceptions à la primauté de la preuve littérale électronique

335. Le principe de la supériorité de la preuve littérale dans les pays de droit civil n'est pas d'une application absolue. A cet égard, certaines exceptions paraissent pour déroger à ce principe. Ces exceptions sont énoncées tant dans l'article 1347 du code civil (1) que dans l'article 1348 de ce même code (2).

1) L'exception de l'article 1347 du code civil – le commencement de preuve par écrit

336. Aux termes de l'article 1347 du code civil, le commencement de preuve par écrit se définit comme *tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué*. Cet article pose trois conditions : d'abord il doit y avoir un écrit ; ensuite cet écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée et enfin l'écrit doit rendre vraisemblable le fait allégué. Mais la question est de savoir si un écrit électronique peut constituer un commencement de preuve par écrit.

En fait, alors que la première et la troisième condition ne posent pas de problème de fait que, d'une part, un écrit électronique constitue valablement un écrit comme celui dressé sur papier et, d'autre part, une réponse délivrée par le destinataire d'une offre suffit en elle-même de rendre vraisemblable l'écrit, la seconde condition qui suppose que l'écrit doit émaner de celui à qui on l'oppose soulève certaines difficultés pour un écrit dressé sur support électronique.

337. Lorsque le signataire de l'écrit électronique est identifié, voire pourra être identifié, on pourra par suite savoir si l'écrit constitue un commencement de preuve par écrit : si la signature revient à la personne à qui on oppose l'écrit électronique, celui-ci peut valablement constituer un commencement de preuve par écrit susceptible d'être présenté dans l'instance arbitrale ; mais dans le cas où il est apparu que cette signature ne revient pas à cette personne, l'écrit ne pourra pas alors constituer un commencement de preuve par écrit et doit par suite être rejeté. Ainsi, lorsque les trois conditions du commencement de preuve par écrit sont remplies, il faut alors mettre l'écrit électronique sur le même niveau que l'écrit papier pour qu'il puisse constituer un commencement de preuve par écrit électronique.

2) Les exceptions de l'article 1348 du code civil

338. La première exception énoncée dans l'article 1348 du code civil est celle du cas où il y a une impossibilité, physique ou morale, de rapporter une preuve écrite électronique ou lorsque l'écrit est perdu.

En ce qui concerne l'impossibilité physique de présenter un écrit électronique, cette impossibilité peut jouer dans le cas où l'écrit électronique conservé ne pourrait plus être lu suite à une détérioration du matériel ou à cause de l'ancienneté du logiciel. Pour ce qui concerne l'impossibilité morale, celle-ci existe aussi en dehors des liens de familles et d'autres raisons : c'est lorsqu'un des contractants refuse d'élaborer l'acte sur le seul support électronique et exige une passation écrite de l'acte.

A côté de l'impossibilité, on retrouve aussi des cas dans lesquels l'écrit électronique est perdu. Les cas de la perte du document électronique s'approchent de l'impossibilité physique de produire ce document. Comme pour l'impossibilité physique, la perte se concrétise aussi par la détérioration du support sur lequel l'acte est élaboré ou par un effacement incident des informations qui y sont contenues ou par un virus qui attaque le support etc. Dans tous les cas, lorsqu'un commencement de preuve par écrit existe c'est-à-dire lorsqu'il y a une impossibilité physique ou morale de produire l'acte électronique, les dispositions de l'article 1341 du code civil pourront être écartées et la preuve pourra être rapportée par tous moyens.

339. La seconde exception de l'article 1348 du code civil concerne la copie de l'acte. En effet, Comme on l'a dit, les actes établis électroniquement doivent être conservés d'une manière qui garantit leur intégrité de toute modification ou altération. Cependant, cette conservation ne constitue pas en elle-même une finalité, mais le but essentiel de la conservation des actes réside dans la consultation ultérieure de ceux-ci afin de les produire comme modes de preuve littérale dans un procès qui sera engagé éventuellement. La conservation permet donc d'obtenir des copies de l'acte afin d'être essentiellement utilisées pour prouver des droits et alléguer des prétentions. A cet effet, la production d'un contrat conclu par voie électronique comme une preuve littérale fait apparaître la question de l'original de cet acte. En effet, l'alinéa 2 de l'article 1348 du code civil énonce que l'original d'un acte doit être produit sinon une copie suffit à condition qu'elle soit fidèle et durable. Comment donc produire l'original d'un acte lorsqu'il constitue l'un des éléments de preuve conclu électroniquement ?

En fait, lorsqu'un document est établi et fixé sur support électronique, il ne peut être accessible que par une seule méthode qui consiste à imprimer ce qui a été conservé. Ainsi, un acte électronique peut toujours être obtenu par impression en autant de copie qu'on demande. Ce qui est retiré n'est donc pas le document original établi initialement mais « *c'est une simple transcription des données contenues dans la mémoire de l'ordinateur* »³⁹³. On se pose donc quel document doit-on produire comme mode de preuve ? Autrement, est ce que la copie du contrat conclu électroniquement suffit en elle-même comme mode de preuve parfait ?

Lorsque des documents sont établis et conservés sous forme électronique, la loi exige une garantie de fiabilité de leur intégrité. Dès lors, les copies retirées à partir d'un acte électronique qui remplit la condition de l'intégrité des informations doivent avoir la même force que l'original de l'acte. Peut-on alors considérer les copies comme pouvant satisfaire à l'exigence légale qui énonce qu'il faut apporter une preuve littérale originale ? Une bonne application de la loi du 13 mars 2000 nous conduit directement à affirmer que les copies obtenues par impression constituent des originales pouvant être produites dans une instance et contribuent par suite à l'établissement d'une preuve littérale dès lors que l'originale n'a été modifiée ou altérée.

³⁹³ - F. Dupuis-Toubol et M.-H. Tonnellier, « Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve », *JCP E*, 17 décembre 1998, n°51, p.2011.

§2 – La place de la preuve électronique dans l'arbitrage international

340. Dans l'état actuel des choses, l'écrit passé électroniquement détient d'une valeur égale à celle d'un écrit rédigé sur le support traditionnel (papier). Cette égalité entre les deux écrits a fait de l'électronique une méthode trop utilisée dans le commerce en général et le commerce international en particulier. De ce fait, lorsqu'un acte est dressé sur support électronique, il constitue le principal mode de preuve pouvant contribuer à convaincre le tribunal. Cependant, bien qu'il soit toujours apte à être contesté (A), un acte passé sur support électronique possède une valeur importante qui mérite de l'élever au premier rang parmi les divers modes de preuve (B).

A – La contestation de l'acte électronique

341. Comme tout acte regroupant plusieurs signataires, l'acte dressé par voie électronique peut aussi être contesté par l'une de ses parties contractantes. Ainsi, après avoir traité du fondement juridique du principe de la contestation de l'acte électronique (1), les procédures de cette contestation seront ensuite examinées (2).

1) Le fondement juridique du principe de la contestation de l'acte électronique

342. Comme il a été dit à plusieurs reprises, l'acte électronique est admis comme mode de preuve littérale au même titre qu'un écrit dressé sur support papier à condition qu'il satisfasse à certaines conditions relatives d'une part à l'identification des signataires et, d'autre part, à la garantie d'intégrité de son contenu. Ces dispositions s'appliquent tant à l'acte authentique comme à l'acte sous seing privé.

Ainsi, comme pour un acte sur papier, l'origine de l'acte électronique pourra être contestée. A cet effet, s'il s'agit d'un acte sur support traditionnel ou sur support électronique, une procédure d'inscription de faux sera déclenchée dans le cas d'un acte authentique et une procédure de vérification d'écriture doit être mise en place s'il s'agit d'un acte sous seing privé. Ainsi, si dans une procédure arbitrale, l'origine d'un acte sur papier est contestée, l'article 1470 du code de procédure civile doit être appliqué lorsque la législation française est choisie pour régir la procédure arbitrale internationale.

Selon l'article 1470 du code de procédure civile, *sauf stipulation contraire, le tribunal a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299. En cas d'inscription de faux incident, il*

est fait application de l'article 313. Mais, on se demande comment les procédures d'inscription de faux et de vérification d'écriture seront déclenchées dans le cas des écrits établis sur support électronique dont l'origine est contestée dans un procès arbitral.

2) Les procédures de contestation de l'acte électronique

343. D'emblée, énonçons que l'article 1470 précité du code de procédure civil n'a pas distingué entre acte sur support papier et acte sur support électronique. Ce qui fait que les dispositions de cet article sont applicables quel que soit le support de l'acte qui fait l'objet d'une contestation. Mais, s'il n'y a pas de distinction entre support papier et support électronique, une distinction doit toujours être faite entre un acte authentique et un acte sous seing privé de fait que la contestation de chacun nécessite une procédure propre à elle.

344. Concrètement, comme on l'avait dit dans la preuve écrite sur papier, lorsqu'il s'agit d'un acte authentique dressé sur support traditionnel, selon l'alinéa 2 de l'article 1470 du code de procédure civil, un tribunal arbitral ne peut trancher la contestation de son origine mais il faut appliquer les dispositions de l'article 313 du même code en vertu duquel le juge compétent doit trancher cet incident et non point d'autre juge à fortiori un tribunal arbitral³⁹⁴.

Sans doute, ces mêmes dispositions sont aussi applicables lors d'une contestation d'un acte authentique électronique. Ainsi, lorsqu'un acte authentique dressé par voie électronique est présenté comme mode de preuve dans un procès arbitral mais que son origine est déniée, l'arbitre doit, selon l'article 1470 du code de procédure civile, surseoir à statuer et attendre que le juge compétent tranche l'incident. Une procédure d'inscription de faux est alors déclenchée devant le juge étatique compétent qui doit, selon le second alinéa de l'article 287 du code de procédure civile, vérifier si les conditions énoncées dans les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil sont satisfaites.

Cependant, nous ne sommes pas intéressés par une inscription de faux déclenchée devant un juge étatique parce que notre étude porte seulement sur ce qui se déroule dans une procédure arbitrale et devant un tribunal arbitral et non pas un juge étatique. Ainsi, nous passons directement à la vérification d'écriture d'un acte sous seing privé dont un tribunal arbitral peut, selon l'article 1470 du code de procédure civile, reconnaître une telle procédure et trancher par suite la contestation qui y est née.

³⁹⁴ - Voir supra, L'inscription de faux, n°204 et s.

345. Dans une procédure arbitrale, lorsqu'une partie à l'instance produit un acte sous seing privé comme mode de preuve, il se peut que la partie adverse nie que ce document émane d'elle ou qu'il porte sa signature. De ce fait, le premier alinéa de l'article 1470 du code de procédure civile a donné au tribunal arbitral le pouvoir de trancher l'incident de contestation de l'écriture ou de signature conformément aux articles 287 et suivants du code de procédure civile. A cet effet, lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé dressé sur support papier, l'arbitre vérifie l'écrit contesté³⁹⁵ soit par comparaison à d'autre écrit, soit par témoin et enfin par une expertise.

Cependant, lorsqu'il s'agit d'un acte sous seing privé sous forme électronique, l'application de l'article 287 doit être assortie de certaines précisions. En fait, le second alinéa de l'article 287 du code de procédure civile dispose que *si la dénégation ou le refus de reconnaissance porte sur un écrit ou une signature électronique, le juge vérifie si les conditions mises par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil à la validité de l'écrit ou de la signature électronique, sont satisfaites*. Ainsi, si la vérification d'un écrit dressé sur papier consiste à s'assurer que l'écrit et la signature reviennent à la personne à qui on l'oppose, la vérification d'un écrit électronique nécessite plus.

346. Selon de l'article 1316-1 du code civil, l'écrit électronique doit identifier la personne dont il émane et doit être établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. En plus, aux termes du second alinéa de l'article 1316-4, *lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en conseil d'Etat*. Ainsi, lorsqu'un écrit ou une signature électronique sont déniées dans une procédure arbitrale, le tribunal arbitral doit s'assurer que les conditions énoncées dans les articles 1316-1 et 1316-4 sont réunies. De ce fait, la vérification d'écriture d'un acte sous seing privé passe par deux étapes : dans la première étape, les arbitres s'assurent des conditions de l'article 1316-1 et, dans la seconde étape, ils vérifient les conditions de l'article 1316-4.

En ce qui concerne la première étape, les arbitres doivent vérifier si la personne à qui on oppose le document est identifiée pour ensuite s'assurer de l'intégrité des données du

³⁹⁵ - Alinéa 1^{er} de l'article 287 du code de procédure civile.

document et que les informations qui ont été stipulées initialement n'ont pas subi une altération ou une modification ultérieure.

S'agissant de la seconde étape c'est-à-dire celle de la vérification des conditions de l'article 1316-4, la présomption de fiabilité du procédé d'identification des signataires joue un rôle très important. En effet, lorsque les parties désirent conclure un acte électronique sous seing privé, elles peuvent le faire selon deux méthodes : soit par l'échange des courriers électroniques portant le nom de l'expéditeur et du destinataire de l'ordinateur de l'un d'eux vers l'ordinateur de l'autre sans recourir au préalable à un tiers certificateur afin de certifier leurs signatures ; soit en établissant des documents électroniques après que les parties obtiennent des signatures certifiées par un tiers certificateur.

Sans doute, les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 concernent le second cas dans lequel la signature électronique est certifiée et sécurisée. Dans ce cas, lorsqu'un acte sous seing privé électronique assorti d'une signature sécurisée est produit dans une instance arbitrale, les signatures qui y sont apposées sur le document bénéficient d'une présomption de fiabilité qui est due au recours au tiers certificateur qualifié qui a établi un certificat électronique qualifié lors de l'établissement de l'acte. Ainsi, lorsque le tribunal arbitral s'assure de la présence d'un certificat électronique qualifié, il ne doit pas chercher d'autre critère pour admettre l'acte mais ce certificat suffit en lui-même pour affirmer l'identité des parties et la garantie de l'intégrité du contenu du document. Cette présomption joue sans doute au profit de la personne qui oppose l'acte à celui dont il est émané et elle doit prouver que les conditions des articles 1316-1 et 1316-4 ont été respectées lors de l'établissement de l'acte et c'est à l'autre partie de prouver la non fiabilité du procédé de signature qui a été utilisé.

Enfin, il faut noter que, d'une part, cette présomption est simple et la preuve contraire peut être apportée par tous moyens y compris par des témoignages ou par d'autres modes de preuve et que, d'autre part, il est nécessaire de mentionner qu'aux termes de l'article 1470 du code de procédure civile qui énoncent que « sauf stipulation contraire », les parties peuvent toujours retirer du tribunal arbitral le pouvoir de reconnaître et de trancher un incident de vérification d'écriture.

B – La valeur de l’acte dressé par voie électronique

347. Par nature, tout acte se décompose en deux parties : la première partie contient les stipulations et les engagements que les parties doivent exécuter et la seconde partie qui est la plus importante est formée de la signature apposée sur l’écrit. Sans l’une de ces deux parties, l’acte ne peut pas être constitué. La signature possède alors une capacité (1) qui contribue à donner une pleine force probante à l’écrit (2)

1) La mérite de la signature électronique apposée sur l’écrit

348. Aux termes de l’article 1316-4 du code civil, le procédé d’identification doit être fiable et doit garantir le lien de la signature avec l’acte sur lequel elle est apposée. Ce lien entre la signature et l’acte est un élément essentiel pour que la signature électronique rende l’acte admissible comme mode de preuve littérale. A cet effet, comme pour l’écrit électronique qui doit réunir certaines conditions, la signature apposée sur cet écrit doit à son tour remplir certaines conditions afin d’accepter l’écrit contenant cette signature comme une preuve littérale. Ainsi, la signature doit d’une part être attachée seulement et exclusivement à la personne qui l’a apposée de sorte qu’elle doit l’identifier et, d’autre part, elle doit assurer l’intégrité du texte qui forme le document électronique.

Par conséquent, à l’instar des conditions que l’écrit électronique doit réunir pour qu’il soit admis comme mode de preuve littérale tant pour l’acte authentique que pour l’acte sous seing privé, la signature électronique, qui permet d’identifier le signataire et qui garantit le lien avec l’acte, s’applique à l’acte authentique comme à l’acte sous seing privé. En résultat, seule une signature électronique apposée par les parties pour l’acte sous seing privé et par un officier public pour l’acte authentique « *permet de détenir une preuve littérale* »³⁹⁶.

349. En plus, aux termes de l’alinéa 2 de l’article 1316-4 du code civil, *lorsqu’elle est électronique, elle (la signature) consiste en l’usage d’un procédé fiable d’identification garantissant son lien avec l’acte auquel elle s’attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu’à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l’identité du signataire assurée et l’intégrité de l’acte garantie, dans des conditions fixées par décret en conseil d’Etat*. Sans aucun doute, cet article pose une présomption de fiabilité du procédé de la signature électronique.

³⁹⁶ - A. Raynouard, « Le droit de l’écrit électronique », *Les petites affiches* 2001, n°65, p. 18.

350. Cependant, il ne faut pas s'arrêter là. Il faut prévoir les conditions dans lesquelles un procédé de signature électronique pourra être présumé fiable. A cet effet, un décret doit fixer ces conditions. C'est avec le décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 1316-4 précité devront être mises en œuvre. Ainsi, l'article 2 du décret n°2001- 272 énonce que *la fiabilité d'un procédé de signature électronique est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque ce procédé met en œuvre une signature électronique sécurisée, établie grâce à un dispositif sécurisé de création de signature électronique et que la vérification de cette signature repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié*. Cet article pose trois conditions pour que la présomption de fiabilité du procédé de création de la signature soit prise en compte : en premier lieu, il faut disposer d'un dispositif de création de signature électronique sécurisée ; en second lieu, il faut que la signature soit vérifiée et, en troisième lieu, il faut que la vérification soit possible grâce à l'utilisation d'un certificat électronique qualifié (c'est-à-dire sécurisée en elle-même).

En ce qui concerne la première condition qui est celle du dispositif sécurisé de signature électronique, celle-ci doit être créée à partir de données qui doivent rester confidentielles et ne pas être utilisées plusieurs fois. Selon cette condition, la signature doit être propre à son utilisateur qui possède seul le droit exclusif de l'utiliser. Cela implique donc que la signature est formée par des chiffres qui constituent une clé délivrée au seul utilisateur ; ce qui la rend par suite protégée contre toute utilisation par des tiers ou contre toute altération qui sera directement et immédiatement détectée.

La signature doit ensuite être vérifiée. Cette vérification consiste à s'assurer de son exactitude, de ses conditions d'utilisation ainsi que de sa durée de validité. La procédure de vérification est réalisée par le dépôt de la signature chez un prestataire de certification (tiers certificateur) dont le rôle consiste à délivrer un certificat électronique qualifié avec lequel la signature pourra éventuellement être utilisée. C'est l'application de la seconde condition de l'article 2 du décret n°2001-272 qui impose que [...] *la vérification de la signature électronique repose sur l'utilisation d'un certificat électronique qualifié* obtenu d'un prestataire de service de certification électronique qui, à son tour et selon la troisième condition de l'article 2 de ce décret, doit être habilité à remplir le rôle de vérification.

Ainsi, un procédé de signature électronique remplissant les conditions qu'on a citées doit bénéficier de la présomption de fiabilité instaurée dès lors que la signature s'adresse à un tiers certificateur qualifié lors de la création de l'acte litigieux. Par conséquent, il s'agit d'une

présomption simple qui renverse la charge de la preuve qui pèsera dès lors sur celui qui désire mettre en cause le procédé de signature utilisé c'est-à-dire « *qu'elle dispense de la preuve celui qui en jouit en lui permettant de se contenter d'établir les éléments factuels préalables qui permettent de s'appuyer sur la présomption* »³⁹⁷. A noter toutefois que la preuve contre cette présomption simple peut toujours être rapportée par tous moyens par la personne qui énonce que la signature n'émane pas d'elle.

2) La force probante de l'écrit électronique

351. Aux termes de l'alinéa premier de l'article 1316-1 du code civil, *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.*

D'après ce texte, pour être équivalent à un écrit sur support papier, l'écrit électronique doit posséder deux caractéristiques principales : d'une part, l'identification de la personne dont il émane et, d'autre part, il doit être conservé dans des conditions qui garantissent son intégrité. Ainsi, la loi dispose expressément qu'un document électronique puisse être reçu au même titre qu'un document papier lorsqu'il satisfait à ces deux conditions qu'on a citées. Une fois ces conditions réunies, la loi ne rend pas seulement le titre recevable comme mode de preuve, mais, selon l'article 1316-3 du code civil, elle donne à l'écrit sur support électronique la même force probante que l'écrit traditionnel³⁹⁸. De ce fait, après que l'article 1316-1 ait déterminé les conditions avec lesquelles un écrit électronique puisse être équivalent à un écrit papier, il a énoncé que cet écrit puisse être présenté comme mode de preuve littérale tout comme l'écrit sur support papier. La loi a donc subordonné la force probante à l'identification de la preuve de laquelle la signature émane.

352. En plus, il faut énoncer que l'article 1316-3 s'applique à tous les écrits qu'ils soient authentiques ou sous seing privé. Pour les actes authentiques électroniques, lorsque le notaire et chacune des parties apposent leurs signatures, les conditions de l'article 1316-1 se réunissent et par suite les signataires seront connus et l'acte sera aussi préservé de toute modification ultérieure en le conservant dans un minutier central³⁹⁹. A cet effet, l'acte

³⁹⁷ - Th. Aballéa, « Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ? » *D.* 2004, p. 2237.

³⁹⁸ - Article 1316-3 du code civil : L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier.

³⁹⁹ - Voir supra, Conservation et archivage des documents électroniques, n°299 et s.

authentique électronique sera doté d'une force probante équivalente à celle possédée par un acte authentique dressé sur support papier.

De même, pour l'acte sous seing privé, rien ne peut faire obstacle à ce qu'un tel acte ait pleine force probante lorsqu'il est d'une part signé et les signataires sont connus et, d'autre part, lorsqu'il est conservé de toute altération. A cet égard, l'article 1322 du code civil est toujours applicable. Cet article dispose que *l'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu, a entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs ayant cause la même foi que l'acte authentique*. Cela signifie sans doute que lorsque le signataire est connu, ce dernier est présumé accepté ce que le document contient et par suite l'écrit assorti de sa signature aura la même valeur probante qu'un acte authentique et à fortiori qu'un acte sous seing privé sur support papier.

Il en résulte que, qu'il soit authentique ou sous seing privé, l'écrit électronique, répondant aux exigences de l'article 1316-1, possède une pleine force probante lui permettant d'être l'équivalent d'un écrit sur papier et par conséquent toute preuve contraire de cet acte conclu par voie électronique ne devra pas déroger aux conditions de l'article 1341 du code civil qui dispose que pour prouver contre et outre l'écrit, il faut apporter un autre écrit quel que soit le support de ce dernier.

En définitif, l'article 1316-3 du code civil a complété la place de l'écrit électronique sur le plan probatoire en lui octroyant la même force probante que l'écrit sur support papier. Dès lors, nul ne peut contester cette force probante que par une inscription de faux ou une vérification d'écriture selon qu'il s'agisse d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé comme on a vu.

Deuxième partie – Les preuves orales

353. D'une manière générale, lorsqu'on parle de la preuve orale, la pensée se dirige directement vers ce qu'on appelle les témoignages reçus par des témoins qui ont vécu les moments où les faits sont déroulés. A cet effet, lorsqu'une procédure s'est engagée en justice, les témoins constituent l'un des modes de preuve que les plaideurs comptent sur leurs connaissances et ce qu'ils ont vus ou entendus.

Sans aucun doute, ce genre de preuve est reconnu dans toutes les législations de fait qu'au sein d'une instance, étatique ou arbitrale, issue de la tradition civiliste ou de celle de Common Law, les témoins ne sont pas rarement appelés à déposer ce qu'ils savent afin d'apporter une meilleure compréhension des faits litigieux au tribunal. Il s'agit donc d'une preuve nommée preuve par témoins qui constitue l'un des moyens avec lesquels les litigants pourront prouver leurs droits et arriver à la manifestation de la vérité.

354. Cependant, dans certaines législations, les témoins ne sont pas les seules personnes qui sont considérées comme tel. En effet, surtout dans les législations appliquant les traditions de Common Law, il existe certaines personnes susceptibles toutes à déposer un témoignage comme le fait un témoin ordinaire. Il s'agit des experts qui sont considérés dans les pays de Common Law comme étant des témoins. Ainsi, tout comme les témoins, ces experts sont désignés par les parties qui les préparent pour un témoignage devant le tribunal et devant la partie adverse.

Par contre, dans les pays qui suivent la tradition civiliste, aucune personne autre que les témoins ne peut déposer un témoignage. Dans ces pays, la décision d'appeler des témoins et des experts et de les entendre revient exclusivement aux juges sans intervention des parties dont le rôle consiste uniquement à demander au tribunal de recourir à ces mesures d'instruction.

355. La divergence des pratiques suivies dans les deux systèmes de Common Law et de civil Law paraît claire dans une procédure arbitrale internationale qui regroupe des intervenants de tous les systèmes juridiques surtout lors de l'administration de la preuve par témoins et de la preuve par expertise. Cependant, dans la pratique de l'arbitrage international, cette divergence est résolue de fait que même dans le cas où la procédure arbitrale internationale contient des intervenants issus des pays civilistes, il est permis aux plaideurs de désigner eux-mêmes leurs

propres experts qui seront par suite considérés comme des témoins soumis aux règles appliquées à ceux-ci surtout les règles attachées à la manière d'interrogation des témoins.

Dès lors, il sera vrai de dire que dans les instances arbitrales internationales, la notion de la preuve orale s'est élargie pour couvrir deux preuves : d'une part, la preuve testimoniale ou la preuve par témoins (Titre 1) et, d'autre part, la preuve par expertise (Titre 2).

Titre I – La preuve par témoin

356. Au sens de l'arbitrage, le témoin se définit comme étant une personne possédant des informations pertinentes pour une procédure arbitrale et devant les communiquer lors du déroulement de celle-ci quels que soient son statut et la forme du témoignage qui peuvent être direct ou indirect, oral ou écrit. Par la suite, le témoignage sera défini par la divulgation de l'ensemble des informations en possession du témoin. Il existe donc tout un système contribuant à éclairer les questions litigieuses par des personnes étrangères à la convention d'arbitrage et au litige soumis aux arbitres.

357. Un ancien auteur disait que « *c'est folie de se mettre en enquête, c'est-à-dire de faire dépendre sa cause d'une preuve testimoniale, parce que celui qui abreuve le mieux ses témoins fait la meilleure preuve* »⁴⁰⁰. Néanmoins, cette méfiance à l'égard des témoins n'a pas disparu. La pratique a ainsi démontré que les témoins sont parfois reprochables et ce, pour une multitude de raisons : mémoire défaillante, erreur de compréhension, mauvaise réception des faits, existence d'un lien de parenté ou d'un lien de subordination, souci de conserver un emploi. Ainsi, parce que leurs discours ne seront qu'une reconstruction inexacte des faits qu'ils décrivent, les déclarations des témoins sont donc fragiles et dans bien des cas, influencées par un nombre de critères conscients ou inconscients.

Malgré cette fragilité, le témoignage constitue l'une des preuves la plus fréquemment utilisée en matière d'arbitrage international. Les parties y recourent souvent afin de prouver ce qu'elles allèguent de sorte que l'on admet que toute personne puisse en principe témoigner dans une instance arbitrale internationale. Mais avant de comparaître pour déposer, le témoin dans l'arbitrage international est généralement préparé pour ensuite être soumis à une phase d'interrogatoire menée par les parties et parfois par les arbitres qui possèdent un large pouvoir d'appréciation des témoignages déposés. Cette préparation du témoin dans l'arbitrage international paraît importante malgré les oppositions entre les différents systèmes juridiques surtout au niveau de la déontologie de chacun d'eux en cette matière.

358. Par contre, bien que l'arbitrage soit privé, des principes impératifs relatifs à la preuve par témoin s'imposent d'un côté aux parties et, d'un autre côté, aux arbitres de fait qu'ils ne peuvent pas y déroger par des conventions, sinon, la procédure arbitrale en général et la

⁴⁰⁰ - E. Zola, *Lettre préface à l'enquête médico-psychologique* du Dr. Edouard Toulouse, Tome1, Introduction générale, Paris, Société d'Édition Scientifiques, 1896.

sentence en particulier seront mises en cause dans le cas où les arbitres fondent leur sentence sur ces témoignages viciés.

De ce qui précède, il résulte que la preuve testimoniale dans l'arbitrage international est régie par des dispositions générales liées au témoin et au témoignage mais aussi par des dispositions spécifiques liées à ceux-ci.

Ainsi, dans un premier chapitre, nous procéderons à l'étude des dispositions générales liées au témoin et au témoignage (chapitre 1). Puis, nous examinerons dans un second chapitre les dispositions spécifiques liées au témoin et au témoignage (chapitre 2).

Premier chapitre – Les dispositions générales liées au témoin et au témoignage

359. A l'issue des deux définitions qu'on a données au témoin et au témoignage, il résulte qu'il existe un double rapport : d'une part entre les faits litigieux et le témoin et, d'autre part, entre ces mêmes faits et le témoignage. En effet, le rôle essentiel d'un témoin consiste strictement à dire ce qu'il a vu ou ce qu'il a entendu de sorte qu'il ne lui est jamais demandé de donner son avis personnel à propos des faits qu'il révèle car la mission de donner des avis et trancher le litige appartient exclusivement au tribunal arbitral. De ce fait, plus le témoin paraît crédible et sincère plus son témoignage constitue l'élément principal de conviction des arbitres.

360. En revanche, pour qu'il puisse être admis dans un arbitrage, il faut d'abord vérifier la qualité du témoin. La vérification du témoin dépend en premier lieu de la législation choisie pour régir l'instance arbitrale. A cet effet, certaines divergences se trouvent entre les différentes traditions juridiques de fait qu'une personne admise comme témoin dans un système juridique ne peut avoir cette qualité dans un autre système. La vérification dépend en second lieu de la personne du témoin c'est-à-dire, que certaines personnes ne sont jamais admises à témoigner dans l'arbitrage en vue d'un empêchement qui rend inadmissible leur déposition.

361. Après la vérification de l'admissibilité du témoin, certaines obligations incombent d'un côté au témoin, et d'un autre côté aux autres participants à l'arbitrage de sorte qu'une contravention à l'une de ces obligations rend le témoignage incomplet et peut lui rendre inexistant.

A partir des points soulevés ci-dessus, il résulte des questions générales attachées tant au témoin qu'à son témoignage qui doivent être traitées. Le traitement des questions relevées sera divisé en deux sections : dans la première nous évoquerons d'une manière générale la preuve orale (première section) et dans la deuxième nous examinerons les obligations pesant sur les intervenants de l'arbitrage (deuxième section).

Première section – La preuve par témoin en général

362. Parmi les modes de preuve présentés dans une instance se trouve la preuve par témoin. Cependant, celle-ci n'est pas prise d'une manière identique dans toutes les législations. En effet, certaines législations l'ont considérée comme la preuve du premier rang tandis que d'autres ne l'ont utilisée que d'une manière subsidiaire dans l'absence d'autres preuves. Cette divergence entre les différentes législations a fait de l'arbitrage international une terre souple pour accueillir toutes les pratiques suivies devant les tribunaux internes de ces différentes législations. Néanmoins, cette souplesse a provoqué une inquiétude pour les intervenants de l'arbitrage international de sorte qu'il est devenu nécessaire, dans la plupart des cas, de créer des pratiques spéciales qui seront appliquées dans la procédure arbitrale internationale. De ce fait, l'arbitrage international s'est uniformisé sur un système unique inspiré des différentes traditions juridiques. A cet effet, l'arbitrage international a connu d'une manière unifiée, avec parfois des dérogations, la notion et le statut de la preuve orale ainsi que son admissibilité dans la procédure arbitrale internationale.

A partir de là, nous traiterons, dans un premier paragraphe, de la portée de la preuve orale (§1) et, dans un second paragraphe, de l'admissibilité de la preuve orale dans l'arbitrage international (§2).

§ 1 – La portée de la preuve par témoin

363. La preuve testimoniale constitue l'un des premiers modes de preuve qui étaient utilisés pour trancher les différends entre les particuliers. Elle s'est ensuite répandue pour former le seul élément de conviction pouvant résoudre un litige en vue de la foi qui était donnée à la parole des individus. La notion de la preuve orale a ainsi connu un certain progrès de sorte qu'elle fut dès lors utilisée largement dans les instances étatiques mais aussi dans les instances arbitrales. A cet effet, il est nécessaire de prime abord de donner la notion de la preuve orale (A) pour ensuite invoquer la pratique de la preuve orale dans les différents tribunaux qu'ils soient étatiques ou arbitraux (B).

A – Notion de la preuve par témoin

364. Considérée comme le mode de preuve basé sur les seules connaissances de son auteur, la preuve testimoniale reste toujours influencée par la mémoire du témoin. Cependant, en dépit de cette situation, elle ne doit pas être négligée, en ce sens qu'elle constitue toujours une preuve essentielle pour convaincre le tribunal. La notion de la preuve orale impose d'abord de lui donner une définition (1) puis d'évoquer la teneur de cette preuve (2).

1) Définition de la preuve par témoin

365. D'une manière générale, le témoignage est fréquent en droit civil. D'une part, lors de l'élaboration d'un acte authentique, des témoins connus sous le nom de « témoins instrumentaires » assistent les officiers publics : c'est le cas des actes établis par les notaires. La présence et la signature de ces témoins leur donnent une mission qui consiste à confirmer la véracité des énonciations que contient l'acte. De plus, ils attestent le consentement des parties à l'acte conclu. Ce témoignage qui n'a pas été fait devant une juridiction est appelé un témoignage extrajudiciaire. D'autre part, rien n'empêche au juge d'appeler les témoins instrumentaires pour déposer dans une procédure judiciaire. Il consiste donc en des déclarations sur des faits litigieux dont les témoins ont personnellement pris connaissance. Ainsi, ces déclarations émanées des tiers constituent la preuve testimoniale proprement dite⁴⁰¹.

366. Mais si cela envisage nettement ce qu'est un témoignage, plusieurs définitions sont par contre apparues. Bien qu'un premier système ait considéré que le témoignage soit « une

⁴⁰¹ - Lorsque ces déclarations sont l'œuvre du défendeur, on parle d'un aveu.

déclaration verbale faite en justice sous la foi du serment »⁴⁰², un second système qualifie de témoignage la déposition faite en justice même non accompagnée d'une prestation de serment. Mais quoi qu'il en soit, le témoignage dans l'arbitrage international a dépassé le conflit entre ces deux systèmes et il a été admis que, dépourvu d'impérum, l'arbitre ne peut accueillir le serment du témoin qui révèle des informations qui intéressent l'affaire soumise au pouvoir des arbitres⁴⁰³. Par conséquent, la preuve testimoniale est celle qui résulte des déclarations faites par des personnes relatant ce qu'elles ont vu ou entendu. Ainsi, « être témoin, c'est attester la vérité d'un fait qu'on a vu, lu, entendu, senti, identifié, constaté ou, parfois, recueilli les propos d'autrui »⁴⁰⁴. Le témoin est donc un instrument de preuve vivant puisque ses déclarations sont les conséquences d'une connaissance personnelle⁴⁰⁵.

2) La teneur de la preuve par témoin

367. La place de la preuve par témoin varie d'abord suivant la législation de chaque pays. Ainsi, dans les pays de tradition romaniste, le témoignage présente une infériorité par rapport à la preuve littérale tandis que dans les pays de Common Law, la preuve orale se prévaut sur toute autre preuve. Ensuite, elle varie selon que l'on se trouve dans un système de preuve légale où le législateur détermine les moyens de preuve, leur admissibilité et leur force probante ou dans un système de preuve morale où les moyens de preuve sont libres, et leur force probante est appréciée souverainement par le tribunal. Ainsi, il est nécessaire de mentionner que, dès lors que la preuve orale est admissible, le témoignage peut être reçu selon deux méthodes : si les déclarations sont faites par écrit, elles portent le nom d'attestation ; en revanche, si elles sont recueillies oralement, il s'agit d'une enquête⁴⁰⁶.

Traditionnellement, le témoignage ayant un caractère oral était recueilli par voie d'enquête qui constitue la procédure au moyen de laquelle s'administre oralement la preuve testimoniale⁴⁰⁷. Mais dans la pratique, notamment lorsqu'il était impossible à un témoin de venir déposer, il a été accepté que les témoignages écrits soient établis par les témoins. Ainsi,

⁴⁰² - A. Chaveau, H. Faustin et E. L. Villey-Desmeserets, *Théorie du code pénale*, tome IV, 6^{ème} éd., Marchel et Billard, 1887-1888, p.534.

⁴⁰³ - Voir infra, L'obligation de prêter serment, n°398 et s.

⁴⁰⁴ - F.Gorphe, *L'appréciation des preuves en justice*, Librairie du recueil Dalloz, 1947, p.21.

⁴⁰⁵ - J.-P. Gridel, « La valeur du témoignage en droit civil », *Rev. int. dr. comp.*, 1994 n°2, p.437.

⁴⁰⁶ - Article 199 du code de procédure civile français ; dans ce sens, cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 1995, Bull. civ. 1995, I, n°13, p.8.

⁴⁰⁷ - A ce propos, il faut distinguer l'enquête ordinaire et l'enquête sur le champ. Bien que l'enquête ordinaire soit la procédure normale, l'enquête sur le champ est celle en vertu de laquelle le juge ou l'arbitre peut, à l'audience ou en son cabinet, ainsi que tout lieu à l'occasion de l'exécution d'une mesure d'instruction, entendre les personnes dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité

il est devenu relativement courant de produire les dépositions écrites des témoins que les parties veulent utiliser comme éléments de preuve. Cette dernière pratique est très répandue dans l'arbitrage international dans lequel les parties sont souvent invitées à produire des témoignages sous cette forme. On parle alors « d'affidavits » ou de « witness statement ». A noter toutefois que même lorsque les attestations écrites sont acceptées, cela ne va pas jusqu'à exclure l'audition ultérieure des témoins. A partir de là, lorsqu'une attestation écrite est acceptée, elle ne peut être faite que par des personnes remplissant les conditions requises pour être entendu comme témoin.

368. Cependant, il est utile de se demander sur quoi portera un témoignage. En principe, l'objet du témoignage est toujours ce que le témoin a personnellement constaté. Ainsi, lorsque cette constatation personnelle porte sur un fait que le témoin a vu, on parle d'un témoignage direct dont l'admissibilité ne soulève aucune difficulté. Mais les témoignages indirects sont aussi recevables dans l'arbitrage international. Le témoignage indirect est celui dans lequel le témoin avoue ce qu'il a personnellement entendu d'une personne quelconque relatant ce qu'elle a constaté elle-même. En d'autres termes, « *le témoin qui n'a pas vu le fait litigieux, répète ce qu'il a entendu dire d'une personne déterminée* »⁴⁰⁸. C'est donc un témoignage du second degré dans lequel le témoin affirme un fait dont il a eu une connaissance personnelle.

369. Mais il faut bien distinguer le témoignage indirect de la preuve par commune renommée⁴⁰⁹ qui consiste en des témoignages sur une opinion répandue dans le public au sujet des faits litigieux⁴¹⁰. Alors que la personne qui a rapporté les faits, objet du témoignage indirect, est identifiée, l'origine des informations recueillies n'est pas connue de façon précise dans la preuve par commune renommée. Cela fait qu'une preuve par commune renommée ne doit pas en principe être présentée comme élément de preuve dans l'arbitrage international⁴¹¹ car il est évident que la preuve s'affaiblit lorsqu'elle s'éloigne de sa source originale. Comme le disait un auteur : « *un seul œil a plus de crédit que deux oreilles n'ont d'audire* ». C'est ainsi qu'il faut admettre que les témoins qui déposent ce qu'ils ont vu méritent plus de confiance que ceux qui déposent seulement ce qu'ils ont entendu⁴¹².

⁴⁰⁸ - G. Desmottes, op. cit., p.24.

⁴⁰⁹ - Encore nommée « oui-dire ».

⁴¹⁰ - M. Picard, *De la preuve par commune renommée*, Thèse Paris, 1911.

⁴¹¹ - R. Goff, « La présentation de la preuve en droit anglais », *Rev. arb.*, 1974 n°3, p.123.

⁴¹² - Cependant, la preuve par commune renommée souffre de quelques exceptions. Il en est ainsi lorsque les déclarations sont émanées d'une partie à l'instance ou lorsque les déclarations sont contenues dans des documents gouvernementaux, etc... (S. Rousselle, op.cit., p.27 et s).

B – La preuve testimoniale dans les différents tribunaux

370. Comme on l’a déjà vu, l’arbitrage international est une méthode indépendante pour trancher les litiges émanant des contrats internationaux. Cependant, cette méthode reste toujours influencée par les règles appliquées devant les tribunaux internes, qu’ils soient étatiques ou arbitraux, surtout en matière de preuve testimoniale. Ainsi, nous traiterons, premièrement, de la preuve testimoniale dans les différents systèmes juridiques (1) et, deuxièmement, de la preuve testimoniale dans l’arbitrage international (2).

1) La preuve testimoniale dans les différents systèmes juridiques

371. « *Les lois sur l’arbitrage et les règlements d’arbitrage ne comportent généralement pas de règles spécifiques sur la preuve* »⁴¹³ et ne traitent que d’une façon générale de l’administration de la preuve⁴¹⁴. Cependant, certains aspects qui concernent le rôle des arbitres et des parties dans le règlement de la procédure arbitrale résident dans les codes de procédure civile des différentes législations tel que l’article 1464 alinéa 1 du code de procédure civile français qui énonce qu’*à moins que les parties n’en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques*⁴¹⁵. Les parties, ou à défaut les arbitres, ont donc une possibilité de créer une procédure⁴¹⁶ ou adopter un règlement d’arbitrage dont elles se réfèrent à ses dispositions dans le cas où elles n’ont pas choisi une loi nationale pour l’appliquer sur la procédure⁴¹⁷.

372. Cependant, dans l’arbitrage international, les règles choisies changent selon le système de droit appliqué. A cet égard, les modes d’administration de la preuve suivis dans les pays de Common Law s’opposent à ceux pratiqués dans les pays de tradition romaniste. Tandis que dans les premières, une production très complète de tous les modes de preuve que peut disposer une partie est reconnue, seule une production des éléments de preuve avec lesquelles les parties soutiennent leurs prétentions est envisageable dans les secondes. Cette opposition qui demeure très marquée en matière d’administration de la preuve paraît très claire en ce qui concerne la preuve testimoniale⁴¹⁸. Ainsi, comme le relèvent certains auteurs : « *En dépit de*

⁴¹³ - J.-M. Jaquet, P. Delebeque et S. Corneloup, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd. Dalloz 2010, p.861.

⁴¹⁴ - Y. Derains, « La pratique de l’administration de la preuve dans l’arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, n°4, p.782.

⁴¹⁵ - C’est également le cas en Angleterre où les parties sont libres de convenir avec le tribunal du type de procédure qui sera celle de l’arbitrage.

⁴¹⁶ - Cette faculté est rarement exercée, elle n’est pratiquée que dans certains arbitrages ad hoc.

⁴¹⁷ - J.-B. Racine, F. Siirainen, *op.cit.*, p.465.

⁴¹⁸ - R.Ziadé et C.-H. De Taffin, « Les témoins dans l’arbitrage international », *RDAI*, 2010 n°2, p.115.

*leur rapprochement réciproque, il existe une opposition fondamentale entre les conceptions de Common Law et romaniste »*⁴¹⁹.

Dans les pays de droit civil, après le dépôt de son premier mémoire, chaque partie présente les preuves de ce qu'elle allègue. Chacune doit constituer son dossier en prenant en compte les éléments qu'elle connaît, et en apportant les preuves qu'elle a en sa possession afin que ses représentants remettent au juge un dossier de plaidoirie qui contient tous les arguments et pièces et autres modes de preuve. En d'autres termes, dans les pays de droit civil, la procédure est écrite de façon à ce qu'après les échanges des mémoires accompagnés par des preuves documentaires, l'audience en général et surtout les témoignages n'ont d'autre objet que de compléter ce qui manque dans la preuve documentaire.

Par conséquent, les pays de code civil se caractérisent par la prépondérance de la preuve écrite. Dans ce système, celle-ci prévaut pour établir la réalité des actes juridiques et des conventions. La loi n'autorise que rarement la preuve par témoin car elle la tient pour suspecte de fait que les témoins peuvent être subornés⁴²⁰. Ainsi, comme on l'a dit, une des conséquences du caractère légal de la théorie des preuves dans les pays de tradition romaniste est d'introduire une certaine hiérarchie entre les preuves écrites et les preuves orales, et de préférer d'une manière générale, la preuve écrite. Le témoignage oral est donc, pour les pays de droit civil, secondaire par rapport à la preuve écrite, « *sauf s'il se substitue à elle* »⁴²¹.

Par contre, dans les pays de Common Law, l'ensemble de toutes les pièces et les documents sont remis aux juges (ou aux arbitres) avant l'audience par le biais de la technique connue sous le nom de discovery⁴²² qui a « *pour but de cerner les principaux objets du différend entre les deux parties et de vérifier les faits et les informations liés aux litiges* »⁴²³. Cette pratique propre au système de Common Law consiste à ce que chaque partie doit préparer une liste de tous les documents qu'elle a entre ses mains. Ainsi, le mémoire dans le système de Common Law, à l'encontre du système de droit civil, sera accompagné de toute la preuve documentaire qui est en possession de chacune des parties avec les « pre-trial depositions » c'est-à-dire les déclarations écrites des témoins recueillis par leurs conseils en dehors de la présence du

⁴¹⁹ - G. Rouhette, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon systèmes de droit français et de Common Law », *Rev. arb.*, 1974, p.237 ; C. Dieryck, « Procédures et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 1988, p.267.

⁴²⁰ - C. Dieryck, *idem.*, p. 267.

⁴²¹ - Mathieu de Boisésson, *op. cit.*, p.743.

⁴²² - Voir *supra*, La discovery, n°91 et s.

⁴²³ - C. Brower, « La discovery et production de la preuve aux Etats Unis », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales international* », CCI, dossier n°8, 1989, p.25.

tribunal⁴²⁴. Ainsi, pendant le procès, ayant la charge de la preuve, le demandeur introduira l'ensemble des preuves qu'il possède, y compris les témoins qu'il souhaite interroger.

A partir de là, la preuve orale revêt une importance considérable dans les pays de Common Law de sorte que la procédure orale (audition des témoins et des parties) est largement utilisée et est beaucoup plus développée par rapport à la tradition civiliste⁴²⁵. Ainsi, « *l'une des marques de la Common Law en matière de preuve est qu'elle a recours aux témoins pour faire produire des éléments de preuve avec lesquels il n'est pas d'autre preuve que celle fournie par un témoin appelé à comparaître et à déposer sur un fait dont il a personnellement connaissance* »⁴²⁶. C'est ici qu'apparaît la fonction des conseils des parties dans la Common Law qui consiste à préparer les témoins avant leur comparution⁴²⁷.

On constate qu'il est parfaitement normal, dans les pays de Common Law, que les représentants des parties rencontrent les témoins qu'ils ont choisis afin de préparer leurs dépositions à l'abri du juge dont son rôle est essentiellement passif et ne décide que sur les faits demandés et allégués par les parties. Le juge agit donc comme une sorte d'arbitre pour fixer les règles de preuve et dire, après que les parties présentent leur défense, « *quel est celui qui a gagné l'affaire* »⁴²⁸.

Cette absence du rôle du juge, en matière de preuve testimoniale, n'est pas connue dans les pays de tradition romaniste. Le juge, dans cette tradition, joue un rôle beaucoup plus actif dans le déroulement de l'instance et dans l'administration de la preuve y compris dans les dépositions des témoins. Il s'est donc créé dans les pays de droit civil une tradition qui veut que le juge soit maître de la procédure. C'est à lui de décider de la comparution d'un témoin et de l'organisation des audiences et c'est à lui que s'est confiée la direction des débats. Ainsi, d'une manière générale, dans les pays de type romaniste, le juge interroge personnellement les témoins, dirige leur audition, les entend dans l'ordre qu'il détermine, et c'est lui qui leur pose les questions. Par conséquent, les parties passent par l'intermédiaire du juge si elles désirent poser d'éventuelles questions alors que, dans les pays de Common Law, il est reconnu aux parties et à leurs conseils de communiquer avec les témoins avant et durant l'audience lors de la phase de leur interrogatoire.

⁴²⁴ - Ces mêmes témoins seront entendus de nouveau durant l'audience devant le tribunal comme on le verra plus tard.

⁴²⁵ - G. Flecheux, op. cit., p.325.

⁴²⁶ - S. Ginossar, « Système anglais de la preuve judiciaire », in *La preuve en droit*, Etude publiée par Ch. Perelman et P. Foriers, Bruxelles 1981, p.100.

⁴²⁷ - Voir infra, La préparation du témoin, n°431 et s.

⁴²⁸ - A. Redfern et M. Hunter, op. cit., p.265.

2) La preuve testimoniale dans l'arbitrage international

373. Rappelons d'emblée que l'arbitrage international est une procédure contentieuse par laquelle les parties à un contrat prévoient contractuellement de confier à un ou plusieurs tiers, qu'elles choisissent, le soin de trancher les litiges nés de leur contrat. De même, l'arbitrage international est marqué par l'absence d'un code universel régissant la procédure. Dès lors, les parties pourront être jugées selon des règles différentes de celles qui sont applicables devant les juridictions étatiques.

374. La première source du droit applicable à l'administration de la preuve dans l'arbitrage international est la volonté des parties. C'est par le principe de l'autonomie de la volonté que ces dernières disposent d'une pleine liberté pour choisir les règles applicables à leur arbitrage. Le principe de l'autonomie de la volonté en matière de procédure a été largement adopté par les législations nationales et par les règlements d'arbitrage. Ainsi, l'article 1509 alinéa 1 du code de procédure civil français dispose que *la convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale*. De même, l'article 15 paragraphe 1 du règlement d'arbitrage CCI précise que *la procédure devant le tribunal arbitral sera régie par le présent règlement et, lorsque ces règles sont taires, par les règles auxquelles les parties ou, à défaut, le tribunal arbitral peut s'installer [...]*. Cependant, dans le silence des parties, les lois et les règlements ont donné aux arbitres la mission de régler la procédure. C'est le cas de l'alinéa 2 de l'article 1509 du code de procédure civil précité. Ainsi, « *les acteurs du commerce international qui souhaitent recourir à l'arbitrage doivent attendre une procédure adaptée à leur litige mais différente de celle qui aura lieu devant les tribunaux étatiques* ».⁴²⁹ Cette souplesse est garantie par la liberté conférée aux parties et subsidiairement aux arbitres.

375. Ce type de procédure, qui forme la justice privée des parties, et qui se situe à l'abri des tribunaux étatiques, permet en fait de réunir des personnes – les arbitres et les parties – parfois de nationalités différentes et même encore de traditions juridiques différentes. A l'issue de cette divergence entre les divers systèmes juridiques, notamment ceux de Common Law et de Civil Law, un déséquilibre entre les parties se crée alors que la finalité principale de l'arbitrage international consiste à régler les différends opposant des parties de traditions diverses, en leur assurant un traitement équilibré et égal.

⁴²⁹ - R. Ziadé et C.-H. De Taffin, op.cit., p.115.

Cependant, cette division entre pays de Common Law et de droit civil tend à se réduire dans l'arbitrage commercial international et les pratiques semblent se rapprocher. En fait, la pratique arbitrale internationale a mis en valeur les avantages des deux systèmes. Ainsi, la liberté dont disposent les parties et les arbitres en matière d'administration de la preuve a permis de dégager des procédures qui sont propres à l'arbitrage international et qui empruntent des traits caractéristiques aux différentes traditions juridiques⁴³⁰. Dès lors, « *les arbitrages internationaux se déroulent selon un modèle procédural et un système d'administration de la preuve largement uniformisés* »⁴³¹. Cette uniformisation se trouve à tous les stades de la procédure et concerne tous les modes de preuve. Ainsi, comme on l'a mentionné dans le titre relatif à la preuve écrite, la pratique dégagée en matière de communication des documents et d'administration de la preuve documentaire est inspirée de la tradition civiliste alors que la pratique de la preuve testimoniale semble influencée par la tradition de Common Law en vue de l'efficacité que présentent les procédures de ce système en matière d'interrogation des témoins⁴³².

De ce fait, le recours aux témoignages est fréquent dans un arbitrage international même si ce dernier se déroule sur un territoire continental avec des parties et des arbitres issus de la tradition civiliste. Ainsi, l'influence des droits de Common Law paraît claire surtout lorsqu'il est procédé à une « *examination* » au cours de laquelle les témoins sont interrogés directement par les parties avec la possibilité d'un contre-interrogatoire par l'avocat de la partie adverse (on reviendra plus tard à la procédure d'interrogation). La pratique arbitrale internationale a par conséquent dégagé progressivement des usages uniformes, en matière d'administration de la preuve testimoniale, qui « *tendent à s'imposer dans la procédure quelle que soit l'origine des parties* »⁴³³. Cette influence de Common Law est consacrée dans la pratique de plusieurs institutions d'organisations d'arbitrage tel que le règlement d'arbitrage de l'International Bar Association IBA⁴³⁴ ainsi que les arbitrages que la chambre de commerce international CCI organise dans lesquels la preuve est en général soumise au régime des deux grands systèmes juridiques, mais de ce qui est de la preuve par témoin, la pratique a soumis cette preuve à des règles appliquées dans la pratique de Common Law.

⁴³⁰ - M. de Boisésson, op. cit., p.732.

⁴³¹ - Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p.706.

⁴³² - Voir infra, L'audition des témoins, n°464 et s.

⁴³³ - X. Normand-Bonard, « La préparation des témoins dans l'arbitrage international », *Les petites affiches*, 2000 n°87, p.4

⁴³⁴ - Le conseil de l'IBA a adopté le 1^{er} juin 1999 des règles relatives à l'administration de la preuve y compris en matière de la preuve testimoniale.

§ 2 – L’admissibilité de la preuve par témoin dans l’arbitrage international

376. Le principe qui domine dans le monde des conventions est celui de l’effet relatif de celles-ci. Ainsi, c’est le cas pour la convention d’arbitrage qui peut engendrer un procès dans lequel des parties et des arbitres seront présents. Cependant, il faut se demander si l’intervention des personnes étrangères à la convention d’arbitrage est acceptée pour déposer un témoignage dans l’instance arbitrale (A) et, dans l’affirmation, à quelles conditions ces personnes peuvent avoir la qualité de témoin dans l’arbitrage international (B).

A – L’effet relatif de la convention d’arbitrage

377. Contractuelle par nature, la convention d’arbitrage n’a qu’un effet relatif qui ne concerne que ses parties signataires. Cependant, il est des cas dans lesquels des tiers seront en mesure d’intervenir dans l’instance arbitrale pour déposer des témoignages. Nous examinerons donc dans un premier titre l’arbitrage et les tiers (1) et dans un second titre le rôle des arbitres et des juges étatiques dans la citation des témoins (2).

1) L’arbitrage et les tiers

378. De la nature privée de l’arbitrage découle une compétence pour les parties ; c’est celle de la possibilité « d’inventer » une procédure qu’elles appliquent à leur arbitrage ou d’adopter une loi nationale de procédure ou un règlement d’arbitrage⁴³⁵. Néanmoins, cette compétence est rarement exercée. Ainsi, les lois et les règlements sur l’arbitrage donnent aux arbitres, dans le cas où les parties n’ont pas choisi une procédure déterminée, la mission de régler la procédure. L’important est que les arbitres ne sont aucunement tenus d’appliquer des règles légales émanant des législations internes en matière de preuve. Cependant, le point qui doit être soulevé est celui de l’intervention des personnes étrangères à la convention d’arbitrage et au procès arbitral pour déposer un témoignage en faveur ou contre une partie à l’instance.

379. Comme on l’a déjà mentionné au dessus, les personnes qui n’ont pas personnellement signé la clause compromissoire ne peuvent pas être concernées par une procédure d’arbitrage qui concerne seulement ses parties signataires. Ainsi, il a été jugé que ne viole pas l’article 1504 NCPC (devenu 1520 avec la réforme du 13 janvier 2001)⁴³⁶ la cour d’appel qui annule la sentence arbitrale, après avoir décidé que l’un des défendeurs n’était pas lié par la clause

⁴³⁵ - J.-B. Racine et F. Siirainen, op.cit., p.465.

⁴³⁶ - Article 1520 NCPC: le recours en annulation n’est ouvert que si : 1° le tribunal arbitral s’est déclaré à tort compétent ou incompétent [...].

compromissoire et que l'arbitre s'était en conséquence déclaré à tort compétent pour statuer sur la responsabilité contractuelle *in solidum* des défendeurs à l'arbitrage, sans se prononcer sur l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage à l'égard d'un autre de ces défendeurs⁴³⁷. A fortiori, les tierces personnes ne peuvent intervenir dans une instance arbitrale pour constituer des témoins pour la simple raison que la convention d'arbitrage et la procédure arbitrale n'ont qu'un effet relatif entre les plaideurs, et il n'y a aucune nécessité pour admettre la présence des tiers.

Cependant, dans bien des cas, il se peut que l'élaboration du contrat litigieux soumis à l'arbitrage soit réalisée en présence des témoins. Ces derniers demeurent alors pour les parties un véritable moyen de preuve contribuant à la résolution de leur litige. Il est donc nécessaire de faire appeler ces personnes afin de déclarer ce qu'elles ont vu ou entendu.

2) Rôle des arbitres et du juge d'appui dans la citation des témoins

380. Lorsqu'un tiers détient des informations pertinentes pour la résolution d'un litige, il faut alors renoncer à l'intervention de ce témoin. Dès lors, il convient de se demander à qui revient la compétence de citer des témoins c'est-à-dire qui, des arbitres ou des parties, nomment les témoins pour venir déposer dans une instance arbitrale internationale ?

En fait, la citation des témoins dans l'arbitrage international dépend du système choisi pour régir la procédure. Dans un système de type accusatoire, c'est aux parties, et aux parties seules, qu'il appartient de rechercher et de présenter les moyens de preuve pour justifier leurs demandes. Ainsi, les juges ou les arbitres ne possèdent que rarement le pouvoir de convoquer des témoins de leur initiative. Au contraire, dans un système à caractère inquisitoire, rien n'empêche le juge ou l'arbitre d'ordonner une mesure d'enquête pour faire comparaître des témoins et procéder à leur audition. Il s'ensuit que dans un pays de type romaniste, qui suit le système inquisitoire, il n'y a aucun doute sur l'existence d'un principe général qui consacre au juge (ou à l'arbitre) un pouvoir pour ordonner d'office toute mesure d'instruction et par suite nommer des témoins de sa propre initiative. C'est le cas par exemple de l'article 144 du code de procédure civile français qui énonce que *les mesures d'instructions peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer*. En revanche, dans les pays de Common Law, qui connaissent le système accusatoire, le juge

⁴³⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2006, Bull.civ 2006, I, n°440, p.376.

ne détient qu'un pouvoir minime pour citer de lui-même des témoins ou pour prendre en considération des éléments de preuve que les parties n'ont pas invoqués⁴³⁸.

381. Quant à la nomination des témoins dans une instance arbitrale internationale, l'arbitrage international est influé en matière de preuve orale par le système de Common Law, qui est en principe accusatoire. Ceci permet de donner aux parties la faculté de nommer elles-mêmes les témoins qui leur paraissent utiles pour l'argumentation de leur procès. Ainsi, il appartient à chacun des plaideurs de nommer ses propres témoins. A cet égard, l'usage en arbitrage international consiste à permettre aux parties et à leurs conseils de contacter les témoins avant leur comparution⁴³⁹ de sorte que le tribunal arbitral peut inviter à l'avance les parties à préciser les témoins qu'elles souhaitent faire entendre.

Néanmoins, même s'il est admis que l'administration de la preuve testimoniale dans l'arbitrage international est largement influencée par les règles suivies dans la Common Law, certaines pratiques de ce système qui sont attachées à la preuve par témoin ne peuvent pas être appliquées d'une manière absolue dans une instance arbitrale internationale. En effet, bien qu'il revient, en principe, aux parties de nommer les témoins, il a été également reconnu au tribunal arbitral un large pouvoir de décider d'office, s'il est nécessaire d'entendre des témoins et donc les appeler à comparaître. Ainsi, quant à la nomination des témoins, le principe civiliste est aussi transposé dans l'arbitrage international qui a pour effet de donner aux arbitres un rôle actif⁴⁴⁰. Dès lors, l'arbitre possède le pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction telles que la citation et l'audition d'un témoin afin d'atteindre le but résidant dans la recherche de la vérité. Ce pouvoir est confirmé par plusieurs règlements d'arbitrage tel que le règlement CCI qui énonce que l'arbitre instruit la cause par tous moyens appropriés⁴⁴¹. Par conséquent, la pratique internationale a reconnu à l'arbitre de larges pouvoirs pour décider et organiser l'admission de la preuve orale⁴⁴².

382. Mais qu'en est-il si un témoin choisi par les parties ou par l'arbitre refuse de comparaître ?

⁴³⁸ - C'est ce qu'on appelle « adversary system ».

⁴³⁹ - G. Von-Segesser, « Witness preparation in international commercial arbitration », *ASA Bull*, 2002, volume 2, p.222; A. Mourre, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspectives d'évolution », in *Les arbitres internationaux*, colloque du 4 février 2005, Centre français de droit comparé, société de législations comparées, 2005, p.153.

⁴⁴⁰ - G. Rouhette, op.cit., p. 237.

⁴⁴¹ - Article 17 du règlement CCI : « ... à défaut du choix par les parties des règles de droit applicables, l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées ».

⁴⁴² - L'arbitre peut inviter les parties et leurs témoins à comparaître dans une ou plusieurs audiences de la juridiction arbitrale.

En admettant sans équivoque que les parties elles-mêmes ne puissent jamais forcer un témoin, car ce sera sans doute un fait qui peut être puni, le tribunal arbitral n'a en général aucun pouvoir envers les personnes qui ne sont pas parties à la convention d'arbitrage. Il ne peut pas donc obliger un tiers à déposer dans l'instance « *même si les parties ont eu l'intention de lui donner ce pouvoir* »⁴⁴³. Ainsi, dépourvu d'impérium, le tribunal arbitral ne dispose pas de la force pour contraindre un témoin récalcitrant à comparaître devant lui et ne peut, par conséquent, pas prononcer d'astreinte contre lui⁴⁴⁴.

Cependant, lorsque la collaboration de tiers paraît utile dans l'instance arbitrale, seul un recours aux tribunaux étatiques peut être nécessaire à cet effet. La plupart des législations dispose cette voie. Ainsi, le droit allemand prévoit le recours aux juridictions par les arbitres pour demander la comparution d'un témoin. De même en Angleterre, le droit anglais a donné aux parties, et non au tribunal arbitral, le pouvoir de saisir le juge.

Mais en France, à l'encontre de l'article 1469 du code de procédure civile qui concerne la production forcée d'un acte détenu par un tiers, aucun texte légal ne contient des dispositions expresses relatives à l'assistance du juge en matière de preuve testimoniale. Ce vide législatif a néanmoins été complété par la doctrine. Ainsi, tandis que pour la majorité des auteurs, seules les parties peuvent demander la coopération du juge étatique pour obtenir la comparution et la déposition d'un témoin⁴⁴⁵, certains autres auteurs ont énoncé que, d'un côté, l'arbitre lui-même pourrait saisir le juge d'une telle demande⁴⁴⁶ et, d'un autre côté, l'arbitre a le pouvoir de prononcer « une sentence intérimaire susceptible de recevoir l'exequatur par le juge compétent » pour faire comparaître un témoin par la force⁴⁴⁷.

⁴⁴³ - A. Redfern et M Hunter, op. cit., p.239.

⁴⁴⁴ - A. El Ahdab, *Droit de l'arbitrage libanais*, Sader, 1996, p.69 ; R. Perrot, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve) », op.cit., p.160.

⁴⁴⁵ - F. Ruhlmann et O. Gutkes, « L'absence de règle de preuve spécifique dans les arbitrages internationaux : remèdes souhaitables », *RDAI*, 1995, n°4 p.437 ; A. Redfern et M. Hunter, op. cit., p.251 ; R. Perrot, ibid p.167 ; B. Goldman, « L'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », op. cit., p. 275.

⁴⁴⁶ - E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente de droit de l'arbitrage international », op. cit., p.293.

⁴⁴⁷ - M. de Boissesson, op. cit., p.743 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit., p.741.

B – Les personnes admises à témoigner

383. Bien que le principe énonce que chacun doit apporter son concours pour la manifestation de la vérité, toute personne ne peut être témoin. A cet effet, l'admissibilité des témoins dans l'arbitrage international est soumise tant à des règles générales (1) qu'à des règles spécifiques (2).

1) Les conditions générales d'admissibilité des témoins

384. D'une manière générale, peuvent et doivent témoigner toutes les personnes qui ne sont pas exclues par la loi ou écartées pour d'autres excuses. La capacité demeure alors la règle et l'incapacité l'exception. Ainsi, certaines personnes ne seront pas admises pour donner un témoignage car leurs dires peuvent être suspects de fait qu'ils seront influencés par un nombre de circonstances qui affaiblissent leur sincérité. Ces affirmations largement appliquées devant le juge étatique, trouvent une limitation dans l'instance arbitrale internationale. On peut par suite retrouver des personnes qui témoignent dans l'arbitrage international bien qu'elles ne puissent le faire dans les procédures étatiques.

385. Cependant, il paraît utile d'énoncer la différence entre les divers droits nationaux qui définissent différemment les qualités des témoins. Dans le droit français, la législation de type romaniste, une distinction s'impose entre trois catégories de personnes. En premier lieu, on trouve les parties qui, si elles sont invitées à déclarer certains faits, le font par la procédure de comparution personnelle devant le juge ou l'arbitre. En second lieu se trouvent les tiers qui constituent les témoins proprement dits ; ils sont reçus dans une procédure d'enquête durant laquelle seul le juge peut les interroger. En troisième lieu, on trouve les experts qui donnent un avis sur une question à caractère technique. Chacune de ces personnes a donc un rôle à remplir qui est par nature différent du rôle des autres personnes. A cet effet, il a été jugé que l'audition des parties à un litige en qualité de sachant constitue par elle-même une violation des droits de la défense et du principe de la contradictoire⁴⁴⁸. Par contre, dans la Common Law, il n'existe pas de différence entre parties, tiers et experts. Tous sont également et au même titre nommés des témoins (witnesses) et ils seront interrogés par les parties et leurs conseils et non point par le juge.

A l'issue de cette différence, des malentendus peuvent naître entre les intervenants de l'arbitrage international qui appartiennent chacun à une tradition juridique. Néanmoins, il est

⁴⁴⁸ - Cass. 2^{ème} civ., 25 mars 1999, Bull. civ. 1999, II, n°55, p 40; *RTD Com* 2000, p.334, note E. Loquin et J.-C. Dubarry.

généralement admis en arbitrage international que « *toute personne est susceptible d'être entendue même les salariés et les représentants des parties* »⁴⁴⁹. Il résulte donc une influence des pratiques suivies dans la tradition de Common Law quant à l'identification des personnes qui peuvent déposer comme témoins dans l'arbitrage commercial international.

386. La notion même du témoin en matière d'arbitrage international revêt ainsi un caractère spécifique. Cette notion est différente de celle connue dans le système des droits continentaux dans lequel les notions de témoin sont totalement distinctes de la tradition de Common Law⁴⁵⁰. De ce fait, la distinction entre comparution personnelle des parties et interrogatoire de celles-ci n'existe plus dans l'arbitrage international et, par suite, il est tout à fait normal et même légitime qu'une partie, s'il s'agit d'un individu ou un dirigeant d'une partie ou même un représentant, soit appelée à déposer un témoignage comme tout autre témoin. Ainsi, l'audition des parties comme témoin dans une instance arbitrale internationale est très généralement pratiquée et elle paraît toujours très enrichissante pour les arbitres.

De même pour les experts, la même pratique existe lorsque ceux-ci sont appelés à se prononcer sur des questions d'ordre technique. A cet effet, les divergences entre les différents systèmes juridiques ne paraissent pas dans l'instance arbitrale internationale de sorte que la pratique internationale a permis non seulement à chaque partie de désigner un expert qui sera traité comme un témoin, concernant sa préparation et son interrogatoire par les conseils des parties, mais cette pratique internationale a aussi donné à l'arbitre le pouvoir de nommer un expert qui sera indépendant des deux parties.

A cet égard, la notion de witness a prévalu dans l'arbitrage international. A partir de là, nulle restriction ne peut s'opposer à telle ou telle personne pour déposer devant le tribunal arbitral international quelle que soit sa qualité en droit national : témoin, expert, partie, représentant des parties, ... etc.

2) Les conditions spécifiques d'admissibilité des témoins

387. Si les parties et leurs représentants sont toujours aptes à déposer un témoignage, le problème se pose en revanche pour les tiers de fait que certains d'entre eux peuvent en effet être dispensés ou disqualifiés. De ce fait, les exceptions au principe qui dit que toute personne peut déposer, se repartissent en trois catégories de personnes : d'un côté, les personnes incapables, d'un autre côté les personnes reprochables et d'un troisième côté les personnes

⁴⁴⁹ - R. Ziadé et C.-H. De Taffin, op.cit., p.115.

⁴⁵⁰ -X. Normand-Bodard, op.cit., p.4.

dispensées telles que celles assorties d'un secret professionnel. Nous tentons de développer les deux premières catégories et de laisser le secret professionnel pour un autre paragraphe.

388. En ce qui concerne les personnes dépourvues de la capacité d'être témoin, l'article 205 du code de procédure civil français dispose que *chacun peut être entendu comme témoin, à l'exception des personnes qui sont frappées d'une incapacité de témoigner en justice*. Cette incapacité trouve son application dans plusieurs catégories d'interdiction dont la finalité est d'écarter la personne assortie de ces interdictions du cercle des témoins.

Tout d'abord, il paraît naturel d'exclure le témoignage de toute personne hors d'état de comprendre l'importance de dire la vérité. C'est le cas des aliénés et des majeurs atteints dans leurs facultés mentales. Un tel majeur, même sous tutelle, ne pourrait faire l'objet d'une nomination pour témoigner dans une instance arbitrale internationale. Au contraire, pour les déments, les infirmes et les vieillards, rien n'empêche de les appeler à venir déposer même si l'infirmité ou la vieillesse ont provoqué une diminution des facultés intellectuelles. Cependant, il appartient à l'arbitre d'apprécier la capacité de ces dernières personnes afin d'admettre leur témoignage ou de l'exclure.

Egalement, si le témoignage d'un enfant âgé de moins de dix huit ans est rarement invoqué dans l'arbitrage international, le problème réside dans l'étendue de la règle qui interdit le témoignage des descendants⁴⁵¹, même majeurs, en matière de divorce ou de séparation du corps, au témoignage dans l'arbitrage international. Il faut noter d'abord que cette question ne se pose généralement que dans le cas où les parents sont des parties à un arbitrage dans lequel l'un d'eux est demandeur et l'autre est défendeur. En fait, selon l'article 205 alinéa 2 du code de procédure civile, *[...] les descendants ne peuvent jamais être entendu sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps*». Cette prohibition, parfois contestée, découle de la règle morale sanctionnée par l'article 371 du code civil en vertu de laquelle *l'enfant, à tout âge, doit respect à ses père et mère*. Cependant, cette incapacité est circonscrite par la formulation de l'article 205 alinéa 2 du code de procédure civile précité qui n'exclut le témoignage des descendants qu'en ce qui concerne les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation du corps. On peut en déduire que tout litige, hors les exclusions citées par l'article 205 peut être prouvé par une preuve testimoniale même si le témoin a un lien familial avec les parties spécialement s'il

⁴⁵¹ - Sous le terme de descendant, il faut entendre non seulement les descendants légitimes et légitimés de même que les parents adoptifs des deux époux, mais aussi les descendants de l'un des époux et aussi le conjoint d'un descendant.

est un descendant. Par conséquent, les déclarations des descendants peuvent donc être accueillies dans un arbitrage international quand il ne s'agit pas des griefs cités dans l'article 205 alinéa 2, pour cause que les descendants vivant dans l'intimité des parents sont susceptibles d'être des informateurs privilégiés ; d'où l'importance d'un témoignage domestique qui peut contribuer à la résolution du litige⁴⁵².

En plus, l'incapacité d'être témoin peut aussi résulter de certaines condamnations. En effet, les personnes qui en sont affectées ne peuvent fournir qu'au plus une simple déclaration, voire même, écartées totalement de sorte « *qu'il ne faut pas reconnaître à un accusé ou à une personne possédant un dossier criminel la capacité de témoigner* »⁴⁵³.

L'incapacité de ces dernières personnes résulte du fait que certaines condamnations pénales enlèvent à celui qui en est frappé l'autorité morale nécessaire pour déposer, de sorte que la majorité des codes pénaux des différentes législations contiennent une incapacité générale de témoigner pour la répression de certaines infractions. C'est là qu'apparaît le rôle de l'arbitre qui consiste à contrôler le choix des témoins afin de présenter des personnes de confiance. A noter que dans tous les cas d'interdiction pour une cause pénale, l'incapacité résulte de la dégradation civique⁴⁵⁴ qui entraîne l'incapacité de déposer un témoignage. C'est enfin l'application d'une parole autrefois dite : « *un homme jugé ne peut juger autrui* »⁴⁵⁵.

389. En ce qui concerne les reproches, ceux-ci peuvent être définis comme « *l'allégation précise et circonstanciée d'un fait de nature à rendre suspecte la déposition d'un témoin* »⁴⁵⁶. Les causes de reproches ne sont pas rares et toutes tendent à l'exclusion du témoin qui, par son témoignage, atteint l'égalité entre les parties.

Cependant, influée par les règles et les pratiques du Common Law, la preuve testimoniale dans l'arbitrage international ne connaît que rarement des reproches. Ainsi, la parenté ou l'amitié qui, dans le système de droit civil constitue une cause de reproche, ne peut être invoquée dans une instance arbitrale internationale comme telle. C'est par le principe qui

⁴⁵² - J. Richani, *Le témoin dans l'arbitrage international*, Mémoire Master 2, Dijon 2008, p.16.

⁴⁵³ - S. Rousselle, op. cit., p.22.

⁴⁵⁴ - L'incapacité frappe également les personnes condamnées à la peine complémentaire de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille par suite cette peine emporte la privation du droit de témoignage et de faire des déclarations.

⁴⁵⁵ - La réhabilitation, en effaçant la condamnation, efface par la même l'incapacité de témoigner.

⁴⁵⁶ - Certains auteurs estiment que le reproche est le moyen légal présenté par une partie pour éviter que la déposition du témoin qui, n'étant pas incapable, ni indigne, a régulièrement été assigné et doit être entendu, puisse être prise en considération comme élément de preuve par le tribunal (R. Japiot, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^{ème} éd., A. Rousseau 1935, p.488).

domine la preuve par témoin dans l'arbitrage international qui énonce que toute personne peut être témoin et par la suite être entendue.

C'est le cas du témoignage des employés qui ne pose aucune question. Ces derniers peuvent, de plein droit, être des témoins pour ou contre leur maître malgré les secrets professionnels qui doivent rester à l'abri des tiers. De ce fait, les employés impliqués dans des activités économiques, attendent à être appelés à témoigner un jour dans une procédure arbitrale. A cet égard, ils prennent toutes sortes de notes à l'occasion des réunions ou conversations téléphoniques et les conservent soigneusement⁴⁵⁷.

Néanmoins, des inimitiés graves peuvent rendre suspect un témoignage. En effet, si le témoin a intérêt à donner un témoignage défavorable à cause d'une relation hostile avec l'une des parties, ce témoin doit être reproché et écarté pour cette raison. A cet effet, il appartient au tribunal arbitral de vérifier s'il existe une cause réelle de reproche pour rejeter le témoin et son témoignage.

390. Enfin, il est utile de noter qu'il existe parfois des cas d'incompatibilité entre certaines qualités et celle de témoin. Cette règle s'étend aux arbitres et au personnel de l'arbitrage. L'arbitre ne peut témoigner dans l'affaire qu'il tranche même si le tribunal est formé de plusieurs arbitres, et même si cet arbitre a été récusé. Dans ce dernier cas, il doit rester exclu et il ne faut pas lui donner la qualité du témoin même s'il détient des informations relatives à l'affaire. Cependant, il a été jugé que « *l'arbitre peut toujours témoigner devant un tribunal étatique à l'occasion d'un recours en annulation et seulement sur des questions portant sur le déroulement de la procédure arbitrale et sur les faits établis par les parties à l'exclusion des questions concernant la décision au fond du tribunal arbitral* »⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ - Y. Derains, op.cit., p.781.

⁴⁵⁸ - Cour Suprême norvégienne, arrêt rendu le 14 mars 2008, *RDAl* 2008, n°5, p.723.

Deuxième section – Les obligations pesant sur les intervenants de l'arbitrage

391. L'arbitrage international, la procédure privée qui consiste en la résolution des litiges, regroupe différentes personnes dont chacune ayant son propre statut. Ainsi se trouvent d'une part les arbitres et, d'autre part, les parties et leurs conseils. Par contre, comme on a vu précédemment dans bien des cas, l'intervention de certaines personnes citées comme témoins paraît nécessaire pour éclairer les faits litigieux. De ce fait, à la charge de ces témoins, détenant des informations pertinentes et cités pour déposer, incombent des obligations qu'ils doivent réaliser. Certaines de ces obligations sont formelles tel que l'obligation de comparaître, l'obligation de prêter serment et l'obligation de déposer. Mais d'autres obligations sont attachées au fond du témoignage tel que l'obligation de garder le secret professionnel. Cependant, le recours à l'arbitrage sera vidé de son sens si toute personne peut accéder à cette procédure privée. La confidentialité de l'arbitrage doit donc être respectée tout au long du procès par toutes les personnes participantes à l'arbitrage y compris les témoins.

Ainsi, nous examinerons les obligations de forme pesant sur le témoin dans un premier paragraphe (§1) et dans un second paragraphe les obligations de fond pesant sur le témoin et sur les autres intervenants de l'arbitrage (§2).

§ 1 – Les obligations de forme pesant sur le témoin

392. Le témoin régulièrement cité par les parties, ou par les arbitres, doit se conformer à cette nomination pour déposer ce qu'il sait. Mais avant sa déposition, le témoin se voit parfois imposé d'accomplir certains actes : il doit comparaître et prêter serment dans des cas appréciés par le tribunal arbitral (A) pour qu'il procède ensuite à la déposition de son témoignage (B).

A – Les actes préalables à la déposition du témoin

393. Pour qu'il puisse déposer son témoignage, le témoin doit d'abord comparaître devant le tribunal arbitral et les parties (1) puis il doit prêter serment si le tribunal arbitral l'estime nécessaire (2).

1) L'obligation de comparaître

394. Le témoignage « *peut être perçu comme un service qu'un individu rend à la justice afin de concourir à la manifestation de la vérité* »⁴⁵⁹. Le témoignage est par conséquent un devoir de chacun dont la négligence doit être sanctionnée. Il s'ensuit que pour atteindre la vérité et fuir la sanction, le témoin doit comparaître pour déposer ce qu'il sait.

L'obligation de comparaître signifie que « *le témoin doit se présenter en personne devant une autorité pour accomplir un acte effectué par lui-même* »⁴⁶⁰. Cette obligation est consacrée par les articles 263 et 267 du code de procédure civile français aux termes desquels les témoins qui ont fait l'objet d'une assignation régulière sont tenus de prêter leur concours à l'œuvre de la justice en comparaisant aux jour et heure qui leur sont indiqués.

395. Cependant, la nature contractuelle de l'arbitrage met en cause cette définition pour la raison que le tribunal arbitral n'est qu'une autorité privée qui ne lie que ses parties et non pas les tiers. Mais, en dépit de l'effet relatif de la convention d'arbitrage, l'article 20.1 du règlement de la CCI nous rappelle que *le tribunal procède, dans un temps aussi court que possible afin d'établir les faits de la cause par tous les moyens appropriés*. A cet effet, la possibilité d'ordonner une comparution des témoins est alors réservée pour le tribunal arbitral⁴⁶¹.

⁴⁵⁹ - F. Jobron-Minier, *Le témoin devant la justice pénale*, Thèse Poitiers, p. 296.

⁴⁶⁰ - K. Depasse, *L'obligation du témoigner*, Mémoire en DEA, Bordeaux 2004.

⁴⁶¹ - D. Hasher, « note sous ordonnance rendue dans l'affaire 7170 en 1991, cour internationale d'arbitrage CCI », *JDI*, 1993, n°2, p. 1062.

Mais, comme on l'a vu, la nomination des témoins dans l'arbitrage international ne revient pas seulement au tribunal arbitral, mais les parties peuvent aussi citer des témoins afin de comparaître pour témoigner. De ce fait, le témoin convoqué doit se présenter volontairement à l'audience. Ainsi, chaque partie est chargée de l'obligation de s'assurer de la présence des témoins qu'elle a déjà cités à l'audience⁴⁶². Il leur incombe par la suite de s'organiser avec le témoin pour garantir sa présence ou encore pour obtenir des autorisations éventuellement nécessaires pour lui permettre de témoigner. Ces autorisations sont exigées surtout lorsque le témoin était un ancien employé de la partie. Il sera donc évident d'obtenir l'autorisation du nouvel employeur. Ainsi, le témoin qui a été régulièrement cité et qui a reçu les frais de déplacement n'a d'autre choix que de comparaître à la date et au lieu indiqués dans la convocation.

396. Néanmoins, bien que convoqués, certains témoins s'abstiennent de comparaître volontairement. Dans ce cas, comme les parties ne peuvent jamais contraindre un témoin à comparaître, les arbitres étant également dépourvus d'impérium ne peuvent eux aussi obliger un témoin récalcitrant à se présenter à l'audience. A cet égard, lorsque le témoin ne se présente pas alors que son audition paraît pertinente, le tribunal pourra tirer toutes les conséquences envers la partie à laquelle il a été incombé de mettre le témoin en toute disponibilité⁴⁶³. Ainsi, dans le cas où un témoin a préalablement déposé une attestation écrite, celle-ci ne sera prise en compte que si le témoin comparera à l'audience.

Mais, avant de tirer des conséquences, lorsque le tribunal arbitral ordonne une enquête et les témoins refusent de comparaître, une intervention du juge étatique s'avère utile pour contraindre le témoin et l'obliger de venir. A ce propos, « *l'initiative de ce recours au juge dépend du droit choisi* »⁴⁶⁴. Certains droits nationaux autorisent les parties seules sans les arbitres à demander l'assistance des tribunaux étatiques pour obtenir la comparution du témoin défaillant⁴⁶⁵. Mais dans d'autres droits, ce sont les arbitres qui ont le droit de saisir les juridictions étatiques afin de faire comparaître un témoin⁴⁶⁶.

⁴⁶² - Généralement chaque partie prendra à sa charge les frais engagés par ses témoins pour se rendre à l'audience.

⁴⁶³ - Cette solution est identique à celle dans laquelle une partie s'abstient de produire un document dans l'instance.

⁴⁶⁴ - R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, op.cit., p. 413.

⁴⁶⁵ - Tel que le droit anglais; PH. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, op. cit. p. 740 et 741.

⁴⁶⁶ - Tel que le droit allemand ; N. Comair-Obeid, *L'arbitrage en droit libanais, étude comparative*, Bruylant, 1999, p.114.

397. Par contre, l'obligation de comparaître ne doit pas être retenue toutes les fois où l'on se trouve dans un cas d'empêchement légitime. Ainsi l'article 217 du code de procédure civile français admet que *si un témoin justifie qu'il est dans l'impossibilité de se déplacer au jour indiqué, le juge peut lui accorder un délai ou se transporter pour recevoir sa déposition*. Ainsi, le témoin dans l'arbitrage international doit faire connaître au tribunal arbitral la cause précise de son empêchement (maladie, éloignement, raisons professionnelles ou familiales ...) et présenter les justifications de ce qu'il avance pour que le tribunal puisse apprécier l'impossibilité déclarée, et par la suite choisir des solutions qui lui sont adéquates. Le tribunal arbitral peut ainsi fixer au témoin une date ultérieure pour faire sa déposition⁴⁶⁷. Le tribunal arbitral peut également décider de se transporter auprès du témoin pour recueillir sa déposition. Mais, contrairement aux solutions citées, le tribunal arbitral pourra tout de même modifier sa décision initiale d'entendre le témoin. Dans ce cas, le tribunal arbitral prendra une décision en vertu de laquelle il renonce à la demande de la partie d'entendre tel témoin⁴⁶⁸. L'application de l'une de ces mesures suppose que le témoin ait dûment justifié son empêchement⁴⁶⁹.

En revanche, le fait que le témoin soit une personne tenue au secret professionnel ne le dispense pas de l'obligation de comparaître dans un arbitrage international. Ainsi, un témoin régulièrement choisi ou convoqué, doit se présenter à l'heure prévue devant le tribunal arbitral⁴⁷⁰. Par conséquent, si le témoin ne se rend pas à une convocation, il peut être contraint par la force publique ou encore se voir infligée une amende spécialement dans le cas où la citation du témoin est précédée d'une sentence préparatoire ayant la force exécutoire.

Notons enfin que les débats devant le tribunal arbitral peuvent se poursuivre malgré la non comparution d'un témoin dans les cas où l'audition de celui-ci n'apparaît pas indispensable.

2) L'obligation de prêter serment

398. Le serment est l'affirmation solennelle par laquelle une personne atteste de la vérité d'un fait en vue de la preuve de ce fait. La définition du serment a fait l'objet de

⁴⁶⁷ - La question choquante dans ce cas est celle du temps durant lequel les arbitres sont obligés de rendre leur sentence tandis qu'un témoignage n'est pas encore déposé surtout s'il présente une valeur importante à l'affaire litigieuse.

⁴⁶⁸ - Encore les arbitres peuvent préférer de se satisfaire d'une attestation qu'ils demanderont au témoin, par l'intermédiaire des parties, de leurs faire parvenir. C'est la déclaration écrite (witness statment) faite par le témoin lors de sa préparation par les parties.

⁴⁶⁹ - Cette excuse peut être présentée au jour fixé pour l'audience.

⁴⁷⁰ - Si la comparution est une obligation, cependant la déposition est facultative pour les personnes tenues du secret professionnel (voir infra, L'obligation de déposer, n°401 et s.).

plusieurs écritures. Certains auteurs ont dit que le serment est « *un gage de sincérité qui permet de passer d'une probabilité de certitude à une présomption de certitude pleine et entière et constitue par suite un acte civil* »⁴⁷¹. D'autres auteurs estiment que le serment est « *un appel solennel à la conscience, avec une invocation, expresse ou non, à Dieu, à une divinité ou à ce que l'on tient pour sacré* »⁴⁷². Pour ces auteurs, le serment est un acte purement religieux. Cependant, à notre sens, le serment est, par nature et par origine, un acte religieux auquel la loi confère des effets civils. C'est dire que le serment est tout à la fois un acte civil et religieux.

Mais, en dépit de son origine religieuse qui lui donne une garantie de sincérité, les droits modernes ont laïcisé le serment de telle sorte qu'on peut prêter serment sans aucune considération de la religion. C'est en raison de la multiplicité des confessions que le serment s'est dirigé peu à peu vers une formalité indépendante de tout caractère religieux. Il est dès lors fondé sur la seule conscience du témoin dont son attention est attirée sur l'importance de ses déclarations. Cependant, même ainsi ramené à un appel à la seule conscience, le serment conserve sa base religieuse et diffère donc de la simple assurance de dire vrai qui serait dépourvue de tout caractère solennel.

Le passage du serment du caractère religieux vers la formalité laïque a permis à certains auteurs de critiquer le serment⁴⁷³. Néanmoins, il est des auteurs qui continuent de lui accorder une garantie de valeur. Ainsi, un auteur⁴⁷⁴ écrivait que : « *On ne saurait méconnaître que le serment améliore le témoignage, non seulement sous le rapport de la sincérité, mais même sous celui de l'exactitude, en attirant l'attention du témoin sur l'importance de ses déclarations et en rendant ses assertions plus réservées, de façon à ne pas donner pour certains ce dont il n'est pas sûr* »⁴⁷⁵. Le témoignage doit donc être crédible et c'est au serment qu'il appartient de fixer cette crédibilité. Par conséquent, le rôle premier du serment est de renforcer la crédibilité des affirmations du témoin, en attirant son attention sur l'importance de sa déposition.

399. Si cela était un bref exposé de la définition du serment et de son rôle, quelle est en revanche la position du serment en matière d'arbitrage ? La prestation du serment en matière d'arbitrage, comme certains autres points, varie selon que l'on soit dans les pays de Common

⁴⁷¹ - Y. Mayaud, « Faux témoignage, éléments constitutifs », *JCL pénal*, Art. 434-13 et 434-14, fasc. 20.

⁴⁷² - F. Gorphe, op. cit., p.374.

⁴⁷³ - J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Tome 1, Bossange 1823, p.179.

⁴⁷⁴ - F. Gorphe, op. cit., p.376.

⁴⁷⁵ - Dans le même sens, G. Desmottes, Thèse préc., p.78.

Law ou dans les pays de droit civil. En d'autres termes, les droits nationaux ne font pas l'unanimité quant au pouvoir du tribunal arbitral d'assermenter les comparaisant devant lui.⁴⁷⁶

Dans les pays de Common Law dans lesquels on étend généralement à l'arbitrage les règles qui sont prévues dans les procédures judiciaires, l'arbitre peut obliger les témoins pour prêter serment de dire la vérité⁴⁷⁷. Mais dans les pays de droit civil telle que la France et le Liban, il est expressément disposé que les tiers sont entendus sans prestation du serment⁴⁷⁸. Cependant, dans certaines autres législations, une solution intermédiaire a été envisagée permettant le recours au juge étatique dans le cas où la prestation du serment est nécessaire. C'est le cas du droit allemand, suisse et belge⁴⁷⁹ qui donnent le droit de saisir le juge tantôt au tribunal arbitral tantôt aux parties avec l'autorisation des arbitres.

Mais, en ce qui concerne le serment dans l'arbitrage international, « *le témoignage sous serment est relativement peu fréquent et les témoins déposent sans cette obligation* »⁴⁸⁰. Mais on trouve des fois dans lesquelles les arbitres, soucieux de la crédibilité d'un témoin, imposent à ce dernier de prêter serment. Néanmoins, comme l'arbitre n'a pas d'impérium, il est nécessaire alors de prendre l'autorisation préalable du juge d'appui pour que le serment soit imposé au témoin. Autrement, la nature spécifique de l'arbitrage ne permet jamais à l'arbitre d'imposer des obligations à la charge des tiers, mais le juge d'appui reste toujours la seule référence vers laquelle l'arbitre peut y recourir afin de rechercher une solution au litige par l'intermédiaire des témoignages.

De ce fait, dans le cas où un serment est imposé, il est prêté au début de la déposition malgré qu'on retrouve des droits, tel que le droit allemand, qui prévoient que le serment est prêté après la déposition mais aussi on trouve des droits qui dispensent le témoin de prêter serment en matière d'arbitrage international. C'est ainsi le cas de l'article 1467 alinéa 2 du code de procédure civil français qui précise expressément que *l'audition a lieu sans prestation du serment*.

⁴⁷⁶ - F. Poudret et S. Besson, op.cit., p.591.

⁴⁷⁷ - Le règlement de l'Arbitration Act de 1996 dans l'article 38.5 prescrit cette solution.

⁴⁷⁸ - L'article 1467 alinéa 2 du code de procédure civil français et l'article 779 alinéa 2 du code de procédure civile libanais.

⁴⁷⁹ - Article 1696 alinéa 2 du code judiciaire belge.

⁴⁸⁰ - B. Hanotiau, « Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre : les perturbations par l'Etat de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2003, n°3, p. 805.

Par conséquent, on peut confirmer que, quelle que soit la loi choisie pour régir les procès, le principe dans l'arbitrage international est celui du « non serment » des témoins avec parfois des exceptions accompagnées d'une décision de l'autorité publique autorisant le serment. Dans cette dernière figure, l'obligation de prêter serment s'impose même aux personnes appartenant à une profession tenue au secret professionnel car ces personnes ne peuvent pas prévoir d'avance les questions qui leurs seront posées, et dont certaines peuvent s'appliquer à des faits n'ayant aucun caractère confidentiel.

400. En revanche, en ce qui concerne les experts dans l'arbitrage international, comme on l'a déjà dit, ils constituent une sorte de témoin lorsqu'ils sont nommés par les parties. La question de leur serment se pose alors. En affirmant la pratique retenue dans l'arbitrage international qui considère que les témoins déposent sans prêter serment, il est admis que les experts-témoins sont eux aussi exonérés de cette obligation. Cependant, l'arbitre peut toujours imposer à l'expert le serment. Dans ce cas, il faut distinguer : si l'expert est déjà assermenté dans sa profession, c'est-à-dire s'il a été choisi parmi les experts inscrits sur une liste officielle, un nouveau serment devant le tribunal arbitral sera inutile. Mais dans l'hypothèse où un serment professionnel n'existe pas, l'expert doit le prêter si le tribunal arbitral le lui a imposé. Par conséquent, le refus de prêter le serment, imposé par l'autorisation du juge d'appui, constitue une faute pour laquelle son auteur encourt des pénalités.

Enfin, rappelons que le serment est fait pour attirer l'attention du témoin sur l'importance de ce qu'il va déclarer et pour l'inciter à ne pas mentir. Le serment apparaît donc, à première vue, comme une garantie de sincérité du témoignage. Cependant, on peut s'interroger sur l'efficacité du serment surtout dans une justice privée telle que la justice arbitrale. En effet, *« celui qui a décidé de mentir ne sera pas dissuadé de le faire par la prestation de serment et celui qui a déjà l'intention de dire toute la vérité n'a pas besoin de prêter serment »*⁴⁸¹.

⁴⁸¹ - K. Depasse, op. cit.

B – L’obligation de déposer

401. Après la comparution du témoin et, le cas échéant, la prestation du serment, il sera donc en mesure de déposer ce qu’il connaît (1). Cependant, certaines exceptions paraissent pour déroger à l’obligation de déposer (2).

1) Le principe de l’obligation de déposer

402. L’obligation de déposer signifie non seulement que le témoin doit s’expliquer sur les faits, mais il doit aussi dire tout ce qu’il sait. Ainsi, par déposition, il faut entendre une sorte d’interrogatoire par lequel le conseil d’une partie et le tribunal pourront interroger le témoin sur des questions de fait aux fins de mieux cerner les connaissances qu’il détermine. De ce fait, par le biais de la déposition, il est possible de prendre connaissance des faits et des arguments que chaque partie expose. Néanmoins, une fois déposé, le témoin ne pourra pas se contredire et, s’il le fait, il ne sera pas loin de porter atteinte à la crédibilité de son témoignage.

Il en résulte que par leur déposition, les témoins ont l’obligation de dire la vérité voire toute la vérité. Cette obligation leur a été rappelée tout d’abord par l’avocat lors de sa préparation et ensuite par l’arbitre avant de déposer leur témoignage. Ainsi, le témoin, contrairement aux parties, ne peut garder le silence. Il doit obligatoirement parler et déposer ce qu’il possède surtout lorsque ses connaissances personnelles sont pertinentes pour la résolution du litige. On peut par conséquent dire que les témoins peuvent parfois être dérangés pour dire ce qu’ils savent.

Avant de déposer leur témoignage oral, les témoins dans l’arbitrage international déclarent leur nom, profession, ainsi que leur lien de parenté ou d’alliance avec les parties et de subordination à leur égard. La déclaration préalable des témoins sur leur identité et les liens qui les unissent aux parties ne doit jamais être négligée. Son omission met en cause la déposition ultérieure du témoignage. Ensuite, après avoir pris les renseignements nécessaires et après avoir accepté son témoignage, la déposition du témoin sera alors recueillie.

403. L’obligation de déposer en elle-même prévoit que toute personne légalement acceptée peut déposer un témoignage⁴⁸². Les témoins doivent donc déclarer ce qu’ils ont acquis et, dans l’intérêt même de la vérité, on considère « *qu’ils ont l’obligation de répondre en toute*

⁴⁸² - C’est le sens de l’article 206 du code de procédure civile français qui dispose qu’est tenu de déposer quiconque en est légalement requis.

franchise aux questions qui lui sont posées »⁴⁸³. En pratique, puisque le témoin a été préparé par la partie qui l'a choisi⁴⁸⁴, il doit donc s'exprimer librement de vive voix. Par la préparation antérieure du témoin avant son audition, on suppose alors que ce témoin est bien informé de la manière à travers laquelle il doit déclarer son témoignage.

Par conséquent, le témoin dépose en présence des conseils de toutes les parties au litige qui pourront assister et interroger les témoins. Exceptionnellement cependant, une partie peut être obligée à quitter la salle d'audience temporairement. Cette mesure sera ordonnée par le tribunal arbitral afin de ne pas rendre le témoin impressionné par la présence de cette partie durant la déposition⁴⁸⁵. De même, le tribunal arbitral peut, en vertu de son pouvoir d'ordonner toute mesure d'instruction et s'il y a un risque de dépérissement des preuves⁴⁸⁶, faire procéder à l'audition d'un témoin dans les plus brefs délais. En pareille hypothèse, le tribunal arbitral ne peut agir sans avoir appelé ou, au moins, notifié les parties.

404. Concrètement, les témoins sont entendus chacun séparément dans l'ordre que le tribunal arbitral détermine. Toutefois, rien n'interdit de confronter entre deux ou plusieurs témoins⁴⁸⁷. Ainsi, les témoins seront entendus et interrogés sur tous les faits même ceux non indiqués dans la déclaration écrite que le témoin a établie lors de sa préparation préalable. Ensuite, les témoins répondent aux questions de la partie adverse et du tribunal arbitral⁴⁸⁸. Le tribunal a, à cet effet, de larges pouvoirs avec lesquels il peut entendre les témoins à nouveau, les confronter entre eux ou avec les parties (qui ont peut être déposé), et le tribunal peut même procéder éventuellement à l'audition d'un expert⁴⁸⁹ ou de toute autre personne dont l'audition lui paraît utile à la manifestation de la vérité.

2) Les exceptions au principe de déposer

405. Au principe que toute personne régulièrement citée doit déposer, quelques exceptions peuvent être appliquées et par suite l'obligation de déposer sera écartée. En effet, ces exceptions peuvent être réparties en deux groupes. Dans le premier, la personne citée

⁴⁸³ - L. Ducharme, op. cit., p.32.

⁴⁸⁴ - Voir infra, La préparation du témoin, n°431 et s.

⁴⁸⁵ - Cette partie a le droit ensuite d'acquiescer la déposition que le témoin a fait afin qu'elle puisse donner son avis suivant le principe de la contradiction.

⁴⁸⁶ - Par exemple si les marchandises seront pourries dans quelques heures ou quelques jours.

⁴⁸⁷ - Mais cette confrontation ne doit pas s'effectuer qu'après que chacun des témoins a été entendu séparément des autres.

⁴⁸⁸ - Si les déclarations sont incomplètes ou confuses, le tribunal va ensuite être obligé de poser des questions afin de mieux éclairer l'affaire.

⁴⁸⁹ - Cet expert est considéré dans l'arbitrage international comme étant un témoin.

refuse de déposer pour des raisons professionnelles et dans le second groupe le témoin refuse de déposer pour des raisons personnelles.

406. En ce qui concerne les raisons professionnelles, bien évidemment nous trouvons d'une part les individus soumis au secret professionnel et d'autre part les représentants des autorités étatiques, c'est-à-dire les agents diplomatiques. Pour les personnes tenues au secret professionnel, nous laissons ce sujet pour le moment, parce qu'il fera l'objet d'un développement dans le paragraphe qui suit. Nous passons donc aux représentants des puissances étrangères.

407. En fait, l'exception de ces personnes paraît attachée au droit international public qui offre aux autorités étatiques et leurs fonctionnaires à l'étranger, une immunité judiciaire complète contre les décisions des tribunaux de l'Etat hôte. La question de la déposition des représentants des puissances étrangères se pose parce que l'arbitrage international présuppose que la convention d'arbitrage a été signée par des parties qui appartiennent chacune à une nationalité dont une certification des autorités publiques, représentées par des personnes telles que le consul ou les attachés diplomatiques, s'avère nécessaire.

Afin de leur assurer un accomplissement efficace de leurs missions diplomatiques, certaines de ces personnes citées ont le droit de ne pas déposer comme les témoins ordinaires voire de ne jamais déposer. Ces dispositions trouvent leur origine dans la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques⁴⁹⁰ et dans la convention de Vienne sur les relations consulaires du 24 avril 1963⁴⁹¹. Aux termes de l'article 31.2 de la première convention, *l'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage*. De même, l'article 44.3 de la seconde convention énonce que *les membres d'un poste consulaire ne sont pas tenus de déposer sur des faits ayant trait à l'exercice de leurs fonctions et de produire la correspondance et les documents officiels y relatifs*. D'après les termes « n'est pas obligé » de l'article 31.2 et « ne sont pas tenus » de l'article 44.3, il faut déduire que les deux conventions ci-dessus donnent à l'agent diplomatique et aux membres d'un poste consulaire toute la liberté de donner ou de ne pas donner un témoignage.

Cependant, dans le cas où les parties estiment que la déposition de ces personnes est nécessaire, nous pensons que les parties peuvent, après autorisation du tribunal arbitral, et même le tribunal lui-même peut, recourir au juge d'appui pour demander à l'agent

⁴⁹⁰ - Publiée par le décret n°71-284 du 29 mars 1971.

⁴⁹¹ - Publiée par le décret n°71-288 du 29 mars 1971.

diplomatique ou aux membres d'un poste consulaire s'ils acceptent d'être entendus. Le recours au juge d'appui est nécessaire puisque le tribunal arbitral n'a pas l'imperium du juge pour déposer une telle demande aux autorités étrangères. En plus, une telle exigence doit être présentée par le canal du ministère des affaires étrangères après avoir été transmise au ministère de la justice. D'où l'intervention du juge, représentant de l'autorité judiciaire, qui demeure indispensable. Par suite, si les représentants des autorités étrangères acceptent d'apporter un témoignage, leur déposition sera alors reçue en leur domicile ou au siège de leur travail et non au siège de l'arbitrage. A cet effet, le tribunal arbitral et les parties se déplaceront pour recueillir leur déposition.

408. En revanche, s'agissant des exceptions relevant des raisons personnelles, celles-ci, quant à elles, sont de deux sortes : les premières sont attachées aux parents ou alliés de l'une des parties et les secondes sont attachées au témoin lui-même.

409. Pour ce qui concerne les parents et les alliés de l'une des parties, il est parfois suspect de recevoir leur témoignage de fait qu'une atteinte au principe de l'égalité des parties peut apparaître. En plus, il est rare qu'un tel témoignage soit pertinent à la recherche de la vérité mais, au contraire, il met en péril la valeur de la sentence rendue par le tribunal arbitral spécialement lorsque les arbitres fondent leur sentence sur ce témoignage. De ce fait, les dépositions des parents doivent parfois être écartées surtout que dans la plupart des cas, on ne peut pas imaginer que les parents déposent un témoignage contraire aux intérêts des membres de leur famille. Cependant, il revient dans tous les cas au tribunal arbitral le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'une déposition émanée de telles personnes.

410. En ce qui concerne les raisons personnelles attachées au témoin, il se peut que sa déposition fasse apparaître sa responsabilité dans une autre procédure⁴⁹². Néanmoins, les diverses législations ne disposent pas des mêmes règles à propos de ce sujet. En Common Law, il est admis depuis longtemps qu'aucun témoignage devant un tribunal ne peut servir à incriminer son auteur⁴⁹³. L'obligation de déposer pour un témoin est donc limitée, d'après ces législations, par la considération de son intérêt personnel. En revanche, hors la Common Law, on retrouve des législations qui ont repris la règle de Common Law. C'est le cas du droit italien qui dispose que le témoin ne peut pas être obligé de déposer sur des faits susceptibles

⁴⁹² - Cette responsabilité peut être pénale comme lorsqu'il a participé à la contrefaçon du contrat litigieux.

⁴⁹³ - Article 18 de la charte québécoise ; selon le 5^{ème} amendement de la constitution des Etats Unis, nul ne pourra être obligé de témoigner contre lui-même.

de dégager une responsabilité pénale le concernant⁴⁹⁴. Mais en France, aucune disposition ne consacre le privilège général de non-incrimination permettant au témoin de s'abstenir de déposer dans l'hypothèse où il risquerait d'engager sa responsabilité.

Dans la présence des solutions diverses dans les législations internes, quelle solution doit être appliquée dans l'arbitrage international ? Bien que la question ne se soit pas posée d'une manière sérieuse dans l'arbitrage international, nous pensons qu'un témoin ne doit être aucunement obligé de déposer un témoignage avec lequel il sera pénalisé. Ce sont les droits de défense qui nous conduisent à considérer qu'une telle personne peut ne pas témoigner. Cette solution est également applicable au témoin qui refuse de témoigner dans une instance arbitrale dans laquelle l'une des parties est l'un de ses proches qui pourra être pénalisé à cause des déclarations du témoin. C'est en fin de compte la question des liens familiaux qui entraîne une dispense de l'obligation de témoigner si la déposition incrimine dans une autre procédure la partie au litige arbitrale.

D'après ce qui a été dit, il résulte que le témoin qui, sans raison valable, refuse de déposer ou de répondre, sera coupable et engage sa responsabilité et met en cause la crédibilité de la partie qui l'a produit et permet au tribunal arbitral de ne pas tenir en compte les déclarations de l'attestation écrite déposée avant de comparaître. Plus encore, le tribunal arbitral peut tirer toutes conséquences à l'encontre de la partie qui a produit ce témoin.

⁴⁹⁴ - Article 198 du code de procédure pénale italien.

§ 2 – Les obligations de fond pesant sur le témoin et les autres intervenants

411. Comparaître et déposer ne constitue pas les seules obligations, mais d'autres attachées cette fois au fond sont aussi imposées au témoin. Ainsi, si le témoin est investi d'un secret professionnel, il doit le respecter tout au long de la procédure (A). De plus, une autre obligation incombe à la charge de tous les intervenants de l'arbitrage, c'est-à-dire les arbitres, les parties et même les témoins, c'est le respect du principe de la confidentialité de la procédure en particulier la confidentialité des témoignages déposés dans cette instance arbitrale (B).

A – Le secret professionnel

412. Bien que témoigner constitue une obligation incombée à toutes les personnes détenant une information pertinente pour la résolution du litige, certaines personnes en seront exonérées en raison du secret professionnel qu'elles détiennent. Ainsi, nous traiterons premièrement de la notion du secret professionnel (1) et deuxièmement du secret de certains professionnels (2).

1) La notion du secret professionnel

413. La justice est la première victime des secrets. Ceux-ci forment des obstacles à la recherche de la vérité en ce qu'ils rendent difficile l'accès à certaines informations par les autorités judiciaires. Ainsi, parmi les secrets qui constituent un motif pour écarter un témoignage, le secret professionnel forme la principale exception à l'obligation qu'a le témoin de révéler tout ce qu'il sait concernant les faits en litige. On dit alors que le secret professionnel constitue un motif légitime de refuser de témoigner⁴⁹⁵.

Le respect du secret professionnel constitue en fait une dispense de témoigner⁴⁹⁶. En effet, il paraît tout à fait normal qu'une personne détenant des informations recueillies dans l'exercice de sa profession et couvertes par un secret professionnel ne puisse pas les divulguer par un témoignage au cours d'un litige. Ce serait sans doute une violation de l'obligation au secret que la loi lui impose. Il en résulte que sont exceptées de l'obligation de déposer un témoignage les personnes qui sont soumises dans leur profession au secret professionnel et qui ne peuvent le trahir sans commettre une atteinte aux dispositions professionnelles édictées par la loi. Cependant, bien qu'elles ne soient pas tenues de déposer, les personnes assorties

⁴⁹⁵ - Article 206 du code de procédure civile français.

⁴⁹⁶ - R. Le Balle, op.cit., p.9.

d'un secret professionnel sont tenues de comparaître. Cette solution vaut parce que les témoins ne peuvent pas connaître à l'avance les questions qui pourront leur être posées, et pouvant ne pas contenir des interrogations soumises au secret professionnel.

414. L'analyse juridique du secret professionnel permet de le décomposer en deux éléments distincts : une obligation de se taire et un droit au silence. Ainsi, toute personne qui, en vertu de sa profession ou par son état, accède à des informations devant rester confidentielles, a l'obligation de « *n'en faire qu'un usage strictement conforme aux exigences de son activité et ne doit dans aucune circonstance la divulguer* »⁴⁹⁷. Dès lors, sont couverts par le secret les faits que le professionnel a eu connaissance en raison de ses fonctions et par les confidences recueillies à cette occasion⁴⁹⁸. Ainsi, constitue une violation du secret professionnel toute déclaration comportant la révélation d'une information protégée.

415. En revanche, si unanimement admis qu'un témoin ne doit pas divulguer un fait protégé par le secret professionnel, la nature de ce secret a fait controverse. En effet, selon les législations émanées de la tradition romaniste, l'obligation au secret professionnel relève des règles attachées à l'ordre public. En vertu de ces législations, certaines personnes ont l'obligation de garantir la confidentialité des informations issue de leur état. Aussi le législateur assure la confiance en la personne du professionnel qui s'impose dans l'exercice de sa profession. C'est le cas en droit français dans lequel le secret professionnel repose sur l'ordre public et comme on l'a dit plus haut, il ne peut être question de lui accorder un caractère de relativité. Il est dès lors admis que « *si la loi incrimine la révélation de certaines confidences c'est parce qu'il importe, non seulement à la personne qui s'est confiée au professionnel, mais aussi à l'ensemble des citoyens, que chacun soit assuré de la discrétion des personnes chargées d'une mission particulièrement importante* »⁴⁹⁹. L'obligation du secret professionnel est fondée alors sur un critère social attaché directement à l'ordre public. Ainsi, comme il a été dit, le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur ; mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leurs sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Le professionnel et le client ne sont ainsi aucunement les maîtres du secret. Ils sont tenus de le garder et donc de se taire quelles que soient les circonstances.

⁴⁹⁷ - J.-P. Gridel, op.cit., p.444.

⁴⁹⁸ - Il n'y a donc plus de secret lorsque l'information a été l'objet d'une publicité de droit ou de fait.

⁴⁹⁹ - F. Jobron-Minier, op. cit., p. 68.

Par contre, dans les pays de Common Law, « *si l'on admet que les motifs justifiant la protection législative du secret professionnel puissent être d'ordre public, l'obligation elle-même n'y participe pas* »⁵⁰⁰. Le secret professionnel dans ces pays est admis pour le compte du client et non point pour celui du professionnel. Le client est donc le seul maître du secret et l'avocat ne peut se taire dès l'instant que son client le relève formellement de l'obligation de garder le silence. Ainsi, l'obligation du secret peut être levée sur l'autorisation de celui qui s'est confié soit explicitement soit implicitement.

A l'issue de cette divergence entre Common Law et civil Law, nous pensons qu'il est préférable, dans une instance arbitrale internationale, d'écarter la théorie anglo-saxonne et d'adopter la pensée des pays de droit civil basée sur l'idée de l'ordre public du secret professionnel. On justifie notre pensée par le fait que l'arbitrage international constitue, avant toute considération, une justice privée réalisée à huis clos et qui se caractérise principalement par le secret de tout ce qui se déroule au sein de cette instance. Cette discrétion part de l'élaboration de la convention d'arbitrage jusqu'à le prononcé de la sentence arbitrale et passe par toutes les circonstances qui ont été réalisées y compris les correspondances des avocats avec les parties et avec les témoins lors de leur préparation et les pourparlers qui sont faits devant le notaire lors de la formation du contrat. Ces événements ne doivent jamais constituer un objet d'une déposition d'un témoin dans l'arbitrage international.

2) Le secret professionnel de certaines personnes

416. Il est tout à fait normal de déterminer quelles sont les personnes qui peuvent se prévaloir du secret professionnel pour constituer une exonération. En fait, une liste limitative des personnes pouvant ne pas déposer dans l'arbitrage international ne peut être réalisée en raison de la diversité des domaines qui sont assortis du secret professionnel et qui peuvent être objet d'un témoignage. Il en est ainsi, par exemple, pour les banquiers, les assureurs, les fonctionnaires, les avocats, les notaires, etc. Ces personnes citées d'une manière non limitative, peuvent être excusées et par suite ne pas déposer. Mais ce qui nous intéresse c'est sans doute la situation des avocats et des notaires.

417. S'agissant des avocats, d'après les règles déontologiques de la majorité des barreaux, l'avocat doit conserver le secret absolu des confidences qu'il reçoit en raison de sa profession. Il lui est interdit de divulguer en justice, que ce soit étatique ou arbitrale, des faits protégés par

⁵⁰⁰ - R. Le Balle, op. cit., p.66.

le secret⁵⁰¹. Mais, pour bénéficier de la dispense de témoigner, certaines conditions s'imposent : tandis que la première de ces conditions consiste à ce que le fait révélé soit par nature confidentiel, c'est-à-dire il ne peut être divulgué qu'à certaines personnes, la deuxième impose que les confidences doivent être faites au confident à raison de son caractère professionnel, c'est-à-dire que n'importe quelle personne ne peut recevoir l'information. Ainsi, un avocat appelé à déposer un témoignage dans une instance arbitrale internationale (les conseils des parties peuvent être des témoins dans l'arbitrage international) ne doit jamais témoigner sur des faits qu'il a connus dans l'exercice de sa profession et sur des actes accomplis en raison de cette profession, surtout les discussions précontractuelles qui ont précédé les conventions auxquelles l'avocat a participé.

418. S'agissant des notaires, l'article 3.4 du règlement national français de la profession des notaires énonce que *le secret professionnel du notaire est général et absolu* et il ajoute que *ce secret couvre tout ce qui a été porté à la connaissance du notaire dans l'exercice de ses fonctions*⁵⁰². En fait, le notaire en tant qu'officier public, détient à lui seul le pouvoir de rédiger des actes authentiques. C'est la raison pour laquelle le secret notarial porte sur les actes notariés qu'il reçoit. Ainsi, à l'inverse de l'avocat qui est le défenseur des intérêts d'une seule partie, le notaire est une personne intermédiaire entre les deux parties. Il se trouve donc dans une situation dans laquelle il n'est jamais tenu de défendre les intérêts de ses clients dans un procès. Mais, comme pour l'avocat, le notaire doit garder au secret tous les faits et les actes qu'il a personnellement reçus. S'il ne le fait pas, il engage sa responsabilité.

Le secret professionnel est donc imposé au notaire et il est par suite dispensé de rendre son témoignage. Par conséquent, le notaire est tenu non seulement de ne pas divulguer les informations contenues dans les actes, mais encore de ne pas en laisser soupçonner ou même supposer l'existence au cours d'un témoignage en justice. A cet effet, il a été jugé « *qu'un notaire, fût-il choisi en commun par ceux qui ont sollicité son intervention, ne peut révéler à la demande d'une partie les propos recueillis de l'un d'entre eux lors d'une réunion commune* »⁵⁰³.

419. Cependant, on se demande si, d'une part l'avocat en tant que négociateur de l'acte et, d'autre part, le notaire en tant que rédacteur de l'acte, peuvent être appelés à déposer comme

⁵⁰¹ - Cette prohibition s'étend à toute personne apte à partager ces faits avec l'avocat comme par exemple les stagiaires dans son cabinet.

⁵⁰² - L'article 15 de la loi du notariat canadien énonce aussi que le principal devoir d'un notaire est de ne pas divulguer les faits confidentiels dont il a en connaissance lors de l'exercice de sa profession.

⁵⁰³ - Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996, Bull. civ. 1996, I, n°398, p.278.

témoin dans le cas où le tribunal arbitral estime leur témoignage nécessaire pour interpréter dudit acte.

Malgré la présence d'une obligation de secret professionnel incombée à l'avocat et au notaire, ceux-ci « *doivent un témoignage limité, réduit à l'affirmation ou à la négation, parce qu'ils constituent les seules personnes qualifiées pour dire ce que les contractants de l'acte ont voulu* »⁵⁰⁴. Nous adoptons cette solution pour la raison que, ayant les qualités de négociateur et de rédacteur de l'acte, l'avocat et le notaire demeurent les témoins, voire les seuls témoins qui ont la pleine capacité d'envisager une interprétation correcte et saine de l'acte.

Enfin, il est utile de rappeler que si le secret professionnel dispense certaines personnes de déposer comme témoin, l'obligation de comparaître reste présente pour celles-ci parce que les points concernés par le témoignage ne sont pas forcément tous liés au secret professionnel. En conséquence, le témoin cité doit transmettre son excuse au tribunal arbitral pour en apprécier la valeur, et seuls les arbitres décident si les faits sont couverts par un secret. Néanmoins, lorsque l'excuse n'a pas été révélée par le témoin mais que le tribunal arbitral a constaté que les faits sont protégés par le secret professionnel, il lui est alors préférable de ne pas entendre ce témoin afin d'éviter tout recours en annulation pour la suite de la procédure.

⁵⁰⁴ - J.-P. Gridel, op.cit., p. 449.

B – La confidentialité de l'arbitrage et de la preuve orale

420. L'une des principales caractéristiques de l'arbitrage est qu'il constitue une instance qui se réalise à huis clos en toute confidentialité pour toute la procédure y compris la phase de la preuve orale. Cet avantage assure aux parties une conservation de leurs intérêts contre tout genre de divulgation. Ainsi, nous examinons en premier lieu le principe de la confidentialité (1) et en second lieu l'étendue de ce principe (2).

1) Le principe de la confidentialité

421. L'arbitrage est une méthode privée de réglementation des conflits. Il est donc par nature une justice privée entre les parties voire une justice rendue en privé. « *Le recours à l'arbitrage se justifie souvent par la discrétion assurée par cette procédure* »⁵⁰⁵. Parce qu'elles sont séduites par son caractère confidentiel, les parties choisissent souvent le mode de règlement des litiges le plus discret qui est l'arbitrage. Cette confidentialité s'attache à tous les événements qui auront lieu durant l'instance. Il est donc préférable que, dans la plupart des litiges, la procédure reste confidentielle car la publicité des audiences peut entraîner un préjudice pour l'une des parties. Ainsi, les parties qui s'engagent dans une procédure arbitrale, obtiennent l'assurance de ne pas voir dévoiler à des étrangers, l'existence et le déroulement de leur litige, les pièces communiquées, les témoignages déposés, etc.

422. La confidentialité de l'arbitrage est un sujet à la mode⁵⁰⁶. C'est par le caractère confidentiel que l'arbitrage constitue l'un de ses avantages⁵⁰⁷. Pourtant, le devoir de confidentialité de l'arbitrage, spécialement la preuve par témoin dans cet arbitrage, ne trouve aucune source ni dans les conventions internationales ni dans les législations internes.

En effet, il n'existe aucune convention et aucun règlement en matière d'arbitrage commercial international garantissant le devoir de confidentialité quant à la preuve testimoniale. On trouve cependant que les conventions et les institutions d'arbitrage traitent d'une manière générale de la confidentialité, parfois même ne disposent rien, et ne contiennent aucune trace concernant la preuve par témoin. C'est le cas du règlement de la CCI qui ne contient pas d'obligation de confidentialité imposée à l'égard de l'arbitre ou des parties. De même pour le

⁵⁰⁵ - G.-A. Dal et S. Davidson, « La preuve du dommage dans l'arbitrage », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Acte de Colloque de CEPANI du 12 novembre 2009, p.215.

⁵⁰⁶ - E. Loquin, « Les obligations de confidentialités dans l'arbitrage », op.cit., p.323.

⁵⁰⁷ - PH. Fouchard, E. Gaillard, B.Goldman, op. cit., p.629.

règlement d'arbitrage CNUDCI, il dispose que les débats se tiennent à huis clos mais ne dispose rien sur la confidentialité des preuves.

Cette situation n'est pas étrangère pour les lois nationales. En fait, « *le principe de confidentialité de l'arbitrage en général et spécialement des preuves, n'est pas envisagé dans les lois régissant l'arbitrage* »⁵⁰⁸ de façon que ni les systèmes de Common Law ni ceux du droit civil n'envisagent pas de dispositions quant à cette confidentialité. Néanmoins, seul le droit néo-zélandais prévoit une obligation de confidentialité qui s'applique en matière d'arbitrage interne et international⁵⁰⁹. Cette obligation s'étend, sans doute, pour s'appliquer à la preuve par témoin. Ce qui fait que les dispositions du droit néo-zélandais constituent une référence sur laquelle on peut s'appuyer dans la confidentialité du témoignage. Mais, en ce qui concerne le droit français, tandis qu'il ne traite de la confidentialité qu'à propos du seul secret du délibéré qui s'impose aux arbitres, aucune règle n'est prescrite concernant le secret du témoignage.

Cette absence dans les textes a divisé la jurisprudence quant à l'existence d'un principe de confidentialité propre à l'arbitrage qui englobe toutes les procédures durant l'instance et particulièrement la confidentialité des témoignages. Ainsi, certaines juridictions ont nié l'existence d'un tel principe tel que l'arrêt de la cour suprême de Suède qui a énoncé qu'il n'existait pas un devoir légal de confidentialité⁵¹⁰. En revanche en France, la cour d'appel de Paris a, dans un premier temps, pris clairement parti en faveur d'un principe général de confidentialité⁵¹¹ mais elle a jugé ultérieurement que « *la partie qui requiert une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage* »⁵¹². Ce qui peut être expliqué par l'intention de la cour d'appel de restreindre la pratique de la confidentialité dans l'arbitrage qui, par suite, ne peut être appliquée même sur les déclarations des témoins.

423. Cependant, malgré l'absence d'une obligation légale, rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent entre elles de garder confidentielles des informations (et des documents)

⁵⁰⁸ - MM. Poudret et Besson, op.cit., n°368.

⁵⁰⁹ - Parmi les 45 pays qui ont fondé leurs textes législatifs sur la loi type de CNUDCI, il paraît que seule la Nouvelle Zélande a complété la loi type en légiférant spécifiquement sur ce point.

⁵¹⁰ - Cour Supreme de Suede, 27 oct. 2000, A I Trade Finance Inc, *Stockholm Arb. Report*, 2002/2, 144, *Rev.arb.*, 2001, p. 821, note S. Jarvin et G.Reid.

⁵¹¹ - Paris, 1^{ère} ch. Suppl, 18 février 1986, Aïta c/ Ojjeh, *Rev. arb.*, 1986, p.583, note G. Flecheux.

⁵¹² - Paris, 1^{ère} ch. Civ., 22 janvier 2004, *Rev.Arb.*, 2004, p. 646, note E. Loquin.

évoqués durant l'arbitrage. Autrement, les parties peuvent conclure des accords de confidentialité dans leur convention d'arbitrage ou conclure une convention indépendante sur la confidentialité des déclarations des témoins et des faits prouvés par ces derniers⁵¹³.

A cet égard, par accord de confidentialité, il est communément admis qu'il « *s'agit d'accords en vertu desquels une ou plusieurs parties s'obligent à conserver la confidentialité des informations qui leur ont été communiquées* »⁵¹⁴. Ainsi, les parties peuvent stipuler une clause disposant que « *tous les documents et témoignages produits dans le cadre du présent arbitrage ne peuvent être utilisés qu'aux fins de celui-ci et ne le seront à aucune autre fin* »⁵¹⁵.

2) L'étendue de la confidentialité

424. Il s'agit de savoir si, en dehors de l'existence d'une obligation légale, ou contractuelle, de confidentialité, l'engagement des parties dans une procédure d'arbitrage crée un engagement implicite de garder la confidentialité des témoignages.

Certains auteurs considèrent que l'obligation de confidentialité est « contenue implicitement » dans la convention d'arbitrage⁵¹⁶. Les parties sont alors chargées d'une obligation implicite de confidentialité recouvrant toute la procédure arbitrale et englobe les faits prouvés par témoin. En d'autres termes, selon ces auteurs, même si la règle de confidentialité n'est pas énoncée dans la majorité des systèmes juridiques, « *les parties sont en droit de penser que, à défaut de stipulation contraire, la confidentialité doit toujours couvrir toute la procédure* »⁵¹⁷.

Mais pour d'autres auteurs, la confidentialité ne peut pas être considérée comme un devoir implicite en arbitrage international. Ils ajoutent qu'il « *est contradictoire de soutenir, d'une part, que la nature même de la convention d'arbitrage inclut un devoir implicite de confidentialité mais que, d'autre part, comme ce devoir est simplement implicite, il peut être exclu par une convention expresse* »⁵¹⁸.

⁵¹³ - E. Bertrand, « Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire Esso/BHP V Plowman », *RDAI* 1996, n°2, p. 175.

⁵¹⁴ - Ph. Marchandise, « Qui doit signer l'accord de confidentialité ? » *RDAI*, 2002, n°7, pp.741.

⁵¹⁵ - V. Hamilton, « La production de documents dans l'arbitrage de la CCI », *Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, supplément spécial 2006, p.68.

⁵¹⁶ - E. Loquin, Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *op.cit.*, p. 323.

⁵¹⁷ - E. Gaillard, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international », *D.* 1987, chron., p.155.

⁵¹⁸ - C. Muller, « La confidentialité de l'arbitrage commercial international : un trompe- l'œil ? », *ASA BULLETIN*, 2005, n°2, p. 216.

Cependant, comme l'a écrit R. David⁵¹⁹ et à notre tour nous l'adoptons, « *les parties recherchent dans l'arbitrage une autre justice que celle administrée par les tribunaux étatiques, en particulier l'exclusion de toute publicité* ». Ainsi, s'il est vrai que les parties ont tout intérêt à garder confidentiels les témoignages déposés en vue de la valeur qu'ils présentent dans un arbitrage international, il est rare qu'elles envisagent dans leur engagement une condition énonçant la confidentialité de ces témoignages. Il en résulte que la confidentialité est un principe de procédure dans l'arbitrage international qui doit être respecté même hors d'une convention expresse.

L'engagement, implicite, s'étend ensuite sur toutes les conventions attachées à l'arbitrage afin de garder secrets tous les aspects de l'arbitrage surtout les témoignages déposés spécialement la convention conclue entre les parties et les arbitres et la convention passée avec l'institution d'arbitrage pour organiser l'instance arbitrale. Dès lors que les parties ont l'intention de s'engager dans un arbitrage, elles doivent intégrer, même implicitement l'obligation de confidentialité.

425. En revanche, si les parties et les arbitres sont tenus d'une obligation de confidentialité des témoignages déposés, même implicitement, est-ce que cette obligation s'étend aux tierces personnes étrangères au contrat d'arbitrage à savoir les témoins eux-mêmes?

La nature contractuelle de la convention d'arbitrage donne à l'obligation de confidentialité un effet relatif et, par suite, seuls sont tenus par cette obligation les parties à l'arbitrage, les arbitres et l'institution d'arbitrage⁵²⁰. La charge de cette obligation ne peut alors s'étendre aux tiers même s'ils ont participé à la procédure arbitrale par le biais d'un témoignage qu'ils ont déposé.

En fait, le caractère privé de l'arbitrage fait que les audiences se déroulent dans des lieux privés dont l'accès est interdit au public. Ainsi, aucune personne étrangère ne peut assister à la procédure arbitrale sauf si les parties et le tribunal arbitral ont stipulé autrement. Ainsi, en raison de sa source contractuelle et privée, l'obligation de confidentialité est relative et ne peut produire d'effet qu'à l'égard des parties qui l'ont convenu. Son effet ne s'étend pas aux tiers.

⁵¹⁹ - R. David, op.cit., p.16.

⁵²⁰ - Comme J.- B. Racine les nomme, ils forment les seuls joueurs de l'arbitrage (Colloque droit et marchandisation, 18 et 19 mai 2009, Faculté de droit de Dijon, CREDIMI ,).

Il en résulte que la relativité des contrats fait interdire aux arbitres et aux parties de contraindre des tiers pour respecter la confidentialité des informations divulguées pendant la procédure arbitrale. Par conséquent, l'obligation faite pour les parties dans la convention d'arbitrage ne peut être étendue aux tiers, en particulier pour les témoins entendus. Ainsi, la question de la confidentialité paraît parfois « une source de difficulté », soit parce que le témoin peut être conduit durant son audition à dévoiler des informations confidentielles, soit parce qu'il peut avoir accès à de telles informations. Il doit donc être imposé une obligation de confidentialité concernant leur déclaration.

Pour remédier à cette difficulté, il n'est pas rare que certaines mesures soient prises à la charge des témoins. De ce fait, seuls des engagements spécifiques de confidentialité pourraient être imposés au témoin pour conserver la confidentialité des informations. A cet égard, comme la convention d'arbitrage ne lie pas les tiers, les parties, craignant la violation de la confidentialité par de telles personnes, peuvent solliciter la signature d'un accord de confidentialité. Sans aucun doute, cela peut empêcher un témoin de révéler des informations confidentielles divulguées pendant le témoignage tout en ouvrant à la partie la possibilité d'une action en responsabilité contractuelle en cas de violation de l'accord.

En plus de tout cela, il faut noter que tous les documents établis dans le cadre de la preuve testimoniale, c'est-à-dire le procès verbal des témoignages et les témoignages écrits (witness statement ou attestation écrite du témoin) sont, comme les dépositions orales, protégés par la confidentialité⁵²¹. Par conséquent, le caractère privé de la procédure arbitrale serait vidé de son sens si les documents liés aux témoignages n'étaient pas protégés.

⁵²¹ - Un raisonnement similaire s'applique aux témoins experts.

Deuxième chapitre – Les dispositions spécifiques liées au témoin et au témoignage

426. La déposition d'un témoignage dans l'arbitrage international n'est jamais considérée un simple avouement de ce que le témoin connaît, mais c'est une phase dans laquelle plusieurs considérations doivent être prises en compte. Ainsi, on retrouve, d'une part, des règles qui consistent à rendre le témoin mieux adapté au déroulement de la procédure par des mesures réalisées préalablement à son audition. En vertu de ces règles, le témoin sera préparé pour comparaître et déposer son témoignage. Il est par suite nécessaire de couvrir le témoin par une certaine protection contre les agissements de la partie qui le prépare. D'autre part, on rencontre des règles qui régissent l'audition du témoin durant laquelle les parties et les arbitres possèdent tous des rôles à jouer.

427. De plus, dans la plupart des cas, les intervenants du commerce international rédigent leur contrat qui sera soumis ultérieurement à un arbitrage. De ce fait, ce sont les parties, ou à défaut les arbitres, qui arrêtent la façon du fonctionnement de l'instance arbitrale en général et la phase de preuve orale en particulier. Cependant, les décisions des parties et des arbitres ne doivent aucunement être contraire à des dispositions impératives attachées tant à la procédure qu'au fond de l'instance. Mais, ils peuvent toujours disposer contre les règles qui ne sont pas de nature à contrarier l'ordre public interne et international de l'arbitrage. A cet effet, l'arbitre détient un pouvoir souverain d'appréciation des témoignages déposés durant l'audience pour enfin rendre une sentence arbitrale par laquelle le litige sera tranché.

Ces différents points soulevés forment des dispositions spécifiques liées au témoin et au témoignage. Pour procéder au traitement de ces dispositions, il nous faut les regrouper en deux sections dont la première traite de l'audition du témoin dans l'arbitrage international (première section) et la deuxième section traite de la valeur de la preuve orale dans l'arbitrage international (deuxième section).

Première section – L’audition du témoin dans l’arbitrage international

428. Comme on l’a vu précédemment, la preuve orale dans l’arbitrage international est largement inspirée par des règles appliquées dans la tradition de Common Law. A ce propos, la pratique suivie consiste à ce que chaque partie cite les témoins de son choix et procède à les préparer avant leur comparution devant le tribunal arbitral et la partie adverse. Ce qui peut par suite amener les parties à exercer des agissements contre le témoin afin de dire des faits inexacts ou inexistantes. Ainsi, il sera nécessaire de consacrer au témoin une certaine protection contre ces agissements qui affectent le fond de la justice arbitrale.

429. En revanche, après la préparation du témoin, la déposition de son témoignage orale arrive. De ce fait et sans aucun doute, l’influence des règles des différentes traditions sur l’audition des témoins n’est pas absente. Cependant, la pratique dans l’arbitrage international quant à l’audition des témoins s’est dirigée pour donner aux parties un rôle principal similaire à la pratique suivie dans le système de Common Law tout en laissant aux arbitres un certain rôle dans l’interrogation des témoins.

Ainsi, nous traitons dans un premier paragraphe des mesures préalables à l’audition des témoins (§1) et dans un second paragraphe de la déposition des témoins à l’audience (§2).

§ 1 – Les mesures préalables à l’audition des témoins

430. D’une manière générale, la phase de la preuve orale dans l’arbitrage international est caractérisée par la communication des parties et de leurs conseils avec les personnes citées comme témoins afin de préparer leurs dépositions que celles-ci soient écrites ou orales. Cependant, ce contact des parties et des témoins peut être risqué de sorte que des mesures de contrainte peuvent être faites envers le témoin. A cet effet, nous traiterons, dans un premier titre, de la préparation du témoin (A) et, dans un second titre, des agissements envers le témoin (B).

A – La préparation des témoins dans l’arbitrage international

431. La déposition du témoin dans la procédure d’arbitrage international est souvent précédée d’une étape dans laquelle les parties détiennent un rôle qui consiste à préparer le témoin qu’elles ont choisi (1). Cependant, cette préparation du témoin ne fait pas l’unanimité. Par suite une contradiction apparaît entre les déontologies des différents systèmes juridiques (2).

1) Le rôle des parties dans la préparation des témoins

432. La fonction principale d’un arbitrage international est de trancher un différend né d’un rapport entre deux parties qui choisissent une ou plusieurs personnes pour réaliser cette mission. Cette procédure internationale conduit à la rencontre d’intervenants émanant de nationalités et de traditions juridiques différentes. En effet, au sens de l’article 1509 du code de procédure civile français et dans bien d’autres articles d’autres législations, les parties, ou à défaut les arbitres, ont la liberté de choisir les règles applicables à leur arbitrage. Cet avantage qui réside dans l’autonomie de la volonté « *découle des nécessités et de la logique de l’arbitrage qui doit pouvoir s’adapter à l’internationalité du litige* »⁵²² dans lequel on peut affirmer que les parties créent des règles procédurales qui s’appliquent à la procédure arbitrale en s’inspirant principalement des règlements d’arbitrage ou des dispositions législatives de droit interne. C’est en vertu du principe de l’autonomie de la volonté des parties que les preuves seront administrées, surtout la pratique des témoignages au sein des arbitrages internationaux avec ce qu’on appelle « la préparation des témoins » faite par les parties avant toute audition.

⁵²² - Ordre des avocats de Paris, Rapport et projet de la résolution sur « Le témoin dans l’arbitrage international – préparation et production », sous commission arbitrage international, 13 novembre 2007.

A ce propos, les pratiques anglo-saxonnes diffèrent profondément de celles des pays de droit civil. En fait, dans la majorité des pays de droit civil, l'avocat n'est pas autorisé à contacter les témoins avant l'audience. Cependant, s'il désire présenter une preuve par témoin, il la propose au tribunal et lui fournit les noms des témoins qu'il souhaite entendre. En revanche, dans les pays de Common Law, la communication avec les témoins préalablement à leur comparution est très répandue. Les avocats anglo-saxons trouveront ainsi tout à fait normal de prendre à l'avance contact avec les témoins afin de préparer leur témoignage qu'il soit oral ou par une attestation écrite.

433. Cependant, il faut s'interroger à propos de la pratique de la préparation des témoins dans l'arbitrage international. En prenant comme exemple le droit français qui remonte à la tradition romaniste, on trouve que le titre VII du livre premier du code de procédure civile traite de l'administration de la preuve et comporte la comparution des tiers. Cette comparution est traitée dans les deux articles 199 et 213 dont le premier énonce que *lorsque la preuve testimoniale est admissible, le juge peut recevoir des tiers les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux dont ils ont personnellement connaissance* et le second article dit que *le juge peut entendre ou interroger les témoins sur tous les faits dont la preuve est admise par la loi*.

Néanmoins, la preuve testimoniale dans l'arbitrage international est largement influée par les pratiques de Common Law. Il n'est donc pas rare que cette preuve permette aux parties et à leurs conseils de rencontrer les témoins avant leur audience. De ce fait, il paraît clair que le code de procédure français n'envisage pas le cas du témoin entendu dans le cadre des procédures arbitrales internationales tandis qu'en matière d'arbitrage international, la pratique admet largement la faculté des conseils des parties de contacter les témoins et de les préparer avant leur comparution devant le tribunal arbitral⁵²³. La pratique de l'arbitrage international a ainsi admis que les témoins seront entendus suivant une méthode plus proche du Common Law que du système de droit civil dans lequel les parties n'ont aucun rôle dans la phase de la preuve testimoniale.

Il en résulte que dans l'instance arbitrale internationale, les parties jouent un rôle très important lors de l'administration de la preuve testimoniale dont ce rôle consiste à rencontrer les témoins et à les préparer. Dans cette perspective, il a été admis que des règles procédurales

⁵²³ - Cette pratique est d'ailleurs confirmée par certains lois et règlements d'arbitrage. Il est ainsi pour l'article 20.6 de règlement LCIA et l'article 4.3 du règlement IBA et l'article 35.1 du règlement CIRDI.

dont l'effet se résume par la restriction de la faculté des conseils de préparer les témoins ne seront étendues et ne s'appliquent pas dans l'arbitrage international. Par conséquent, la préparation du témoin implique pour l'avocat de la partie de choisir un témoin dont ses dires paraissent favorables à ses prétentions. La mission de l'avocat consiste donc à rencontrer des témoins potentiels qu'il écoute afin d'apprécier leur déclaration et de décider par la suite s'il y a lieu de les produire dans l'instance arbitrale en tant que témoin.

434. Après le choix du témoin, la préparation de celui-ci commence. Ainsi, dans la pratique arbitrale moderne, il est devenu usuel qu'une attestation écrite du témoin soit produite contenant les faits sur lesquels le témoin souhaite déposer. Dans la plupart des cas, les arbitres demandent aux parties de « *soumettre cette attestation à soutien de leurs allégations, au lieu de se limiter à indiquer dans leurs mémoires le nom d'un témoin sans l'allégation qu'ils entendent prouver* »⁵²⁴. Cette attestation produite sous des appellations diverses⁵²⁵, précède le plus souvent la comparution du témoin à qui revient cette attestation. Par conséquent, la préparation du témoin se divise en deux étapes dont la première consiste à préparer avec le témoin l'attestation écrite et la deuxième étape consiste à préparer le témoin pour sa comparution devant la partie adverse et devant le tribunal arbitral.

435. En ce qui concerne la première étape, la déclaration écrite du témoin permet sans aucun doute aux arbitres et surtout à l'autre partie de se faire une idée de ce que le témoin va dire à l'audience. Ce qui permet à la partie adverse de mieux préparer sa défense et surtout son contre interrogatoire. Ainsi, l'objet de la déclaration écrite consiste à préciser les faits que le témoin déclarera lors de sa déposition orale⁵²⁶.

Cependant, bien qu'elle contienne des connaissances personnelles du témoin, l'attestation écrite n'est rédigée que rarement par le témoin lui-même. Celle-ci est rédigée par les parties et leurs conseils après avoir recueilli oralement les témoignages parce qu'elle doit revêtir une forme particulière dont le témoin n'a pas connaissance. Toutefois, le témoin doit signer l'attestation. Cependant, à côté de ce système qui estime que l'attestation est rédigée par le conseil des parties, un autre énonce que les conseils doivent expliquer aux témoins ce qu'est une déclaration écrite et l'avantage qui en résulte pour la partie qui requiert leur témoignage

⁵²⁴ - F Bortolotti, « La preuve par témoins vue par l'arbitre international », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloque de CEPANI du 12 novembre 2009, p.131.

⁵²⁵ - Witness statement, affidavit.

⁵²⁶ - Souvent, il est prévu que les attestations seront produites avec les mémoires c'est-à-dire avant les auditions de témoins et les audiences.

tout en laissant le témoin rédiger lui-même l'attestation. Les parties et leurs conseils guident alors le témoin afin d'établir ce document avec ses propres mots.

En revanche, il paraît utile de s'interroger au niveau de l'influence des conseils sur les témoins lors de la préparation de l'attestation écrite. La réponse à cette question semble aller de soi. Comme on l'a mentionné, après la rédaction d'une attestation écrite, le témoin n'est pas exonéré de comparaître devant le tribunal arbitral et la partie adverse. Il en résulte que le témoin sera examiné par l'autre partie en vertu d'un contre interrogatoire. Ainsi, aucun doute ne doit apparaître quant à l'influence de l'avocat sur le témoin qui l'aide dans la préparation de son attestation écrite, car c'est en vertu de la cross-examination réalisée par la partie adverse que tout risque d'influence doit être neutralisé. En plus, il est nécessaire de rappeler que l'avocat intervenant dans une procédure arbitrale internationale « *reste tenu par les obligations déontologiques de loyauté et de dignité qui l'empêchent de se comporter autrement* »⁵²⁷. Dès lors, l'avocat ne doit pas dénaturer les déclarations du témoin ni amener celui-ci à rédiger des choses inexactes. C'est à ce moment que le rôle de la cross-examination paraît avec un objectif essentiel qui consiste à mettre en lumière la crédibilité et la véracité des déclarations émanées du témoin.

436. S'agissant de la deuxième étape, dès lors que le contact du témoin avec le conseil de la partie est autorisé, il n'est pas étranger à l'avocat de procéder à la préparation du témoin pour son audition devant le tribunal arbitral et la partie adverse. Cette préparation semble nécessaire du fait qu'un témoin est toujours impressionné lors de sa déposition orale. De ce fait, même après avoir déposé une attestation écrite, un témoin qui comparaît devant le tribunal arbitral tout en ignorant les modalités de la procédure, ses dires peuvent paraître inefficaces pour la manifestation de la vérité. « *Il est par conséquent important d'aider un témoin à préparer son audience* »⁵²⁸

Comme pour la préparation de l'attestation écrite, la préparation de l'audition du témoin ne doit pas créer des doutes suite au contact de l'avocat avec le témoin de fait qu'il est utile d'énoncer que les arbitres rappellent aux témoins qu'ils ont l'obligation de dire la vérité lors de leur déposition. Ainsi, « *le témoin témoigne en sachant qu'il peut être soumis à une*

⁵²⁷ - P. Hollander, « La preuve par témoin en arbitrage », in *L'administration de preuve en arbitrage*, Actes de colloque de CEPANI du 12 novembre 2009, p.153.

⁵²⁸ - M. Feutrill et N. Rubins, « La préparation des preuves expertales en arbitrage commercial international : aspects pratiques », *RDAI*, 2009, n°3, p.307.

responsabilité dont il subi une sanction »⁵²⁹. En plus, il ne faut pas croire que l'avocat qui prépare le témoin lui fait dire autre chose que ce qu'il dirait s'il n'était pas préparé. A cet effet, comme le juge, l'une des fonctions de l'avocat consiste à dire au témoin qu'il doit divulguer la vérité et rien d'autre. C'est en fait la déontologie des avocats qui ne leur permet pas de déroger au principe de loyauté et de sincérité.

Ainsi, la mission de l'avocat débute par faire apprendre au témoin la manière avec laquelle les auditions se déroulent en le préparant à l'interrogatoire que ce soit l'interrogatoire direct ou le contre interrogatoire. Pour l'interrogatoire direct,⁵³⁰ il est généralement réduit à quelques questions afin de ne pas répéter le contenu de l'affidavit (l'attestation écrite). A cet effet, l'avocat identifie avec le témoin quelques points forts de son attestation écrite pour les évoquer lors de sa comparution. Par contre, pour le contre interrogatoire, il est évident que l'objectif de la partie qui a présenté le témoin est d'essayer de préparer le témoin « *de manière à ce qu'il ne soit pas surpris par les questions qui lui seront posées à cet effet* »⁵³¹. Par conséquent, la préparation de l'audition d'un témoin paraît nécessaire et importante dans une instance arbitrale internationale mais, elle ne doit jamais laisser croire que l'avocat cherche à faire dire aux témoins des faits inexacts ; ce serait certainement contraire à toute déontologie.

2) La divergence dans les règles déontologiques des différents systèmes juridiques quant à la préparation du témoin

437. Si la préparation des témoins est largement admise dans l'arbitrage international, il est en revanche important de se demander si les règles déontologiques de toutes les législations l'admettent aussi. En effet, tandis que certaines lois de procédure admettent expressément les contacts entre les conseils des parties et les témoins, à savoir les lois de Common Law qui autorisent aux conseils des parties de s'entretenir avec les témoins et à préparer leur interrogatoire et leur contre interrogatoire, les règles déontologies applicables dans d'autres lois interdisent tout contact entre un avocat et une personne appelée à témoigner. Ce sont évidemment les lois des pays civilistes. Ainsi, l'avocat issu d'un de ces pays tels que la France ou la Belgique, ne doit élaborer aucune relation avec les témoins invités à déposer dans l'instance arbitrale. S'il le fait, il commet un manquement grave aux

⁵²⁹ - X. Normand-Bodard, op.cit., p.5.

⁵³⁰ - Voir infra, L'interrogatoire des témoins, n°464 et s.

⁵³¹ - G. Flécheux, op. cit., p.326 ; P. Hollander, op.cit., p.159.

devoirs déontologiques. Il ne doit donc pas être soupçonné d'influencer les dépositions des témoins⁵³².

Cette différence entre les deux déontologies, civiliste et du Common Law, a comme effet de mettre les avocats issus d'un pays continental dans une situation inférieure à celle où sont placés leurs collègues anglo-saxons (Solicitors, Barristers et d'autres Attorneys at Law). Pour ces derniers, cette pratique est intéressante et acquise depuis fort longtemps alors que, dans tous les pays de tradition civiliste, se trouve une grande réserve vis-à-vis de toute communication des conseils des parties avec les personnes choisies pour témoigner.

438. Il est évident donc de se demander si, dans une instance arbitrale internationale, la déontologie des avocats venant d'un système civiliste, tels que les avocats français, leur permet à l'instar de leurs confrères anglo-saxons de préparer les témoins qu'ils souhaitent produire.

De prime abord, il faut annoncer que les avocats plaidants dans les procédures de l'arbitrage international arrivent de barreaux distincts. Cependant, « *analyser les pratiques et les règles de l'administration de la preuve dans l'arbitrage international c'est dépasser le conflit des systèmes entre droit continental et droit anglo-saxon* »⁵³³. Dans le cas contraire, la loyauté vis-à-vis des arbitres et de la partie adverse ne sera pas respectée et ce serait manquer à la déontologie de l'arbitrage. De même, le principe de l'égalité entre les parties sera mis en cause lorsque les règles professionnelles de l'avocat de l'une des parties lui permettent de contacter et de préparer ses témoins avant leur audition alors que les règles déontologiques de l'avocat de l'autre partie ne lui permettent pas de le faire. Ainsi, la solution ne sera acceptée si dans une même instance se trouvent des témoins qui ont été préparés et des témoins qui ne l'ont pas été⁵³⁴.

Afin de mettre en lumière la problématique concernant les déontologies des avocats civilistes, il faut connaître d'emblée le contenu des dispositions régissant la profession d'avocat dans ces pays. Dans son article premier, le règlement intérieur national français de la profession d'avocat détermine les principes essentiels de la profession d'avocat en énonçant *qu'il (l'avocat) respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, de*

⁵³² - Cependant, cet avocat est autorisé à écrire à un témoin une lettre contenant les extraits essentielles du jugement ordonnant l'enquête et elle sera envoyée par huissier.

⁵³³ - G. Flecheux, op. cit., p.321.

⁵³⁴ - Au sens de la convention européenne des droits de l'homme, le caractère équitable du procès sera respecté dans la mesure où l'attestation délivrée par le témoin place chaque partie au même niveau de connaissance de la thèse développée, et ce, avant l'audience.

désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie. De même, en vertu de l'article 5 du même règlement, l'avocat se conforme aux exigences du procès équitable. Il se comporte loyalement à l'égard de la partie adverse. Il respecte les droits de la défense et le principe du contradictoire. Par suite, on peut alors s'interroger si, d'après les dispositions des deux articles ci-dessus, l'avocat français pourra procéder à la préparation du témoin dans le cadre d'une procédure arbitrale à caractère international (dans un arbitrage interne, il est tout à fait prohibé à l'avocat de préparer les témoins).

Dans cette perspective, suite à une demande de l'avis de la commission internationale ouverte de l'ordre des avocats de Paris, cette dernière a tenu séance sur le thème « L'avocat, le témoignage et l'arbitrage international »⁵³⁵. Elle a constaté que « *les règles de déontologie française de l'avocat en matière de témoignages organisés par les avocats ne sont pas identiques à celles en vigueur dans de nombreux autres pays notamment dans les pays soumis à la Common Law* ». En plus, elle a estimé que « *cela met souvent les avocats français en difficulté lors des arbitrages internationaux au cours desquels des témoignages pourront être obtenus notamment par les avocats* ».

A cet effet, une sous-commission nommée « Arbitrage international et place de Paris » a élaboré un projet de rapport et de résolution pour le conseil de l'ordre des avocats de Paris⁵³⁶. Dans un premier temps, cette sous-commission a envisagé ce qu'est la notion de préparation de témoin par l'avocat dans le cadre de procédure arbitrale internationale. Ensuite, elle s'est interrogée si la préparation de la preuve testimoniale pourrait déroger aux règles déontologiques surtout celles prescrites dans les deux articles 1 et 5 précités du règlement intérieur national de la profession d'avocat qui concerne le respect des exigences du procès équitable.

Il est apparu pour cette commission que, d'une part, « *la préparation du témoin ne porterait pas atteinte à la loyauté de l'avocat dès lors que chacun des avocats adopte la même pratique dans le respect du contradictoire* » et, d'autre part, « *les avocats intervenants dans des procédures arbitrales internationales sont issus de barreaux distincts avec de règles déontologiques distinctes mais s'accordent sur une pratique spécifique commune de la préparation du témoin* ». Suite à ces argumentations présentées lors d'une séance de conseil

⁵³⁵ - Séance établie le 9 juillet 2007.

⁵³⁶ - Projet de rapport et de résolution sur « Le témoin dans l'arbitrage international – préparation et production », sous commission arbitrage international, 13 novembre 2007.

de l'ordre de Paris, ce dernier a affirmé le 26 février 2008 que : « *Dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou à l'étranger, il entre dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des témoignages produits au soutien des prétentions de son client, en s'adaptant aux règles de procédures applicables* ». Ils ont ajouté que « *la préparation du témoin par l'avocat avant son audience ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur* ».

439. La Belgique ayant adopté la législation issue de la tradition civiliste, la situation n'est pas étrangère à la situation française. En effet, une recommandation du conseil de l'ordre francophone des avocats du barreau de Bruxelles du 19 février 2008 sur les relations de l'avocat avec les tiers pressentis pour établir une attestation écrite a annoncé que « *l'avocat évite, dans toute la mesure du possible, d'avoir des relations avec un tiers pressenti par son client pour établir une attestation écrite* ». Cependant, ce conseil a très rapidement ressenti l'inégalité qui résulte de l'application des règles déontologiques divergentes des avocats se rencontrant dans une procédure arbitrale internationale. Il s'est donc penché à résoudre la question par « *référence à une exception propre à l'arbitrage international* »⁵³⁷. A ce propos, cette même recommandation du conseil de l'ordre du 19 février 2008 a porté un préambule avec lequel *la recommandation n'est pas applicable aux procédures arbitrales présentant un élément d'extranéité dans lesquelles les relations entre l'avocat et l'auteur d'une attestation écrite sont autorisées selon leurs propres règles de procédure*.

Ainsi, il sera légitime de se demander ce qu'est un élément d'extranéité. L'élément d'extranéité doit être interprété d'une manière large, de façon à être invoqué toutes les fois qu'un élément étranger est présent dans l'arbitrage. C'est le cas lorsque les deux parties appartiennent chacune à une nationalité ou lorsque les deux parties ont la même nationalité mais qu'un autre territoire que le leur forme le siège de l'arbitrage ou lorsqu'elles choisissent une loi autre que leur loi nationale pour régir l'arbitrage ... etc.

A l'issue de cette recommandation, le conseil de l'ordre francophone des avocats du barreau de Bruxelles a arrêté un règlement daté du 12 octobre 2010 dans lequel il a adopté le contenu de la recommandation du 19 février 2010 en consacrant le contact préalable de l'avocat avec le

⁵³⁷ - M. Bukler et C. Dorgan, « Witness testimony pursuant to the 1999 IBA Rules of evidence in international commercial arbitration – novel or tested standards? » *Journal of international arbitration*, 2000, p.11

tiers voulant déposer une attestation écrite dans une procédure arbitrale présentant un élément d'extranéité.

De plus, le conseil de l'ordre francophone des avocats du barreau de Bruxelles ne s'est pas arrêté là, il a aussi adopté le même jour, c'est-à-dire le 12 octobre 2010, un autre règlement sur les relations de l'avocat avec les témoins dans lequel il a consacré à l'avocat le contact avec le témoin avant son audition afin de préparer son interrogatoire que ce soit l'interrogatoire direct ou le contre interrogatoire. Cependant, dans tous les cas, l'avocat doit, selon le règlement, respecter ses obligations de loyauté, de délicatesse et de dignité en s'abstenant de tout comportement ou appréciation susceptible d'influencer le témoin ou pouvant paraître l'avoir influencé.

440. Par conséquent, la préparation des témoins « *n'est légitime que dans l'arbitrage international* »⁵³⁸ qui joint des intervenants de traditions juridiques diverses et de déontologies différentes et dans lequel une procédure propre à la préparation des témoins s'est créée afin de faire une justice arbitrale équitable et de mettre en égalité toutes les parties assistantes à cet arbitrage.

Plusieurs règlements d'arbitrage ont reconnu d'une façon expresse la préparation des témoins tel que le règlement IBA qui énonce dans son article 4.3 que « *It shall not be improper for a party, its officers, employees, legal advisors or their representatives to interview its witnesses or potential witnesses* ». Ainsi, pour le règlement LCIA qui dispose dans l'article 20.6 les mêmes termes que L'article 4.3 du règlement IBA. Cependant, certains autres règlements tel que celui de la CCI, dans son article 15.1, ont laissé aux parties, ou à défaut aux arbitres, la liberté de choisir les règles de procédure de leur arbitrage.

⁵³⁸ - D. Matray et G. Matray, « L'administration de la preuve en matière de preuve », in *L'administration de la preuve en matière de preuve*, Actes de colloque de CEPANI du 12 novembre 2009, p. 31.

B – Les agissements envers la personne du témoin

441. Les témoins doivent volontairement comparaître et déposer ce qu'ils savent. Cependant, il est des cas dans lesquels un témoin subit une contrainte afin de déposer ou pour déposer un faux témoignage (1). A ce propos, il est nécessaire de faire bénéficier le témoin d'une protection le protégeant de toute contrainte (2).

1) La contrainte du témoin

442. Témoigner constitue un devoir pour tous, à l'exception des personnes bénéficiant d'une dispense⁵³⁹. Le devoir de témoigner est consacré en droit civil français dans l'article 10 qui dispose que *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité*. Mais en contrepartie d'une telle obligation, et pour remplir son rôle, le témoin doit disposer d'un droit de déposer dans les meilleures conditions. « *Il doit donc faire son témoignage sans troubles ni dangers* »⁵⁴⁰.

443. Cependant, certaines personnes peuvent refuser de déposer alors que leur témoignage paraît nécessaire pour mieux éclairer l'affaire litigieuse. Dans ce cas, le tribunal arbitral ne possède aucun pouvoir de contrainte envers les tiers car la convention d'arbitrage n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Dès lors, pour la comparution des tiers, qui ont refusé de révéler leurs informations, « *une injonction judiciaire s'avère nécessaire* »⁵⁴¹. A cet effet, l'article 1696 du code judiciaire belge prévoit que *lorsque le tribunal arbitral a ordonné une enquête et que les témoins ne comparaissent pas volontairement ou refusent de déposer, le tribunal arbitral autorisera les parties ou l'une d'elles à s'adresser par requête au tribunal de première instance aux fins de nomination d'un juge commissaire chargé de l'enquête*.

444. A l'encontre de ce genre de contrainte exercé légitimement, une contrainte illégitime peut être le fait des parties. Cela se réalise lorsqu'une partie exerce des pressions sur les témoins⁵⁴² pour les convaincre à témoigner ou pour faire un faux témoignage. Ainsi, la recherche de la preuve testimoniale sera illicite par le comportement de certaines personnes envers le témoin dont le but consiste à éviter l'apparition de la vérité. De ce fait, la contrainte

⁵³⁹ - Voir supra, Les conditions spécifiques d'admissibilité des témoins, n°387 et s.

⁵⁴⁰ - Comme l'énonce la recommandation du comité européen : « *Freely and without intimidation* », *Recommandation on intimidation of witness and the rights of the defense* adoptée le 20 décembre 1996 à Strasbourg

⁵⁴¹ - L. Matray, « Les traits caractéristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI, n°87, 1989, p. 120.

⁵⁴² - Cela englobe encore la tentative de corruption ou la menace d'atteindre à l'intégrité physique ou les menaces de pertes d'emploi.

du témoin provient généralement de deux sortes de pressions : d'une part, le témoin peut être suborné et, d'autre part, il peut être menacé. La subornation et les menaces constituent ensemble ce qu'on appelle l'intimidation⁵⁴³.

En ce qui concerne la subornation, elle constitue, sans doute, une modalité d'altération de la vérité de fait que le suborneur utilise plusieurs formes tels que les promesses, les offres, les présents, afin de convaincre le témoin de déposer un témoignage mensonger ou de s'abstenir de déposer. Ainsi, pour atteindre cette fin, « *cela suppose l'emploi de procédés vigoureux de conviction c'est-à-dire des éléments plus que les simples suggestions, les conseils ou les communications avec le témoin* ».

Cependant, pour que la subornation soit prise en considération comme un fait illicite, elle doit être produite au cours d'une procédure ou en raison de celle-ci. Elle doit alors être faite pendant ou, le plus souvent, avant le procès afin d'empêcher un témoin à déclarer la vérité et de l'amener à faire une fausse déclaration. Ainsi, par la pratique de la préparation des témoins dans l'instance arbitrale internationale, il faut imaginer que la subornation d'un témoin n'est jamais rare pour faciliter le mensonge et conduire à de faux témoignages.

Quant aux menaces, celles-ci atteignent le témoin dans son corps ou encore dans sa moralité. Dans les deux cas, il y a intimidation du témoin afin qu'il n'intervienne pas au cours de la procédure arbitrale⁵⁴⁴. Ainsi, comme dans le cas de la subornation, les menaces amènent le témoin à déclarer un faux témoignage ou à ne jamais déposer.

De plus, il est important de préciser que le témoin n'est pas le seul qui supporte les faits d'intimidation, mais cela peut porter sur une personne proche de lui qui subit ces agissements illicites afin de contraindre le témoin à réaliser les vœux de celui qui exerce l'intimidation.

En revanche, si dans la plupart des cas, la contrainte du témoin émane des personnes privées, on peut estimer que cette contrainte peut également être le fait d'un Etat qu'il soit directement partie à la procédure arbitrale ou directement concerné par cette procédure. Ainsi, parmi les moyens utilisés par un Etat afin d'influencer les témoins, on retrouve la corruption et l'utilisation de toute sorte de mesures dilatoires pour faire déraiper la procédure d'arbitrage en

⁵⁴³ - Selon la recommandation citée ci-dessus, « l'intimidation s'entend de toute menace directe ou indirecte exercée sur un témoin qui peut conduire à une ingérence dans sa volonté de témoigner en étant libre de toute pression indue ou qui constitue une conséquence de son témoignage ».

⁵⁴⁴ - La méthode la plus efficace est de proférer des menaces à l'encontre du corps du témoin.

exerçant une pression sur le tribunal arbitral pour allonger considérablement et inutilement l'interrogation des témoins.

2) La protection du témoin

445. Comme on l'a dit, le témoignage est considéré comme un service pour la justice et il constitue avant tout, et ce depuis longtemps, un devoir incombé à toute personne connaissant toute ou partie de la vérité, sauf évidemment si elle ne dispose pas de son pouvoir d'être témoin. De ce fait, la procédure arbitrale internationale a reconnu progressivement le rôle des témoins⁵⁴⁵.

446. En contrepartie de leur rôle, et malgré le fait que le respect du devoir de témoigner ne doit être conditionnel, une nécessité prioritaire doit exister au bénéfice des témoins et consiste à les protéger. La protection des témoins devrait, tout en garantissant les droits de chacune des parties, être assurée avant, pendant et après le procès⁵⁴⁶. Ainsi, les mesures de protection qui doivent être apportées au témoin sont toutes les mesures prises au cours ou hors des procédures et sont destinées à protéger le témoin de toute intimidation et de toute pression rendant une déclaration mensongère et contribuant ainsi à s'opposer au bon fonctionnement de la justice arbitrale. Il en résulte que la protection du témoin s'effectuera prioritairement en prévenant les pressions et les menaces mais « *aussi en veillant à garantir que le témoignage soit recueilli dans des conditions telles que sa fiabilité ne puisse être suspectée* »⁵⁴⁷.

447. La protection du témoin dans l'arbitrage international ne fait l'objet d'aucun texte d'une convention ou d'une loi étatique. Autrement dit, aucun régime légal ne protège le témoin dans l'arbitrage international. La charge de cette protection demeure donc incombée sur les parties ou, dans le cas échéant, sur l'institution d'arbitrage qui organise les différentes étapes de la procédure. Ainsi, il revient à chaque partie de protéger le témoin, qu'elle a choisi, de toute intimidation, mais il revient aussi à la partie adverse de protéger le témoin de l'autre partie des pressions et des menaces que peut exercer cette dernière lors de la préparation du témoin.

Des dispositions législatives et pratiques appropriées doivent donc être édictées dans les lois concernant l'arbitrage international dans les codes de procédure civile des différentes

⁵⁴⁵ - Rappelons que la preuve testimoniale que fournissent les témoins est très répandue dans l'arbitrage international.

⁵⁴⁶ - C'est le contenu du premier principe des principes généraux de la recommandation Rec(2005)9 adoptée par la Comité des Ministres de conseil de l'Europe le 20 avril 2005.

⁵⁴⁷ - M. Lemonde, « La protection de témoins devant les tribunaux français », *Rev.sc.crim.*, oct.-dec. 1996, n°4, p.816.

législations pour permettre aux témoins de déposer librement sans être soumis à aucun acte de pression. A travers ces dispositions législatives, les parties peuvent, en choisissant une loi étatique qui régit leur arbitrage, assurer aux témoins une protection en mettant à leur disposition des mesures ayant une base légale visant à garantir efficacement leur sécurité⁵⁴⁸. Mais en l'absence de toute mesure spécifique, les parties à l'arbitrage et l'institution organisant l'arbitrage sont invitées à apporter elles-mêmes et de leur initiative, une protection aux témoins surtout lorsque leur témoignage présente une valeur importante à l'affaire. Il paraît donc important d'offrir aux témoins des mesures garantissant la santé de leur déposition.

448. L'une des meilleures méthodes qui assure aux témoins leur protection, réside dans la confidentialité de la procédure arbitrale internationale. Ainsi, toutes les étapes et les mesures accomplies lors de cette procédure devraient rester confidentielles de sorte qu'une divulgation non autorisée des informations attachées à l'instance arbitrale ne doit pas être à l'abri d'une punition.

Mais pour encore mieux protéger un témoin, la confidentialité doit porter non seulement sur les déclarations que le témoin dépose, mais aussi sur les informations personnelles de celui-ci⁵⁴⁹. En effet, la partie adverse pourrait accéder facilement à certains renseignements personnels du témoin notamment son identité et son adresse. Ainsi, qu'elle que soit la législation choisie pour régir la procédure arbitrale, le témoin se trouve obligé de déclarer avant son témoignage des informations qui lui sont personnelles. Cette obligation peut parfois entraîner des effets inacceptables de sorte que la partie adverse, en obtenant ces informations, pourra entrer en contact avec le témoin pour lui forcer à déposer un faux témoignage ou de ne pas déposer.

Pour remédier à ce problème, il est nécessaire d'éviter le plus possible la révélation de ces informations en vertu de ce qu'on appelle « l'anonymat » qui signifie que les éléments d'identification du témoin ne sont généralement pas divulgués à la partie adverse pour qu'elle ne puisse pas savoir qui sont les témoins afin d'éviter l'exercice des pressions envers eux⁵⁵⁰.

⁵⁴⁸ - Malgré l'absence des dispositions spécifiques à l'arbitrage, le code de procédure pénale français prévoit un certain nombre de mesures destinées à protéger physiquement le témoin. On se demande si ces dispositions peuvent s'étendre par analogue au témoin dans l'arbitrage.

⁵⁴⁹ - Les informations personnelles attachées au témoin qui intéressent sa protection sont spécialement son adresse et sa qualification

⁵⁵⁰ - Cependant, après la déposition de l'attestation écrite, la partie adverse a tout le droit de connaître l'identité du témoin parce qu'après ce temps, le risque que cette partie intimide le témoin sera neutralisée avec la présentation de l'attestation écrite dans laquelle le témoin a déjà déposé ses dires.

Permettre aux témoins de cacher leur identité constitue une garantie efficace pour leur sécurité et assure leur crédibilité.

Néanmoins, et malheureusement, les règles et les pratiques suivies dans l'arbitrage international ne connaissent pas une protection permettant de laisser confidentielle l'identité du témoin. Ainsi par exemple, l'article 5§2 du règlement IBA dispose que l'identité et l'adresse du témoin doivent être mentionnées dans la liste des témoins présentée au tribunal arbitral et à la partie adverse⁵⁵¹. Cela met le témoin en situation de risque surtout que cette liste doit être visée par toutes les parties selon la méthode de la discovery pratiquée dans l'arbitrage international dans la majorité des cas.

449. Cependant, même en admettant que le témoin doit profiter d'un statut protecteur dans les procédures arbitrales internationales, cette protection ne peut être générale et ne peut pas être appliquée d'une manière absolue. Pour cette finalité, certains critères doivent être pris en considération pour décider si un témoin peut bénéficier des mesures protectrices. L'un des plus importants critères est celui de l'existence d'une pression « sérieuse » et « réelle » et non pas imaginaire ou déraisonnable. Ainsi, à notre avis, pour décider de l'adoption des mesures protectrices, il est indispensable, d'une part, d'apprécier si le témoin encourt un danger très grave de sorte qu'il ne puisse pas déposer son témoignage sans lui accorder une protection et, d'autre part, il est nécessaire également d'examiner s'il n'existe pas des moyens de preuve, autres que le témoignage du témoin intimidé, qui pourraient être suffisants pour amener le litige à une solution.

Notons enfin que si les témoins sont soumis à des mesures de protection, celles-ci devraient être mises à leur disposition principalement dans le but de sauvegarder leur vie privée et d'assurer leur sécurité personnelle et la sécurité de leurs proches contre les faits de certaines personnes et même contre les faits d'un Etat trouvant ses intérêts remis en cause par une déclaration d'un témoin. Par conséquent, le témoin doit être protégé de toute pression durant l'instance arbitrale mais aussi après la clôture de celle-ci.

⁵⁵¹ - L'ordonnance rendue par l'arbitre dans l'affaire 7170 en 1991 donne une meilleure application de cet article 5 du règlement IBA (note D. Hasher, op. cit., p.1062).

§ 2 – La déposition des témoins à l’audience

450. Après avoir été préparé, le témoin doit comparaître à l’audience pour déposer oralement ses connaissances. Cependant, la déposition des témoins se réalise suivant des règles inspirées des deux traditions de Common Law et de droit civil avec la prépondérance de la première sur la seconde. Ainsi, les règles régissant l’audition des témoins dans l’arbitrage international feront l’objet d’un premier titre (A) et la pratique de l’audition du témoin dans cet arbitrage fera l’objet d’un second titre (B).

A – Les règles générales régissant l’audition des témoins dans l’arbitrage international

451. L’audition des témoins dans l’arbitrage international, comme tout autre point, n’est pas à l’abri de l’influence des pratiques suivies dans les arbitrages internes. De ce fait, il est nécessaire d’envisager d’abord l’influence des différentes traditions sur l’audition des témoins (1) pour ensuite traiter du cas de l’impossibilité du témoin de se présenter à l’audience (2).

1) L’influence des règles applicables dans les différentes traditions juridiques sur l’audition des témoins dans l’arbitrage international

452. La façon de procéder à l’audition des témoins présente un point sur lequel se trouve une grande divergence entre les pays de Common Law et ceux du droit civil dans lesquels des techniques très différentes s’appliquent dans chacun de ces deux groupes. Dans les premiers pays, la méthode suivie est celle de l’interrogatoire direct (direct examination) et du contre interrogatoire (cross-examination) des témoins produits par les conseils de chaque partie qui recourent toujours à ce type d’interrogatoire afin, d’une part, de renforcer leurs propres prétentions et, d’autre part, d’affaiblir la crédibilité et la fiabilité des témoins de la partie adverse. Ainsi, même en admettant que les arbitres disposent du contrôle de l’audience et se réservent la possibilité d’interroger eux-mêmes les témoins, l’audition de ces derniers dans les pays de Common Law appartient toujours et avant tout aux parties et leurs conseils.

453. Par contre, la technique de l’interrogatoire des témoins en vertu de la direct-examination et de la cross-examination est complètement absente dans les pays de tradition civiliste. « *Seul l’arbitre est le maître d’œuvre de l’instruction* »⁵⁵² : c’est à lui de diriger l’audition des témoins et de leur poser les questions. Le tribunal assume alors lui-même un rôle actif de sorte que les parties et leurs avocats demeurent des spectateurs muets pouvant seulement transmettre aux juges des questions pour les poser aux témoins. Dans ce dernier cas, les juges

⁵⁵² - R. Perrot, « L’administration de la preuve en matière d’arbitrage », op.cit., p. 173.

ne sont pas tenus de prendre en considération les questions des parties mais, s'ils le font, ils les reformulent pour les poser aux témoins⁵⁵³.

454. En revanche, cette divergence entre les pratiques de Common Law et de Civil Law ne paraît pas dans un arbitrage international de fait que les formalismes sont généralement absents durant les audiences. En effet, les auditions des témoignages se déroulent conformément à la convention d'arbitrage, ou à défaut à la décision des arbitres. Ainsi, « *sauf accord particulier des parties, le tribunal arbitral est libre de diriger l'audience et de régler les modalités de la déposition des témoins, particulièrement concernant la manière dont les témoins sont interrogés* »⁵⁵⁴. Comme l'exprime l'article 8.1 des règles IBA de 1999: "The arbitral tribunal shall at all times have complete control over the evidentiary hearing". De ce fait, le tribunal arbitral a le choix, soit d'interroger lui-même les témoins comme un juge appartenant à la tradition continentale, soit de confier aux conseils des parties, la mission de réaliser la phase des interrogations, comme c'est le cas dans la tradition de Common Law.

Cependant, les arbitres laissent le plus souvent aux parties une grande liberté pour accomplir elles-mêmes l'interrogatoire des témoins. Cette pratique s'applique aujourd'hui d'une manière fréquente dans les arbitrages internationaux même dans les instances qui se déroulent dans les pays appartenant à la tradition romaniste. Ainsi, une large latitude est offerte aux conseils des parties pour procéder à l'interrogatoire des témoins tout en réservant au tribunal arbitral la faculté de poser, s'il estime nécessaire, d'éventuelles questions complémentaires pour mieux cerner la question litigieuse. Par conséquent, alors que des règles spécifiques ne sont pas consacrées pour régir la phase des interrogations, il paraît clair que des règles importées du système de Common Law s'appliquent sur l'audition des témoins dans l'arbitrage international⁵⁵⁵. De ce fait, la partie qui produit les témoins commence d'abord à les interroger suivant la direct-examination pour que la partie adverse procède ensuite à la cross-examination.

Néanmoins, malgré une large transposition des règles du système de Common Law, l'arbitre ne sera tenu dans aucun cas d'accepter toutes les questions posées par les parties. D'où le cas des questions connues par les « Leading Questions » qui « *suggèrent une certaine réponse ou*

⁵⁵³ - Ce processus plus ou moins lourd explique le nombre très peu élevé d'enquêtes dans procédures contentieuses des pays de droit civil.

⁵⁵⁴ - L. Matray, « Les traits caractéristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste », op.cit., p. 120.

⁵⁵⁵ - Dans tous les cas, il convient de réserver au tribunal arbitral un large pouvoir d'appréciation quant à la sélection des témoins et quant à l'appréciation de la pertinence et de la force probante de leur témoignage comme on le verra plus tard.

qui attendent une réponse par oui ou par non »⁵⁵⁶. De même, s'il a été accepté que l'attestation écrite présentée par le témoin remplace la direct-examination, le témoin sera dans cette situation uniquement interrogé par la partie adverse. Dans tous les cas, il faut reconnaître au tribunal arbitral un rôle avancé pour garantir un bon déroulement de l'audience et pour veiller à ce que tout se passe correctement.

455. Concrètement, comme on l'a dit, les conseils des parties préparent les témoins et une déclaration écrite sera par suite déposée. Cependant, cette attestation ne peut suffire pour accorder toute force probante aux déclarations du témoin, mais celui-ci doit comparaître afin de déposer oralement ce qu'il a écrit dans son attestation⁵⁵⁷.

A cet effet, la comparution du témoin offre à la partie adverse un droit de procéder à un contre interrogatoire pour contester les énonciations du témoin dans l'attestation écrite. Admettre le contraire, « *ce sera évidemment une violation du principe de l'égalité des parties de fait qu'un morceau de papier (l'attestation écrite) ne peut faire l'objet d'un cross-examination* »⁵⁵⁸ et, par suite, la partie adverse sera privée de l'un des principaux moyens de contredire le témoignage. Dès lors, si un témoin, qui a déposé une attestation écrite, ne comparaît pas, le tribunal arbitral doit considérer ses déclarations écrites inexistantes ou au moins leur donner une valeur moindre par rapport à d'autres éléments de preuve.

Néanmoins, il est parfois des cas dans lesquels certains témoins seront exonérés de la comparution à l'audience et ce pour plusieurs raisons. En effet, une partie peut reconnaître les énonciations contenues dans l'attestation écrite produite par le témoin et par suite elle pourra renoncer à son droit de réaliser un contre interrogatoire⁵⁵⁹. De même, alors que la partie adverse demande l'audition du témoin qui a déposé une déclaration écrite, le tribunal peut toujours considérer cette audition comme inutile⁵⁶⁰.

456. On se demande enfin si des témoins peuvent assister avant, ou à l'issue de leur comparution, à l'audition des autres témoins. En principe, la pratique suivie consiste à ce que chaque témoin dépose sans que d'autres témoins soient présents pour qu'il ne soit pas influé par ce qui pourra être dit durant d'autres dépositions.

⁵⁵⁶ - G. Rouhette, op.cit., p. 255.

⁵⁵⁷ - Article 4.8 des règles IBA.

⁵⁵⁸ - H. Holtzmann, « L'administration de la preuve dans les arbitrages commerciaux américains », *Rev. arb.*, 1974 n°3, p.134.

⁵⁵⁹ - Même si les parties renoncent au droit du contre interrogatoire, le tribunal peut toujours demander l'audition d'un témoin ayant déposé une attestation écrite.

⁵⁶⁰ - Tri. Féd. Suisse, 7 janvier 2004, 4 P.196/2003, ASA, *Bull.*, 2004, p.600.

Cependant, ce principe pose un problème essentiel dans l'arbitrage international. En effet, toute personne peut être témoin dans une instance arbitrale internationale y compris les avocats des parties et les parties elles-mêmes. Ainsi, pour ces dernières personnes dont la présence est nécessaire pendant toute l'audition des témoins, une exception au principe qui dit que les témoins déposent chacun seul doit être admise. Ces personnes (les parties et leurs représentants) tout en étant des témoins, devront être présentes tout au long de l'audience afin de mener l'interrogatoire direct et le contre interrogatoire des témoins cités à déposer. A cet effet, il est souvent admis que les parties et leurs conseils ont le droit d'être présents à l'ensemble des auditions de tous les témoins, même s'ils sont en mesure de déposer un témoignage ultérieur. A ce propos, l'article 20.3 du règlement CCI admet d'une manière claire cette solution tandis que d'autres règlements laissent aux parties, ou aux arbitres, le choix de décider une telle assistance. Il est dès lors important de décider à l'avance qui seront les personnes admises à être présentes durant l'audience afin d'éviter tout incident et toute discussion le jour de l'audience.

2) Les règles applicables dans le cas de l'impossibilité pour le témoin de se présenter à l'audience

457. Une question doit être posée, c'est celle du témoin qui ne peut pas se présenter à l'audience pour déposer un témoignage. En fait, pour répondre à cette question, il faut distinguer deux cas : le premier concerne le témoin qui se trouve sur le territoire où siège le tribunal arbitral et le second cas concerne le témoin qui se trouve à l'étranger.

458. S'agissant du premier cas, il est parfois des situations dans lesquelles la déposition d'un témoin s'avère nécessaire pour la manifestation de la vérité mais il est difficile à ce témoin d'assister à l'audience. Certainement, un témoignage si pertinent pouvant contribuer à résoudre le litige ne peut être négligé. Les parties et les arbitres doivent se mettre tout en œuvre afin de recevoir ce témoignage.

A cet effet, plusieurs solutions peuvent être envisageables : d'abord, les parties peuvent s'accorder entre elles pour recevoir la déposition chez le témoin. Dans ce cas, les parties et les arbitres, ou au moins l'un d'eux, se déplaceront pour recueillir le témoignage. Ensuite, dans le cas où les parties ne se sont pas mises d'accord, il revient au tribunal arbitral d'apprécier si le déplacement chez le témoin est nécessaire ou par contre s'il est inutile de recevoir son témoignage. Dans ce cas, si les arbitres décident que le témoignage est d'une valeur importante, il y aura alors déplacement des arbitres et des parties en vertu d'une ordonnance

rendue par le tribunal. Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la principale motivation pour rendre une ordonnance de déplacement réside dans le fait que les témoins sont, soit trop loin du siège de l'arbitrage, soit qu'il leur est impossible (maladie, raison professionnelle ou familiale ...) de comparaître au jour qui leur est indiqué. Enfin, si le tribunal arbitral estime que l'absence du témoin est provisoire, il peut reporter sa comparution à un jour ultérieur qu'il détermine.

459. S'agissant du témoin qui se trouve à l'étranger, la situation paraît plus complexe par rapport à celle du témoin qui se trouve sur le même territoire des arbitres et des parties. En effet, comme pour le cas des preuves documentaires, la recherche des témoignages à l'étranger nécessite la coopération de plusieurs personnes.

Lorsqu'un témoin à l'étranger est convoqué pour déposer un témoignage, de deux choses l'une: soit il accepte de comparaître⁵⁶¹, soit il n'accepte pas. Si le témoin accepte de comparaître, cela ne pose aucun problème. En revanche, son refus entraîne certaines décisions. N'ayant pas l'impérum, le tribunal arbitral ne peut contraindre ce tiers. Il y aura donc recours aux autorités étatiques. Ainsi, les parties, ou le cas échéant les arbitres, saisissent le juge d'appui.

Cependant, le recours au juge d'appui reste sans intérêt du fait que le témoin se trouve à l'étranger. Il est donc nécessaire que le juge d'appui demande à son homologue dans le pays où réside le témoin de prendre toute mesure envers le témoin récalcitrant. A cet égard, le juge étranger peut contraindre le témoin et le forcer à déposer ses déclarations. Ainsi, le juge reçoit les dépositions du témoin et par suite il les transmet au juge d'appui qui, à son tour, les met à disposition des arbitres et des parties.

Il faut noter toutefois que cette procédure, plus ou moins longue, est nécessaire parce que la convention de La Haye du 18 mars 1970 relative à l'obtention des preuves situées à l'étranger⁵⁶² ne concerne que la coopération entre les autorités judiciaires étatiques et non pas les autorités privées tel qu'un tribunal arbitral. Il est dès lors important au tribunal arbitral de saisir le juge d'appui, ayant la compétence de trancher les incidents soulevés dans l'instance arbitrale, afin qu'il demande la coopération du juge étranger selon la convention de La Haye précitée.

⁵⁶¹ - Les frais de déplacement sont avancés par la partie qui cite le témoin.

⁵⁶² - Décret n° 75-250 du 9 avril 1975, J.O. 17 avril 1975, p.3980.

B – La pratique de l’audition des témoins dans l’arbitrage international

460. Les parties sont en principe démunies d’un rôle primordial quant à l’audition et l’interrogation des témoins dans l’arbitrage international. Elles détiennent alors les règles de jeu. Cependant, un rôle est aussi réservé au tribunal arbitral afin de contrôler et de rendre plus efficace l’audition des témoins. Ainsi, nous traiterons d’abord du rôle des parties dans l’audition des témoins (1) puis du rôle du tribunal arbitral dans cette audition (2).

1) Rôle des parties dans l’audition des témoins

461. Aux jours et heures fixés, les témoins convoqués doivent comparaître devant le tribunal arbitral en présence de toutes les parties et de leurs conseils et cela dans l’ordre que le tribunal, ou parfois les parties, ont établi. A ce propos, aucune règle n’existe quant à l’ordre des auditions. Cependant, les auditions pourront être réalisées selon la disponibilité des témoins mais aussi, et c’est le plus courant, il sera prévu que les témoins produits par le demandeur seront entendus en premier puis suivront ceux du défendeur⁵⁶³. Ainsi, l’interrogation de chaque témoin se déroule séparément et débute par la partie qui a cité le témoin en présence de la partie adverse et de ses défenseurs.

462. Au début de l’interrogation, le témoin déclare son nom, prénom, profession, âge et s’il est parent ou proche de l’une des parties ou s’il existe un lien de subordination avec la partie qui l’a cité. Cette déclinaison permet de vérifier l’identité du témoin et de faciliter, d’une part, à la partie adverse l’exercice des reproches et, d’autre part, au tribunal arbitral l’utilisation de son pouvoir afin d’écarter les témoins ayant des intérêts à déposer un témoignage suspect.

Lors de l’enquête, le témoin dépose oralement sans lui permettre de lire aucun projet écrit, non plus l’attestation écrite qu’il a déposée suite à sa préparation.

463. Sur le plan concret, l’audition des témoins dans l’arbitrage international se déroule en plusieurs phases. Rappelons d’emblée que l’instance est déclenchée par la partie demanderesse qui adresse une demande d’arbitrage à la partie défenderesse⁵⁶⁴. Mais, alors que cette demande n’est pas soumise à des formalités particulières⁵⁶⁵, le demandeur est tenu de

⁵⁶³ - Article 8.2 des règles IBA.

⁵⁶⁴ - Cette demande se fait soit directement soit par l’intermédiaire d’un centre d’arbitrage.

⁵⁶⁵ - J.-B. Racine, F. Siirainen, op.cit., p.467.

citer les témoins qu'il souhaite entendre⁵⁶⁶. Dans sa réponse à la demande d'arbitrage, la partie adverse présente tous les moyens de défense y compris les témoins qu'elle a choisis.

Il en résulte que, lors de la phase de la preuve testimoniale, le témoin sera présenté par la partie qui l'a appelé à comparaître⁵⁶⁷ de façon qu'elle commence elle-même par l'interroger en vertu de ce qu'on appelle « l'interrogation directe » ou « direct-examination ». Cette interrogation directe sera précédée, comme on l'a vu, par une préparation du témoin réalisée par le représentant de la partie qui l'a produit. Une fois l'interrogatoire direct terminé, toute partie ayant des intérêts opposés à celle qui a présenté le témoin, peut procéder à un contre interrogatoire. Après le contre interrogatoire, la partie qui a appelé le témoin peut l'interroger de nouveau.

464. En ce qui concerne la réalisation de l'interrogatoire direct, le tribunal arbitral invite généralement la partie qui a apporté le témoin à effectuer son interrogatoire. Cependant, cet interrogatoire ne doit dépasser les faits relatifs à la contestation qui regroupent tant les faits invoqués dans la demande d'arbitrage présentée par le demandeur que, ceux contenus dans la réponse à cette demande établie par le défendeur. Néanmoins, lorsque le témoin dépose préalablement à son audition une attestation écrite, les parties peuvent décider, et le tribunal arbitral peut ainsi l'estimer, que cette attestation écrite se substituera à l'interrogatoire direct qui devra être réalisé par la partie qui a produit le témoin. Dans ce cas, la phase de l'interrogatoire direct se limitera à quelques questions avec lesquelles le témoin sera présenté et il confirme en même temps les énonciations de la déclaration écrite⁵⁶⁸.

465. Cependant, lors de l'interrogatoire direct du témoin, la partie ne peut, dans aucun cas, lui poser des questions suggestives. Une question est suggestive, comme son nom l'indique, lorsqu'elle suggère la réponse. Il en est ainsi lorsque la réponse à la question posée ne peut être que par oui ou par non. Il en résulte que « *la partie qui possède l'avantage d'interroger en premier le témoin ne doit pas lui mettre les mots dans la bouche* »⁵⁶⁹.

De ce qui précède, il résulte que l'interrogatoire direct présente plusieurs objectifs : le premier consiste à permettre à la partie qui a présenté le témoin de soutenir ses allégations par le biais des réponses apportées par le témoin et qui lui sont favorables. Le second objectif contribue à

⁵⁶⁶ Article 5 du règlement IBA : « les parties sont obligées de mettre dans leurs mémoires les témoins qu'elles souhaitent entendre.

⁵⁶⁷ - Peu importe que cette partie soit demanderesse ou défenderesse.

⁵⁶⁸ - Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », op.cit., p.782.

⁵⁶⁹ - S. Rousselle, op. cit., p.8.

affirmer la crédibilité du témoin en vertu des questions posées d'une manière simple de sorte qu'elles ne peuvent donner que des réponses claires du témoin et ce, avant d'être soumis à l'interrogatoire de la partie adverse qui tend à contester sa fiabilité.

466. Après que le conseil qui a produit un témoin finisse de l'interroger, la partie adverse sera en mesure d'interroger à son tour ce témoin. C'est à travers du cross-examination qui constitue, sans équivoque, l'étape la plus importante dans la phase de l'audition du témoin. Elle forme la façon avec laquelle la sincérité et la crédibilité du témoin peuvent être testées. Ainsi, le contre interrogatoire, mené par toute partie ayant des intérêts opposés à celle qui a apporté le témoin, remplit un rôle essentiel dans le processus permettant ainsi de déterminer si un témoin est digne de foi.

A l'inverse de l'interrogatoire direct, les questions posées au témoin durant le contre interrogatoire peuvent en principe être suggestives c'est-à-dire « *formulées de façon à exiger une réponse par oui ou par non* »⁵⁷⁰. Ainsi, le conseil adverse posera des questions au témoin et confrontera ses affirmations à d'autres éléments de preuve. Cependant, des objections peuvent être soulevées par la partie qui a appelé le témoin lorsque la partie adverse pose au témoin des questions ambiguës ou qui n'ont aucune importance. Dans ce cas, le tribunal arbitral pourra demander à l'auteur de ces questions de les reformuler ou au plus les écarter.

En plus, comme l'interrogatoire direct, le contre interrogatoire offre également des objectifs. En premier, il consiste à discréditer le témoin qui a déposé une attestation écrite ou qui a déclaré un témoignage favorable aux prétentions défendues par le conseil de la partie auteur de l'interrogatoire direct. En second, le contre interrogatoire amène le témoin à prononcer, à travers les questions posées, des faits utiles à la thèse de l'auteur du contre interrogatoire.

467. En revanche, lors du cross-examination, le témoin peut répondre d'une manière avec laquelle certains points nécessitent clarification. La partie qui a mené un interrogatoire direct peut procéder à un redirect examination (ré-interrogatoire). L'objet d'un ré-interrogatoire consiste à interroger le témoin sur des faits révélés lors du contre interrogatoire et par suite lui demander d'éclaircir les réponses qu'il a données aux questions posées par la partie adverse.

A cet effet, il est important de distinguer le ré-interrogatoire d'un nouvel interrogatoire. Bien que pour certains auteurs ces deux notions impliquent le même processus⁵⁷¹, le ré-

⁵⁷⁰ - L. Ducharme, op. cit., p.122.

⁵⁷¹ - R. Ziadé et C.H. de Taffin, op. cit., p.128.

interrogatoire a pour objet, comme on l'a dit, d'obtenir du témoin des précisions aux réponses qu'il a données lors du contre interrogatoire tandis que le nouvel interrogatoire signifie que le témoin est appelé pour donner, soit un complément à son témoignage qu'il a déposé, soit un nouveau témoignage qui n'a rien en rapport avec le direct-examen et la cross-examination. Le ré-interrogatoire ne peut dès lors être transformé en un nouvel interrogatoire sans l'accord des parties ou le cas échéant l'autorisation du tribunal arbitral.

2) Rôle du tribunal arbitral dans l'audition des témoins

468. Alors que les parties et leurs conseils constituent seules les maîtresses de l'interrogatoire, qu'il soit l'interrogatoire direct ou le contre interrogatoire, le tribunal arbitral a lui-même à tout moment le pouvoir de poser des questions aux témoins qui concernent son attestation écrite et sa déposition orale durant l'instance. Cela permet au tribunal, tout au long de l'audience, une meilleure compréhension des points litigieux soulevés par les parties et attestés par les témoins et par suite constituer une conviction fondée sur les énonciations contenues dans les déclarations des témoins.

469. Néanmoins, s'il est admis en principe que les témoins déposent séparément, il ne sera pas interdit aux arbitres, après la déposition de chaque témoin et s'ils le trouvent nécessaire, d'entendre un témoin à nouveau et, de plus, ils ont la possibilité de confronter les témoins entre eux ou avec les parties pour dégager une information pertinente.

De même, bien que les témoins dans l'arbitrage international soient souvent cités par les parties, le tribunal arbitral n'est pas dispensé de ce pouvoir. Ainsi, les arbitres peuvent à tout moment convoquer et entendre toute personne dont l'audition leur paraît utile à la manifestation de la vérité.

En plus des pouvoirs donnés aux arbitres, rien ne leur impose d'entendre tous les témoins proposés par les parties. Ils peuvent rejeter la demande d'une partie qui souhaite entendre un témoin s'ils apprécient que son témoignage ne soit pas pertinent⁵⁷². Ainsi, à travers le pouvoir donné aux arbitres, ils pourront d'une part limiter le temps de chaque partie dans l'interrogatoire du témoin et, d'autre part, refuser dans certains cas un contre interrogatoire⁵⁷³ demandé par une partie désirant affaiblir la crédibilité du témoin.

⁵⁷² - R. David, op. cit., p.413.

⁵⁷³ - Tout en respectant le principe d'égalité entre les parties.

470. Ainsi se pose d'un côté la question du nombre des témoins et, d'un autre côté, le pouvoir des arbitres pour fixer ce nombre. En fait, l'arbitrage international ne contient aucune règle disposant qu'un nombre limité de témoins pourra déposer. Mais cela ne signifie pas qu'un nombre exagéré de témoins pourront témoigner. Il revient donc au tribunal arbitral de contrôler la nomination des témoins tout en écartant ceux qui sont inutiles et ceux dont le témoignage ne présente aucune valeur⁵⁷⁴.

En résultat, la déposition d'un témoin unique peut parfois être suffisante pour former la base de constatation de faits par le tribunal arbitral pour constituer par suite une preuve suffisante et complète⁵⁷⁵. Dans tous les cas, il convient de réserver au tribunal un pouvoir d'appréciation quant à l'admission de certains témoins et à leur audition⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ - Dans une lettre envoyée aux parties, le tribunal arbitral leur demandera de réfléchir à nouveau au nombre des témoins qu'elles souhaitent appeler afin de limiter le nombre élevé de personnes qui témoignent durant l'audience (D. Hasher, « note sous ordonnance rendue dans l'affaire 7170 en 1991, cour internationale d'arbitrage CCI », *JDI* 1993, n°2, p.1062.

⁵⁷⁵ - Ceci est conditionné par l'absence des obstacles pour les personnes pour être des témoins.

⁵⁷⁶ - J.-F. Tossens, op.cit., p.72.

Deuxième section – La valeur de la preuve par témoin dans l'arbitrage international

471. A l'issue de la naissance d'un litige, une procédure arbitrale débutera avec les parties et les arbitres qui ont pour mission de trancher les faits litigieux. Cependant, les parties, ou les arbitres, doivent arrêter d'emblée les règles qui devront régir leur arbitrage en général, et la preuve orale en particulier dans la procédure arbitrale. A cet effet, l'arbitrage, ayant d'une part l'origine contractuelle et, d'autre part, le caractère judiciaire, doit permettre d'insérer des règles qui, d'un côté, expriment l'autonomie de la volonté des parties et, d'un autre côté, ne dérogent pas aux principes fondamentaux de toute instance. A partir de là, le rôle du tribunal arbitral apparaît pour contrôler toute atteinte à la procédure spécialement lorsque cette atteinte provient d'un faux témoignage. Il faut donc écarter cette atteinte et ne la jamais laisser influencer sur le bon fonctionnement de la procédure arbitrale. Cela se réalise sans doute par la permission aux arbitres d'utiliser leurs connaissances pour apprécier souverainement les différents éléments de preuve surtout la preuve par témoin pour donner au témoignage crédible toute force probante afin de rendre une vraie justice arbitrale.

Ainsi, nous examinerons dans un premier paragraphe le double caractère de l'arbitrage (§1) et dans un second paragraphe la place de la preuve orale dans l'arbitrage international (§2).

§ 1 – Le double caractère de l'arbitrage

472. Bien que l'origine de l'arbitrage soit contractuelle, les parties et les arbitres ne peuvent déroger à certaines dispositions. De ce fait, les règles qui régissent l'arbitrage en général et les modes de preuve en particulier sont de deux sortes : les unes ayant un caractère dérogatoire tandis que d'autres ont un caractère obligatoire. Ainsi, nous examinerons en premier les règles attachées à la preuve orale ayant un caractère supplétif (A) et en second les règles ayant un caractère impératif (B).

A – Les règles ayant un caractère supplétif

473. Qualifiées comme propriétaires du procès arbitral, les parties possèdent toute liberté de disposer et d'arrêter les règles régissant la procédure. Ainsi, les parties s'accordent, premièrement, sur les modes de preuve admissibles dans l'arbitrage (1) et ensuite, si elles le souhaitent, sur la rétroactivité des règles de lois dans le cas où elles choisissent une législation nationale pour régler l'instance (2).

1) Les conventions sur les preuves

474. Comme il a été dit précédemment, les parties sont les maîtresses de leur arbitrage. En cela, elles peuvent en toute liberté arrêter les règles applicables à la procédure arbitrale et, à défaut de leur choix, cette mission appartient aux arbitres qui ont, comme les parties, une large marge pour décider des règles régissant l'arbitrage. Ainsi, les parties, ou les arbitres, ont le pouvoir de s'accorder, par leur convention, sur les modes de preuve pouvant être admissibles dans leur arbitrage ainsi que de la force probante de chacun de ces modes. De même, ils peuvent aussi écarter ou restreindre, d'une manière expresse ou tacite, l'admissibilité d'un élément de preuve. Nous ne nous attarderons pas à examiner ce dernier point puisqu'il a été déjà traité dans la partie relative à la preuve écrite⁵⁷⁷.

475. Cependant, un autre point doit être soulevé, c'est celui de l'accord des parties entre elles ou avec le tribunal arbitral sur l'organisation, d'une manière générale, de la preuve testimoniale dans l'arbitrage international et, d'une manière spécifique, de la manière de procéder à l'interrogatoire des témoins.

Par une observation des codes de procédure des différentes législations, on constate que les mesures de l'organisation de la preuve testimoniale par les arbitres internationaux ne fait pas

⁵⁷⁷ - Voir supra, Les conventions sur les preuves, n°160 et s.

l'objet d'un traitement spécial à l'exception de quelques règles tel que le cas de refus du témoin de comparaître ou de déposer ou de prêter serment. L'audition des témoins n'est pas alors traitée dans les articles qui concernent l'arbitrage international. Plus encore, il est admis que les parties, ou à défaut les arbitres, ne sont pas tenus de suivre les formes prescrites devant les juges étatiques ou dans les arbitrages internes.

Certes, dans les pays de Common Law, comme dans les pays de la tradition civiliste, la procédure suivie dans les arbitrages internes est celle que les juges suivent dans les juridictions étatiques. Mais en matière d'arbitrage international, regroupant des intervenants de traditions différentes, il n'est pas discutable que les parties puissent stipuler à leur gré les règles et les dispositions qui gouvernent l'admissibilité et les modes d'organisation de la preuve par témoin. Cette précision vaut parce qu'il n'existe pas de lois spécifiques qui régissent l'arbitrage international en général et la preuve testimoniale en particulier.

Néanmoins, en pratique on trouve qu'il est très rare que les parties décrivent des modalités dans la clause compromissoire mais, dans la majorité des cas, leur accord est le fruit d'un acte de mission signé avec les arbitres. Ainsi, lorsque les parties et les arbitres souhaitent admettre d'une manière plus souple la preuve par témoin, ils n'ont donc qu'à stipuler des règles semblables à celles provenant d'une législation appartenant à la tradition romaniste dans laquelle la preuve écrite prévalait sur toute autre preuve. Mais les parties peuvent aussi, et il sera préférable, adopter des dispositions proches à la Common Law parce que la preuve testimoniale constitue la preuve principale dans laquelle se trouvent le dépôt d'une attestation écrite par le témoin avant qu'il ne soit soumis à un interrogatoire et un contre interrogatoire menés par les conseils des parties⁵⁷⁸.

Cependant, dans un litige opposant une partie arrivant d'un pays de Common Law à une partie française par exemple, l'application de cette méthode met en faveur la première partie au détriment de la seconde en raison que lorsque les parties et leurs conseils interviennent dans une instance arbitrale internationale, il n'est pas rare qu'ils ne sachent pas comment la procédure se déroulera surtout que la méthode d'administration des preuves et spécialement la preuve testimoniale est complètement différente de celle à laquelle ils se sont habitués à suivre chez eux. Il s'avère donc important de stipuler dans un accord entre les parties et les arbitres les modalités de l'interrogatoire des témoins avant le début de la procédure afin d'éviter toute surprise.

⁵⁷⁸ - Article 18 du règlement CCI et article 16 du règlement CEPANI.

2) Rétroactivité des lois

476. La question la plus délicate est celle de la rétroactivité des lois ou des règles des droits que les parties ont choisies pour les appliquer à leur arbitrage. On se demande alors si les nouvelles règles s'appliquent ou non à leur arbitrage. En fait, les règles qui s'appliquent à l'arbitrage, surtout à la preuve dans cet arbitrage, se divisent en deux groupes : d'une part, il y a des lois qui régissent la forme de l'arbitrage c'est-à-dire sa procédure ; elles concernent par exemple la manière selon laquelle une preuve doit être administrée ou plus généralement le déroulement de l'instance. D'autre part, il y a des lois qui règlent le fond de l'arbitrage qui portent, par exemple, sur la question de savoir si tel ou tel mode de preuve sera ou non admis.

477. Lorsqu'il s'agit des règles qui régissent la procédure de la preuve, il est presque unanimement admis que la loi nouvelle est seule applicable quant aux demandes formées depuis sa promulgation. Par suite, il y a rétroactivité de cette loi. C'est ainsi, et seulement à titre d'exemple, lorsqu'une nouvelle loi donnera aux arbitres le pouvoir de statuer sur des documents sans tenir compte des autres modes de preuve présentés.

Cependant, si la rétroactivité des lois de procédure est admise, cela ne veut pas dire que les procédures achevées seront annulées, mais simplement la nouvelle loi s'applique dès son entrée en vigueur sur les instances commencées et non terminées. Il s'agit donc de savoir quand une instance est terminée. On peut affirmer qu'une instance est terminée, et qu'aucune nouvelle loi ne peut plus agir, quand une sentence est rendue au fond. Cependant, bien que certains auteurs s'opposent à la rétroactivité des lois de procédure en énonçant, d'une part, que si une procédure est déclenchée sous une loi ancienne, elle doit poursuivre conformément à cette loi et, d'autre part, ils ajoutent qu'il ne serait pas légal d'insérer une nouvelle forme dans des procédures déjà commencées. Néanmoins, la doctrine dominante est celle qui dit de la rétroactivité des lois de procédures.

478. Au contraire, lorsqu'il s'agit de l'admissibilité d'un mode de preuve (c'est-à-dire une nouvelle loi est entrée en vigueur touchant au fond du droit), « *il faut se reporter à l'époque où le fait juridique qu'il s'agit de prouver s'est accompli, et la force probante de l'acte instrumentaire déterminée par la loi en vigueur au moment où il a été dressé* »⁵⁷⁹. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt, ancien mais qui reste utile de nos jours, de 16 août 1831 : « *Le mode de preuve d'une convention ne tient pas à la forme de procéder, qu'il*

⁵⁷⁹ - G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2^{ème} éd. 1900, p.121.

se rattache essentiellement au fond, que, par conséquent, c'est la loi du temps où les parties font remonter cette convention qui doit être consultée ». Il n'y a donc rétroactivité de la nouvelle loi que si la législation choisie pour régir l'arbitrage l'a admis⁵⁸⁰.

Cependant, malgré la rétroactivité des lois de procédure et la non rétroactivité des lois de fond, les parties, maîtresses des détails de leur arbitrage, peuvent à tout moment se mettre d'accord pour décider le contraire de ce qu'on a précisé ci-dessus et cela nonobstant des dispositions des lois qu'elles ont choisies pour régir leur convention d'arbitrage. A défaut d'un tel accord, les arbitres appliqueront soit des règles de leur choix soit ils appliqueront à la lettre les dispositions de la loi choisie préalablement.

⁵⁸⁰ - Par contre, dans deux arrêts de la cour de cassation, il a été jugé qu'une loi interprétative n'a d'effet rétroactif que si le législateur l'a exprimé expressément dans cette loi.

B – Les règles ayant un caractère impératif

479. Bien que l'arbitrage soit contractuel par nature, certaines règles impératives ne peuvent être négligées. C'est le cas de quelques principes fondamentaux que ni les arbitres et ni les parties ne peuvent y déroger (1). De même, tous les délais fixés préalablement doivent être respectés (2).

1) Les principes fondamentaux régissant la preuve testimoniale

480. En admettant d'une part que les parties sont libres de disposer des règles de procédure de leur choix et, d'autre part, que les arbitres sont, en tous pays, exonérés dans une large mesure de suivre les règles de procédure et de preuve suivies dans les tribunaux étatiques, néanmoins, cette dispense ne sera pas toujours absolue. En effet, il existe des principes fondamentaux que les parties et les arbitres ne peuvent qu'appliquer. Ils ont alors l'obligation de les respecter parce qu'ils sont identiques dans toutes les législations. Ces principes fondamentaux concernent l'égalité des parties, les droits de la défense et le principe de contradictoire.

481. Les arbitres doivent d'abord veiller à l'égalité des parties. En fait, l'égalité des parties constitue l'essentiel de l'arbitrage et de la mission confiée par les plaideurs aux arbitres. Elle signifie que chacune des parties puisse nommer des témoins et poser les questions aux témoins que les arbitres eux-mêmes ont cités d'office.

Faut-il par suite estimer que chaque partie possède le droit de faire citer un nombre de témoins identique à son adversaire et les interroger dans une durée identique ? Une application absolue du principe de l'égalité des parties paraît impossible en raison que dans certains cas, une difficulté apparaît si la même durée est donnée aux parties pour interroger les témoins, et il paraît plus difficile de donner à une partie le droit d'apporter un nombre de témoins identique à celui de l'autre partie parce qu'en ce cas, la partie se penche à chercher des témoins afin de perdre le temps et voir le délai de l'arbitrage arriver à son expiration. En ce sens il a été jugé « *qu'en laissant expirer le délai d'arbitrage sans demander sa prorogation [...], les arbitres tenus à cet égard d'une obligation de résultat ont commis une faute ayant entraîné l'annulation de la sentence et ainsi engagé leur responsabilité* »⁵⁸¹. Il ne sera donc pas toujours possible que les parties soient placées dans une situation absolument égale.

⁵⁸¹ - Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, bull. civ. 1994, I, n°209, p.152 ; cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n°462, p.390.

482. La seconde garantie essentielle est la possibilité pour les parties de faire valoir leurs droits. C'est le principe du respect des droits de la défense. Ce principe, désigné dans l'arbitrage international sous le nom de « due process », consiste à ce que chaque partie possède la liberté d'apporter les preuves qu'elle considère soutenir sa thèse. A cet égard, le tribunal arbitral ne peut rejeter une demande d'audition d'un témoin cité par une partie pour une raison indéterminée sauf s'il considère que son témoignage n'est pas pertinent.

483. Quant au principe du contradictoire, il offre à chacune des parties le droit d'être entendu et de présenter sa cause ainsi que de se prononcer sur les preuves de la partie adverse. Ainsi, d'une part, chaque partie doit connaître les preuves que son adversaire a présentées pour se préparer à les discuter⁵⁸² et, d'autre part, les moyens de preuve de toutes les parties doivent être soumis à un débat contradictoire. Ce qui implique que tous les moyens de preuve doivent être reçus lors de la présence de toutes les parties et que le tribunal arbitral « doit donner à chacune d'elles la possibilité d'exposer sa cause »⁵⁸³ en privant les arbitres du pouvoir de soulever d'office un moyen non débattu par les parties⁵⁸⁴. Dans cette perspective, la cour d'appel de Paris a jugé que « doit être annulée une sentence dans laquelle le tribunal décide de relever d'office un moyen de preuve sans respecter le principe de la contradiction et sans inviter les parties à s'expliquer sur celui-ci ». De plus, elle a affirmé que « si les arbitres n'ont effectivement pas l'obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire, ils doivent cependant respecter le principe de la contradiction »⁵⁸⁵.

On se demande dans ce cas si les auditions de tous les témoins doivent se dérouler en présence de toutes les parties. En fait, une telle question n'a aucun sens dans l'arbitrage international dans lequel les témoins sont interrogés par les parties elles-mêmes et par leurs conseils. Ainsi, dans la pratique arbitrale internationale, il semble qu'il soit rare qu'une audition des témoins ait lieu sans que les parties soient présentes « sauf si l'une d'elles s'abstiennent de se présenter pour interroger ou pour contre interroger le témoin »⁵⁸⁶.

Mais à supposer qu'un témoin soit interrogé hors la présence des parties, ou de l'une d'elles, parce que rien en droit ne l'interdit, il serait nécessaire que la déposition du témoin soit

⁵⁸² - Cette règle est beaucoup plus respectée dans les pays de Common Law que les pays de tradition romaniste en raison de la règle de discovery qui permet à chaque partie d'obtenir de l'autre tous les éléments de preuve y compris les attestations écrites que rédige le témoin lors de leur préparation.

⁵⁸³ - G. Rouhette, op.cit., p.249.

⁵⁸⁴ - Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1998, Bull. civ. 1998, I, n°188, p. 129.

⁵⁸⁵ - Appel Paris, 19 juin 2008, légifrance 27 août 2008, RDAI 2008, n°5 p.729 ; encore cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, Bull. civ 2006, I, n°145, p.139.

⁵⁸⁶ - R. David, op. cit., p.408.

dressée dans un procès verbal afin que toutes les parties puissent acquérir les dires du témoin et les critiquer. Il paraît alors essentiel que les éléments de preuve pouvant contribuer à constituer la conviction des arbitres soient soumis à la discussion de toutes les parties même lorsque ces dernières connaissent d'une manière irrégulière les témoignages recueillis. A ce propos, le Tribunal Fédéral Suisse a jugé que le droit d'être entendu ne soit pas violé si une partie avait eu l'occasion de prendre d'une manière irrégulière connaissance des témoignages recueillis et de s'exprimer à leur sujet⁵⁸⁷.

484. Par conséquent, l'égalité des parties, le droit de la défense et le principe de la contradiction doivent être respectés par le tribunal arbitral tout au long de la procédure même si les parties leur ont donné des pouvoirs larges pour organiser la procédure. Ces principes fondamentaux sont rappelés dans toutes les législations tel que l'article 182 alinéa 3 de la loi Suisse sur le droit international privé LDIP qui énonce que *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire* et l'article 16 du code de procédure civil français. Les arbitres doivent, en toutes circonstances, faire observer et observer eux-mêmes le principe de la contradiction. Ils ne peuvent retenir, dans leur décision les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Dans cette perspective, il a été jugé que « *le droit d'être entendu confère à chaque partie la faculté d'exposer ses moyens de fait et de droit sur l'objet du litige et de rapporter toute preuve nécessaire ainsi que du droit de participer aux audiences et de se faire assister ou représenter devant les arbitres. Quant aux principes de la contradiction, il garantit à chaque partie la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire d'examiner et de discuter les preuves rapportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves* »⁵⁸⁸. De ce fait, ces grands principes fondamentaux ne doivent jamais être violés par les arbitres sinon ils seront coupables de *misconduct* qui entraîne l'annulation de la sentence ou le cas échéant le refus de son exequatur.

2) Délai de l'arbitrage et preuve nouvelle

485. Une autre question non moins importante, est celle du délai de l'arbitrage et de la nouvelle preuve. En principe, le déroulement de la procédure arbitrale se réalise dans des

⁵⁸⁷ - Trib. Féd. Suisse, 9 février 1998, *Bull. ASA* 1998, n°3 p. 653.

⁵⁸⁸ - Trib. Féd. Suisse, 23 octobre 1989, *Bull. ASA* 1990, p.51.

délais préalablement fixés. Ainsi, les parties et les arbitres ne doivent pas dépasser ces délais en particulier celui avec lequel les débats seront clôturés pour permettre aux arbitres de procéder à une délibération afin de rendre la sentence arbitrale.

486. Cependant, bien qu'en principe les parties aient eu un temps suffisant pour produire leurs modes de preuve, il se peut qu'à la suite de l'expiration des délais et après la clôture des débats, un témoin apparaisse apportant avec lui, selon la partie qui le produit, des déclarations pertinentes. La réouverture des débats et l'accueil de ce témoignage paraît donc nécessaire. Néanmoins, le tribunal arbitral ne peut décider rapidement la réouverture de l'enquête, mais il doit toutefois vérifier l'existence d'un motif justifiant l'omission de présenter le témoin lors de l'enquête.

En effet, la réouverture ne peut être ordonnée que si la nouvelle preuve orale est de nature à apporter plus d'éclaircissement au litige de sorte que si elle est appréciée non essentielle, la demande sera rejetée et le témoin sera écarté. Ainsi, si le tribunal arbitral considère que les nouvelles déclarations n'ont d'autre objet qu'ajouter des détails non importants à une déposition déjà faite, il refuse le nouveau témoignage. De même il est important que la partie qui demande l'audition du témoin n'ait pas eu connaissance durant la phase de production des preuves de la présence de celui-ci. Ainsi, un témoin qui a refusé de comparaître lorsqu'il a été assigné, ne peut être entendu après la clôture de la phase de l'enquête. A cet égard, il a été jugé que *« ne viole pas le droit d'être entendu de la partie qui souhaite l'audition d'un témoin, le tribunal qui n'ordonne pas une nouvelle comparution du témoin défaillant et que la violation du droit d'être entendu doit être invoqué d'emblée et non ultérieurement pour renverser une sentence arbitrale défavorable »*⁵⁸⁹.

Il en résulte que la présence de ces conditions est nécessaire afin que le tribunal arbitral accepte l'admissibilité d'un témoin qui s'est produit après l'expiration des délais donnés aux parties pour qu'elles produisent leurs éléments de preuve. A cet effet, le délai de l'arbitrage⁵⁹⁰ serait suspendu entre la date du prononcé de la sentence préparatoire en vertu de laquelle le nouveau témoignage est admis ainsi que celle de la conclusion des débats concernant ce témoignage⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ - Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} cour, 25 juillet 1997, *RDAI* 1998, n°4/5, p.545.

⁵⁹⁰ - Et non pas les délais prévus pour présenter les modes de preuve.

⁵⁹¹ - Dans ce sens, cass. 2^{ème} civ., 5 avril 1993, *Bull. civ. II*, 1993, n°140, p.74.

§ 2 – La place de la preuve par témoin dans l'arbitrage international

487. Bien que les modes de preuve présentés dans une instance arbitrale internationale soient divers, la pratique a consacré une place toute particulière à la preuve orale en vue de l'efficacité des interrogatoires des témoins munis par les parties sur lesquels les arbitres fondent leur conviction après une appréciation souveraine des témoignages. Cette appréciation entraîne d'une part, l'écart des témoignages suspects d'être faux et, d'autre part, la conservation de ceux qui sont crédibles. Ainsi, le faux témoignage sera examiné dans un premier titre (A) et l'appréciation de la preuve orale dans un second titre (B).

A – Le faux témoignage

488. Malgré son rôle important dans l'arbitrage international, le témoin peut agir d'une manière illicite par le biais d'un témoignage qualifié faux avec lequel il contribue à perturber le bon fonctionnement de la justice arbitrale. Dès lors, le faux témoignage ne sera pas loin d'engendrer des effets qui influent directement sur la procédure arbitrale et sur la sentence rendue par les arbitres. Il fallait donc commencer par examiner la notion du faux témoignage (1) puis évoquer ses effets (2).

1) Notion du faux témoignage

489. Le témoin qui va déposer est sans doute un homme honnête. Cependant, certains témoins peuvent avoir, soit un intérêt personnel dans le procès où ils témoignent, soit ils essaient de faire prévaloir les intérêts de l'une des parties. A partir de là, le témoignage doit être toujours une preuve suspecte. Cela n'est pas dû seulement à une mauvaise foi du témoin, mais aussi à la souffrance de la mémoire humaine qui permet, parfois en toute bonne foi, à un témoin de dire des choses inexactes durant sa déposition sur des faits qui ont lieu depuis quelques mois ou même quelques années. De même, cela tient à la propre perception que chaque personne possède de ce qu'il a vu ou entendu. Il en résulte que la personne même du témoin, surtout ses sentiments moraux, constitue l'élément principal pour donner à un témoignage sa propre valeur. Il s'agit donc « *de connaître et d'examiner le témoin pour savoir s'il est digne de foi en ce qu'il déclare* »⁵⁹². Ainsi, pour s'assurer qu'une preuve testimoniale ait un meilleur rendement, il ne suffit pas de rechercher la sincérité mais aussi la fidélité du témoin et de son témoignage.

⁵⁹² - F. Gorphe, op.cit., p.39.

En effet, lors de la déposition d'un témoin, celui-ci ment à propos de certains faits. Il se rend ainsi coupable suite à ce comportement qualifié illicite. De ce fait, l'un des agissements dont l'auteur doit être puni est une déclaration inexacte des faits déposés par le témoin bien qu'il ait peut être prêté serment avant sa déposition. Ainsi, certaines personnes, par esprit de lucre et de lâcheté, font des déclarations d'une inexactitude douteuse voire mensongère.

490. Il n'existe pas de définitions légales du faux témoignage mais cette définition est donnée par les auteurs. Pour certains, « *il y a faux témoignage dans le fait de celui qui, légalement appelé à déposer en qualité de témoin dans un procès, affirme sciemment une chose fausse ou nie sciemment une chose vraie et cause ainsi effectivement ou éventuellement un préjudice à autrui* »⁵⁹³. Mais pour d'autres auteurs, « *le faux témoignage est une déposition mensongère faite pour ou contre une partie dans une instance liée en justice* »⁵⁹⁴.

Quelles que soient les définitions données par les auteurs, le faux témoignage réside, en premier lieu, dans une affirmation de certains faits inexacts ou même inexistantes et, en second lieu, dans la négation des faits existants. Par conséquent, le faux témoignage n'est qu'un rapport de non concordance entre la connaissance et la réalité. Par contre, on ne peut admettre qu'il existe un témoignage dans le cas où un témoin garde le silence sur certaines circonstances, alors qu'ils les connaissent bien parce que dans ce cas, le témoin refuse simplement de répondre aux questions qui lui sont posées.

491. En revanche, pour qu'un témoignage puisse être qualifié faux et mensonger et par suite punissable, il est nécessaire qu'il réunisse quelques caractéristiques : tout d'abord, le témoignage doit être fait dans une instance ou en raison de celle-ci ; ensuite le témoignage doit être faux ; puis il faut qu'il engendre un préjudice et, enfin, il faut que le témoignage soit fait par un témoin dont l'intention consiste à tromper la justice.

492. S'agissant de la première caractéristique, comme déjà vu, la preuve testimoniale dans l'arbitrage international se fait en deux étapes : dans la première, le témoin rédige une attestation écrite de ce qu'il connaît pour la déposer ultérieurement au tribunal arbitral et à la partie adverse et dans la deuxième étape, le témoin comparaît pour déposer oralement son témoignage. Ainsi, dans le cas où le témoin déclare des mensonges dans son attestation écrite, il sera alors coupable d'un faux témoignage même s'il a l'obligation de comparaître pour déposer oralement. Dans ce dernier cas, la comparution du témoin ne l'exonère pas de sa

⁵⁹³ - R. Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Tome. V, Sirey 1924, p.296.

⁵⁹⁴ - A. Morin, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, A. Durand 1850.

responsabilité. Par conséquent, un faux témoignage réside, soit dans une attestation écrite que le témoin dépose préalablement, soit lors de sa déposition devant le tribunal arbitral et la partie adverse ; d'où le fait que le témoignage doit être fait dans une instance ou en raison de celle-ci dans la déclaration écrite.

Cependant, la question qui se pose est celle du serment que doit prêter le témoin avant sa déposition. En fait, le serment des témoins est rarement pratiqué dans les procédures d'arbitrage international⁵⁹⁵. A partir de là, il est inutile de considérer que pour être faux, un témoignage doit être déposé sous serment. Ainsi, dès lors qu'il est permis à toute personne d'être témoin dans l'arbitrage international sans qu'elle soit soumise à l'obligation de prêter serment (sauf si le tribunal estime le contraire), tout témoignage déposé dans cet arbitrage, qu'il soit écrit ou oral, est susceptible d'être qualifié faux et par suite puni, si son auteur déclare des fausses informations pour la simple raison qu'il est accueilli dans la procédure arbitrale ou en raison de celle-ci.

493. En ce qui concerne le second caractère qui constitue l'élément matériel de l'infraction, le témoignage doit être faux c'est-à-dire que les dires du témoin ne se rapportent en rien avec les faits exacts. Plusieurs moyens sont utilisés par le témoin afin d'altérer la vérité. Le premier de ces moyens consiste à ce que le témoin déclare d'une manière fausse son nom, son âge, sa profession et surtout les liens de parenté qui l'unissent à l'une des parties et cela afin d'éviter son reproche. De même se trouve un second moyen, c'est celui avec lequel le témoin nie avoir vu ou entendu les faits sur lesquels il est appelé à donner son témoignage⁵⁹⁶. Cependant, le refus de déposer (ou de prêter serment lorsque le tribunal l'exige) ne peut pas constituer un faux témoignage parce que dans ce cas il n'y a pas témoignage.

494. Cependant, une fausse déposition faite dans une instance ne suffit pas à punir le témoin mais celle-ci doit être de nature à causer un préjudice. Cette condition est essentielle pour qu'un faux témoignage soit puni car si un témoignage n'a causé aucun préjudice, il n'a donc aucun rapport avec l'objet du litige. Il doit alors être écarté et considéré comme s'il n'avait pas été recueilli. Ainsi, à défaut d'un préjudice, le témoignage ne doit pas être pris en considération et son auteur ne sera pas sanctionné ; mais c'est uniquement lorsque la décision des arbitres est basée sur un témoignage mensonger que le témoin doit être pénalisé parce que, dans ce cas, il est évident que l'une des parties a subi un préjudice. Dans ce propos, les

⁵⁹⁵ - Voir supra, L'obligation de prêter serment, n°398 et s.

⁵⁹⁶ - Si le témoin est de bonne foi dans sa déposition négative, il ne commet pas de faux témoignage.

arbitres doivent rechercher l'existence d'un lien entre la déclaration fautive et leur sentence pour vérifier à quel degré ces mensonges les ont incités à rendre une telle décision.

Néanmoins, il n'est pas nécessaire qu'un dommage effectif atteigne l'une des parties, mais il est suffisant qu'un préjudice possible et éventuel puisse avoir lieu. Dès lors, le témoin ne peut subir aucune punition si le faux témoignage est resté sans influence sur la décision des arbitres et n'a engendré aucun préjudice. Cette dernière solution est également appliquée dans le cas où un témoin, après avoir déposé un témoignage mensonger, le rétracte avant que la sentence soit rendue, ou à vrai dire, avant la clôture des débats car une déposition ne peut être qualifiée fausse qu'à partir du moment où les parties cessent de produire des preuves, et par suite le témoignage ne peut plus être rétracté et ses effets ne peuvent plus être détruits.

495. En revanche, bien que les trois caractères qu'on a examinés soient présents, l'auteur du faux témoignage doit avoir nécessairement une intention frauduleuse. En d'autres termes, un témoignage contenant des déclarations inexactes, ne peut seul suffire à punir le déclarant s'il n'a pas la volonté de commettre un faux témoignage même si un préjudice va apparaître. Ainsi, le faux témoignage n'est punissable que s'il est volontaire et en ce sens que « *le témoin doit avoir conscience de se parjurer et de tromper la justice* »⁵⁹⁷.

L'intention a alors une importance toute particulière pour décider de sanctionner un témoin et par suite son témoignage. De ce fait, l'une des causes de l'altération de la vérité peut être le résultat d'un problème au niveau de la mémoire telle qu'une oblitération de celle-ci. Dans ce cas, le témoin commet des erreurs mais des erreurs involontaires. Ainsi, toute déclaration d'un être humain ne peut être que fonction de sa capacité intellectuelle. Sans doute, il serait injuste d'infliger à une telle personne une sanction punissant ses fausses déclarations involontaires.

Par contre, ce qui doit être puni, sont les erreurs volontaires qui impliquent une mauvaise foi chez leur auteur. Les raisons des erreurs volontaires sont multiples. Ainsi, il en est à titre d'exemple la relation entre l'une des parties et le témoin que cette relation, soit antérieure à la procédure arbitrale comme le cas des employés qui peuvent déposer comme témoin dans l'arbitrage international, soit ultérieure à cette procédure suite au contact des parties avec les témoins en raison de leur préparation. Cette mauvaise intention qui entraîne un dol doit être punie pour la simple raison qu'elle a altéré d'une manière effective la vérité. Ainsi, deux éléments caractérisent l'intention coupable : en premier la volonté de commettre un faux

⁵⁹⁷ - F. Jobron Minier, op. cit., p.372.

témoignage et en second la conscience chez le témoin de commettre un tel témoignage quelles que soient les conséquences qui peuvent en résulter.

2) Les effets du faux témoignage

496. Lorsqu'un témoin dépose une déclaration accompagnée des quatre caractéristiques qu'on a examinées ci-dessus, il ne peut qu'être sanctionné. Dans une pareille hypothèse, il est normal de parler en théorie à propos de la possibilité d'un recours aux juridictions répressives afin d'intenter une action pénale pour faux témoignage contre le témoin ou contre le représentant de la partie qui a préparé le témoin⁵⁹⁸. Mais en pratique, des sanctions pénales envers l'auteur d'un faux témoignage dans l'arbitrage international ne sont que rarement infligées sauf si le témoignage a été déposé sous serment⁵⁹⁹. Sans serment, la victime ne peut saisir que les juridictions civiles pour déposer plainte contre le témoin et tirer bénéfice des conséquences⁶⁰⁰. Ainsi, la principale condition pour qu'un témoin subisse une sanction pénale est celle d'un faux témoignage déposé sous serment, sinon, seules des sanctions civiles peuvent être appliquées.

Cependant, même dans le cas où le témoin témoigne sous serment, on trouve que dans certaines législations, des restrictions limitant la punition d'un faux témoignage sont appliquées. Ainsi en Angleterre, le faux témoignage n'est punissable que s'il a été fait suite à une décision émanant d'un tribunal de l'ordre judiciaire. On peut déduire de là que le serment est rarement demandé aux témoins parce qu'en cette matière le recours des arbitres aux juges est aussi rare. De même, en Suisse, le faux en témoignage n'est sanctionné pénalement que lorsqu'il est oral à l'exclusion des déclarations écrites.

On remarque donc des différences entre les divers systèmes juridiques. Mais, la pratique dans l'arbitrage international reste toujours la punition pénale pour un faux témoignage lorsqu'il est uniquement déposé sous serment après que l'une des parties soulève une action pénale. Mais dans le cas où la déposition n'est pas assortie d'un serment, seules des sanctions civiles peuvent être encourues et le faux témoignage sera alors écarté avec parfois l'annulation de la sentence si celle-ci est motivée par le recours à ce témoignage.

⁵⁹⁸ - Celui-ci prépare le témoin et lui apprend à des choses peut être inexactes.

⁵⁹⁹ - Le témoignage sous serment est relativement peu utilisé dans l'arbitrage international.

⁶⁰⁰ - Les conséquences résident dans l'écart du témoignage avec parfois des dommages et intérêts.

497. Sur le plan concret, « *une action ou demande d'injonction devant les tribunaux étatiques au cours de la procédure arbitrale n'est que rarement choisie* »⁶⁰¹. De ce fait, on peut estimer qu'une fois la sentence rendue, les recours par voie d'annulation ou d'opposition à son exécution s'exercent alors. Par suite, un agissement illicite ou frauduleux au cours de la procédure d'arbitrage peut dans certains cas justifier l'annulation de la sentence.

La plupart des lois étatiques consacrent l'annulation de la sentence arbitrale lorsqu'elle est rendue en présence d'une irrégularité tel qu'un faux témoignage. Ainsi, l'article 1520 du code de procédure civile français permet l'annulation d'une sentence dans l'hypothèse de contrariété à l'ordre public international avec laquelle on peut considérer que la production d'un faux témoignage peut être soumise à cette disposition. De même, plusieurs règlements d'arbitrage admettent la nullité de la sentence pour faux témoignage telle que la loi type de CNUDCI dont l'article 34 permet l'annulation de la sentence pour violation de l'ordre public.

Mais, la question posée dans ce cas est de savoir si la notion de l'ordre public couvre réellement les violations du bon fonctionnement de la procédure arbitrale c'est-à-dire les irrégularités dans les procédures tel qu'un faux témoignage. En fait, « *l'irrégularité dans l'arbitrage est constituée de l'ensemble des comportements frauduleux qui peuvent affecter chacune des étapes de la procédure* »⁶⁰² y compris les comportements irréguliers du témoin qui, en produisant un faux témoignage, ne respecte pas les procédures imposées pour la recherche de la vérité ; ce qui peut être considéré par la suite comme étant une dérogation à l'ordre public procédural permettant ainsi de sanctionner toute dérogation.

Ainsi, il a été jugé que « *la fraude procédurale, si elle est de nature à rendre possible, exceptionnellement, la rétractation d'une sentence arbitrale qui en est affectée, peut aussi être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure de sorte que demeure ouvert le recours en annulation prévu par l'article 1502-5° (aujourd'hui l'article 1520 avec la réforme du 13 janvier 2011) du code de procédure civile* »⁶⁰³. Cette solution est rendue malgré l'absence, dans le code de procédure civile français et spécialement l'article 1502 (devenu 1520)⁶⁰⁴, des dispositions sanctionnant la fraude commise au cours de l'instance arbitrale. Dès lors, la jurisprudence a bien étendu l'application de l'article 1502 (devenu 1520)

⁶⁰¹ - B. Hanotiau, op.cit., p.805.

⁶⁰² - M. de Boissesson, « L'arbitrage et la fraude », *Rev. Arb* 1993, p.3.

⁶⁰³ - Cass.1^{ère} civ., 19 décembre 1995, Bull. civ. I, n°463, p. 322 ; *Rev. Arb.* 1996, p.49, note D. Bureau.

⁶⁰⁴ - L'article 1504 qui renvoie à l'article 1502 avant la réforme ainsi que l'article 1520 de la réforme prévoient que le recours en annulation n'est ouvert que si [...] la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international et non point lorsque les procédures sont contraires à cet ordre public.

et a connu un ordre public de procédure qui doit être respecté tout au long des procédures réalisées dans l'instance arbitrale internationale.

498. A côté de la nullité de la sentence en présence d'un comportement illicite, un refus de son exécution peut être appliqué. Ainsi, à l'instar de la convention de New York dans son article V-2b, les législations nationales permettent aussi de s'opposer à l'exécution d'une sentence lorsqu'elle viole l'ordre public procédural international⁶⁰⁵. C'est sur la base d'une telle violation que l'exécution d'une sentence arbitrale a été refusée en France⁶⁰⁶, tandis qu'aux Etats-Unis, l'exécution des sentences arbitrales fut accordée alors qu'un faux témoignage avait été produit sans que l'influence qu'il ait pu avoir sur la sentence n'ait pu être prouvée, mais aussi lorsque les parties n'ont pas soulevé le grief devant le tribunal arbitral bien qu'elles aient pu le faire pendant la procédure.

499. Quant à l'expertise, la sanction la plus adéquate contre l'expert est l'action pénale dans le cas où il a déposé sous serment, sinon, il sera engagé d'une responsabilité civile. De même, l'arbitrage international connaît la nullité d'une expertise lorsque celle-ci est faite d'une manière irrégulière. Dans ce contexte, la plupart des droits, et par suite l'arbitrage international, acceptent l'exécution d'une seconde expertise pour corriger les irrégularités ou les insuffisances de la première.

500. Enfin, il sera utile de noter que les arbitres sont « les gardiens » d'une bonne conduite des procédures d'arbitrage international et ils doivent assurer une réalisation saine des mesures. Comme l'indique un auteur⁶⁰⁷: « *The arbitrator will have to consider not only the interests of the parties but also those of international commercial arbitration considered as an institution* ». Ainsi, en conséquence de leurs obligations légales et morales, les arbitres doivent, en premier lieu, soulever d'office toutes les violations et dérogations commises durant le procès arbitral international et, en second lieu, ils doivent être attentifs et vigilants, surtout lorsque les témoins déposent leurs déclarations, afin de dégager toute anomalie et toute mauvaise foi chez les témoins pour éviter les incidents pouvant infecter la procédure arbitrale. Ainsi, « *selon le type de situation, les arbitres utiliseront tous les moyens à leur disposition pour s'opposer à une tentative d'obstruction du processus arbitral* »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ - Par exemple l'article 1520 précité du code de procédure civile français; L'article 1723-2 du code judiciaire belge ; l'article 103(3) de l'arbitration act anglais.

⁶⁰⁶ - Cass.1^{ère} civ., 24 mars 1998, *Rev.arb.*1999, p.255, note Ph. Fouchard.

⁶⁰⁷ - O. Lando, «Conflicts of law rules for arbitrators», *Festschrift fur K. Zweigert*,1981, p.157.

⁶⁰⁸ - B. Hanotiau, op.cit.,805.

B – L’appréciation de la preuve par témoin

501. A l’encontre des juges étatiques, les arbitres sont souvent choisis en raison de leurs compétences professionnelles. Ils ont donc tout pouvoir d’utiliser leurs connaissances personnelles afin, d’une part, de résoudre le litige (1) et, d’autre part, de donner à chaque mode de preuve, spécialement la preuve par témoin, sa propre force probante (2).

1) Les connaissances personnelles de l’arbitre

502. La question qui doit être posée est la suivante : dans quelle mesure et dans quelles conditions l’arbitre peut-il se fonder sur ses connaissances personnelles qu’il possède relativement à la question qui lui est soumise ? En d’autres termes, l’arbitre peut-il faire usage de ses informations personnelles pour considérer comme établis des éléments du litige et par suite écarter le témoignage de certains témoins ?

503. Le principe qui domine dans les tribunaux étatiques consiste à reconnaître que les juges ne possèdent pas le droit de constituer leur conviction à partir « *des faits dont ils auraient acquis la connaissance en dehors des faits et des allégations que les parties leur ont soumis* »⁶⁰⁹. Cependant, en matière d’arbitrage international, ce principe subit une grande dérogation. En effet, la réponse à la question qu’on a posée ci-dessus se divise en deux parties dont la première concerne l’arbitre qui connaît personnellement certaines informations professionnelles dans la matière du litige, et la seconde partie concerne l’arbitre qui a participé à plusieurs arbitrages connexes.

504. S’agissant de l’arbitre qui possède des informations professionnelles, aucun texte ne lui interdit d’utiliser ses connaissances pour trancher le litige. Ainsi, le plus souvent, dans les arbitrages professionnels, les parties choisissent généralement les arbitres en raison de leurs connaissances personnelles et professionnelles dans la matière du litige. Elles attendent donc d’eux qu’ils appliquent leurs connaissances pour résoudre le différend. A cet égard, il n’est pas interdit à l’arbitre d’user de ses compétences et d’apprécier par ses seules connaissances les points litigieux qu’ils tranchent. A cet effet, il peut rejeter une demande d’une partie de produire un témoin⁶¹⁰ pour la raison qu’il maîtrise la matière des faits sur lesquels le témoin, s’il a été admis, déposera (sans cependant abuser de ce pouvoir).

⁶⁰⁹ - J. Chevallier, « Remarques sur l’utilisation par le juge de ses informations personnelles », *RTD Civ*, 1962, p.5.

⁶¹⁰ - Ce témoin peut être un témoin expert.

On se demande dans ce cas si les arbitres doivent respecter le principe de contradictoire et transmettre leurs informations qu'ils possèdent aux parties afin qu'elles s'expriment à leur sujet. Quoi qu'il en soit, l'arbitre désigné, même en raison de ses connaissances techniques, n'est pas dispensé de donner aux parties la chance de se prononcer à propos de tous les éléments qu'il désire utiliser pour ne pas voir sa sentence annulée ou non exécutée. A ce propos, il a été jugé que « *les arbitres ont l'obligation de mettre les parties en mesure de débattre contradictoirement de toutes les informations qu'ils ont recueillies et utilisées* »⁶¹¹. Par conséquent, « *rien de ce qui sert à fonder le jugement de l'arbitre ne doit échapper au débat contradictoire des parties* »⁶¹².

505. Cependant, la question la plus délicate est à propos de l'arbitre qui siège dans deux arbitrages parallèles ou connexes. Peut-il tirer certaines informations de l'une des deux instances et l'appliquer dans la seconde (comme lorsqu'un témoignage a été déposé dans le premier arbitrage et qui n'a pas été produit dans le second mais qui sert à la résolution du litige).

D'emblée énonçons qu'en principe, il n'est pas interdit ni dans un règlement d'arbitrage ni dans une législation de nommer un arbitre dans deux instances arbitrales connexes⁶¹³. Concrètement, la présence d'un même arbitre dans plusieurs instances arbitrales liées les unes aux autres, a l'effet de créer un risque de déséquilibre tant entre les arbitres qu'entre les parties. D'une part, comment imaginer qu'un arbitre, parmi trois, connaît une information révélée par un témoin dans une procédure arbitrale alors que les autres arbitres n'ont aucune connaissance. Peut-on croire qu'il peut oublier qu'il a entendu ce témoin dans l'autre instance ? Certainement pas, surtout s'il a fondé sa conviction sur les déclarations dudit témoin. D'autre part, ce sont en principe les parties qui désignent chacune son arbitre, ce qui rend ce dernier dépourvu de l'impartialité et de l'indépendance surtout lorsqu'il connaît l'un des éléments de preuve qui peut seul suffire à convaincre les arbitres.

Mais à supposer que ce cas soit réalisé, c'est-à-dire quand le même arbitre a été désigné dans deux instances connexes, à notre avis la solution la plus adéquate consiste à ce que cet arbitre partage en premier temps avec ses collègues les informations qu'il a obtenues de l'autre instance et qu'il désire les utiliser dans la nouvelle instance puis les transmettre à toutes les

⁶¹¹ - Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1995, Bull. civ., 1995, II, n°189, p.109.

⁶¹² - C. Raymond, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée », *Rev. arb.*, 1991 n°1, p. 3.

⁶¹³ - Mais en pratique, les institutions d'arbitrage hésitent cette nomination.

parties pour les soumettre à un débat contradictoire dans lequel elles donnent leur avis à propos de ces informations avant de permettre aux arbitres de rendre une sentence au fond du litige⁶¹⁴. Dans ce sens, il a été jugé que « *les arbitres devant observer le principe de contradictoire, il appartient au tribunal arbitral d'informer les parties des investigations menées personnellement par un arbitre pour recueillir des renseignements, fussent-ils d'ordre général sur les faits de l'espèce* »⁶¹⁵.

2) Force probante de la preuve par témoin

506. Bien que sa place soit différente selon les différentes traditions juridiques, la pratique de l'arbitrage international a permis d'admettre d'une façon large la preuve testimoniale. Cependant, comme on l'a vu, la preuve documentaire reste prépondérante en raison de la préconstitution préalable des documents et des actes qui rendent moins suspects et plus crédibles les allégations des parties.

Ainsi, en admettant que la preuve par témoin contribue à l'établissement des faits et à l'apparition de la vérité, cette preuve n'est cependant généralement prise en compte qu'après la faillite de la preuve par documents. Est-il donc permis de dire que les arbitres possèdent un pouvoir de statuer sur les seules pièces sans admettre la comparution des témoins ? Certainement pas.

D'une façon générale, les arbitres n'ont pas la possibilité de juger sur pièces d'une manière absolue et sans limite. Appliquer une autre solution, ce sera sans doute une atteinte grave à l'égalité des parties surtout que l'arbitrage international regroupe des intervenants issus de traditions différentes notamment ceux arrivant du Common Law pour lesquels une procédure contenant des seules preuves par pièces apparaît étrangère de sorte que chez eux, la grande valeur est accordée à la déclaration des témoins soumis par suite au cross-examination qui a l'objectif de vérifier leur crédibilité⁶¹⁶.

507. Au final, pour l'élaboration de sa décision finale, quel est le type de preuve sur lequel l'arbitre préfère-t-il fonder sa conviction ? La réponse à cette question paraît identique dans tous les systèmes juridiques.

⁶¹⁴ - Afin d'éviter sa récusation, l'arbitre n'a d'autre solution que mettre son information à disposition des autres arbitres et des parties.

⁶¹⁵ - Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 1998, Bull. civ. 1998, II, n°266, p.160.

⁶¹⁶ - Cependant, en l'absence absolue d'une preuve par témoin, la preuve écrite sera le seul mode de preuve.

En effet, en matière de preuve, il est généralement reconnu à l'arbitre un large pouvoir pour apprécier l'admissibilité, la pertinence et la force probante des différents éléments de preuve. A partir de là, l'arbitre possède la faculté d'accueillir ou, au contraire, de rejeter une preuve proposée par une partie. Cependant, l'arbitre ne peut jamais utiliser son pouvoir d'une manière discrétionnaire parce qu'à supposer qu'une preuve ait été rejetée alors qu'elle était pertinente pour la manifestation de la vérité, l'arbitre commet dans ce cas un *misconduct* et sa sentence sera viciée. De ce fait, le tribunal arbitral apprécie les éléments de preuve y compris les témoignages⁶¹⁷ et c'est à lui de décider d'abord, souverainement mais non abusivement, du degré et du type de preuve qu'il requiert pour la démonstration des faits allégués par les parties et ensuite s'il est opportun d'entendre tel ou tel témoin.

508. Le critère essentiel pour s'appuyer sur la preuve testimoniale réside sans doute dans la crédibilité du témoin. A ce propos, l'arbitre dégage d'abord la valeur revenant à chaque témoignage pour savoir à quel degré il s'approche de la vérité. Ainsi, la crédibilité du témoin s'attache à des éléments objectifs et des éléments subjectifs. Quant aux éléments objectifs, les arbitres apprécient généralement le témoignage en prenant en compte les intérêts que le témoin peut avoir dans le litige ainsi que les liens qui l'unissent aux parties ou à leurs conseils. L'indépendance du témoin est alors d'une grande valeur. Ainsi, les arbitres mesurent d'une manière souveraine si la déclaration délivrée par le témoin, qui peut être l'employeur de l'une des parties ou possède avec elle des liens d'amitié, fait foi de son contenu⁶¹⁸. Quant à la subjectivité du témoin, les arbitres ne peuvent pas manquer d'apprécier son comportement ou sa façon de s'exprimer. Ces éléments ne doivent pas être négligés. De même, les compétences professionnelles du témoin peuvent aussi être prises en considération notamment lorsque ces compétences ont un rapport avec les questions litigieuses.

Ainsi, après avoir procédé à l'appréciation des témoins et de leurs témoignages, les arbitres commencent à trier les témoignages pour laisser ceux qui sont crédibles et rejeter ceux qui ne leur ont pas apporté conviction. A cet effet, les arbitres ne sont pas engagés à motiver l'écart de certains témoignages. Dans ce cadre, le plus souvent, les arbitres accorderont une grande importance aux témoignages qui attestent un même fait se trouvant dans d'autres éléments de preuve tel qu'un document écrit. Egalement, les arbitres donnent plus de valeur à la déposition d'un témoin qui a fait l'objet d'un contre interrogatoire par la partie adverse ou qui a été interrogé par les arbitres eux-mêmes ou encore à une déclaration contenant des faits

⁶¹⁷ - Article 9.1 des règles IBA.

⁶¹⁸ - Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1996, Bull. civ. 1996, I, n°148, p.103.

constatés directement par le témoin⁶¹⁹. De même, comme pour la déclaration orale, le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier la valeur de l'attestation écrite déposée préalablement par le témoin et de retenir ou d'écarter le contenu de cette attestation.

Cependant, la libre appréciation de la preuve testimoniale donnée aux arbitres ne peut aller jusqu'à la dénaturation des témoignages. En effet, dans certains cas, des témoins déposent des déclarations qui paraissent plus ou moins vagues. Les arbitres possèdent alors la mission d'interpréter les dires des témoins. Dans ce cas, ils ne doivent pas utiliser leur pouvoir souverain d'appréciation en apportant des changements au contenu des témoignages comme lorsque la sentence attribue à un témoin des faits qu'il n'a pas attestés d'après le procès verbal⁶²⁰.

509. En revanche, le cas qui nécessite un effort de l'arbitre est celui où il y a des contradictions entre les dépositions des différents témoins ou même dans les déclarations d'un même témoin. Si la solution la plus adéquate réside dans l'écart du témoignage d'un même témoin qui a fait des déclarations contradictoires, la solution ne paraît pas si facile pour la contradiction entre plusieurs témoins. En fait, la contrariété entre plusieurs témoignages a pour effet de les affaiblir. C'est par exemple le cas lorsqu'une attestation écrite déposée par un témoin se contredit par d'autres témoignages oraux recueillis ultérieurement. Dans un cas pareil, il faut se demander si, en présence de telles déclarations, il y a véritablement une contradiction ou si les divergences entre les témoignages peuvent être considérées comme des simples différences de point de vue (parce que plusieurs témoins ne voient pas et n'entendent pas le même événement d'une façon identique).

A notre avis, lorsque les déclarations contradictoires concernent des points importants, les arbitres n'ont d'autre solution que de rejeter les témoignages et les considérer comme s'ils n'ont pas été déposés et peu importe s'ils émanent d'une même partie ou des deux parties. Cependant, dans le cas où les témoignages sont conformes sur des points principaux mais contradictoires sur les détails, ils ne doivent pas être écartés par les arbitres mais ceux-ci détiennent d'un pouvoir d'appréciation souverain à propos des points secondaires. En fin de compte, quand les preuves s'accordent dans un même sens, les arbitres ne peuvent que tirer les conclusions, positives ou négatives, pour enfin rendre leur sentence arbitrale.

⁶¹⁹ - A. Redfern et M. Hunter, *op.cit.*, p. 274 ; R. Ziadé et C.-H. de Taffin, *op.cit.*, p.129.

⁶²⁰ - Il y a aussi dénaturation si le procès verbal de l'enquête ne mentionne que la déposition d'un seul témoin alors que trois témoins ont déposé.

Titre II – La preuve par expertise

510. A l'instar des instances qui se déroulent devant les juridictions étatiques, l'objet d'une instance arbitrale réside dans la résolution d'un litige né d'un rapport entre deux ou plusieurs parties. Mais à l'encontre de ce qui se passe dans les procédures étatiques, la procédure arbitrale appartient entièrement aux parties. En d'autres termes, comme on l'a déjà dit, les parties sont les maîtresses de l'arbitrage sur lequel elles se sont mises d'accord pour régler leur différend. En effet, les parties détiennent le pouvoir de nommer les arbitres, de choisir la loi applicable à l'arbitrage que ce soit au fond ou à la procédure et de déterminer les modes de preuve qui peuvent ou qui ne peuvent pas être admises.

511. D'une manière générale, une instance qui a lieu devant un juge étatique accepte l'admissibilité de toutes les preuves connues dans les systèmes juridiques à savoir la preuve par écrit, la preuve par témoin, la preuve par expertise, etc. A ce propos, il revient certainement à la juridiction détentrice du dossier du litige d'apprécier chaque élément de preuve présenté dans l'instance pour enfin prononcer une sentence avec laquelle les juges seront par la suite dessaisis.

Cependant, dans une instance qui a lieu devant des juges privés nommés des arbitres, il est nécessaire de s'interroger si tous les modes de preuve présentés dans une instance étatique peuvent être acceptés dans l'arbitrage surtout la preuve par expertise qui consiste à faire intervenir une personne afin de donner une solution à une question soumise à l'origine à l'autorité des arbitres que les plaideurs ont désignés pour résoudre. Cette interrogation vaut dès la naissance d'un litige ; d'abord la compétence des juridictions étatiques sera écartée au profit d'un tribunal arbitral, puis la compétence de ce dernier tribunal sera à son tour écartée au profit d'un expert bien qu'il faille octroyer le pouvoir de trancher les diverses questions soulevées au tribunal arbitral qui, par sa désignation, a remplacé la juridiction étatique normalement compétente.

512. Mais, à supposer que l'admissibilité de la preuve par expertise ne pose aucun problème de sorte qu'il soit normal qu'une telle preuve doit être acceptée dans le cas où la résolution du litige le rend nécessaire, la preuve par expertise doit, comme toute preuve admise dans une instance arbitrale internationale, faire l'objet d'une administration. De ce fait, toutes les étapes de l'expertise doivent être bien réalisées afin que, d'une part, le déroulement des opérations d'expertise soit conforme à toutes les exigences fondamentales requises et que, d'autre part,

l'évaluation de la preuve par expertise réalisée ne soit pas complexe pour enfin connaître le degré de la force probante de cette mesure d'instruction exécutée par un expert.

Ainsi, l'étude de la preuve par expertise nécessite de traiter d'abord la question de l'admissibilité de l'expertise dans un arbitrage international (premier chapitre) pour ensuite évoquer l'administration de la preuve par expertise dans l'arbitrage international (deuxième chapitre).

Premier chapitre – L’admissibilité de l’expertise dans l’arbitrage international

513. L’arbitrage international se caractérise par la résolution des litiges qui proviennent des contrats conclus entre des parties se trouvant souvent sur des territoires distincts. Mais, quant à la nature même du litige soulevé, il n’est pas choquant d’énoncer que l’arbitrage, surtout l’arbitrage international, connaisse fréquemment des litiges qui concernent des sujets techniques plus que d’autres sujets. A cet effet, les parties qui se sont mises d’accord pour résoudre leur différend devant une institution privée appelée arbitrage, connaissent dès le premier instant qu’elles doivent recourir à tous les éléments qui leurs sont disponibles afin de prouver ce qu’elles allèguent.

514. Cependant, dans le cas où les parties ne possèdent pas entre leurs mains toutes les preuves suffisantes, une recherche de nouveaux modes doit être réalisée. De ce fait, comme le litige concerne dans la plupart des cas des questions techniques, une vérification technique des faits litigieux doit alors être mise en place. A ce propos, le recours à un investigateur technique (technicien) sera la meilleure solution pour arriver à la résolution du litige par le biais d’un avis technique qu’il élabore à l’issue de l’accomplissement de sa mission. Ainsi, l’intervention du technicien, qui est souvent un expert, constitue la pierre angulaire à partir de laquelle le tribunal arbitral pourra éventuellement former sa conviction pour amener le litige à une solution. Il en résulte que l’expertise forme un mode de preuve utilisé dans l’arbitrage international et fait partie de l’ensemble des éléments qui peuvent aider les parties à prouver leurs prétentions (section 1).

515. En revanche, pour que la preuve par expertise constitue un élément de preuve efficace, elle doit être, comme tout autre mode de preuve, organisée. En d’autres termes, il n’est pas suffisant d’énoncer qu’une expertise est ordonnée, mais il faut que la décision ordonnant cette mesure d’instruction soit claire de sorte que, d’une part, l’expertise ordonnée ne soit pas confondue avec d’autres vérifications portant aussi le nom d’expertise telles que les expertises des articles 1592 et 1843 du code civil français et, d’autre part, elle contient tous les éléments que doit contenir une décision énonçant le recours à une expertise (section 2).

Première section – L’expertise, un mode de preuve dans l’arbitrage international

516. Au cours du déroulement de la procédure arbitrale, les parties ont un grand intérêt de présenter ou d’élaborer différents modes de preuve afin de convaincre davantage le tribunal arbitral. De ce fait, comme on l’a dit, plusieurs modes de preuves, telles que la preuve par écrit ou la preuve par témoin, sont disponibles pour que les parties puissent soutenir leurs allégations. Mais, lorsqu’il s’agit, d’un côté, d’un litige dont l’objet est technique et, d’un autre côté, lorsque les arbitres ne possèdent pas les connaissances suffisantes pour résoudre le différend et, enfin, lorsque les preuves présentées ne suffisent pas pour trancher le litige, les parties ou le tribunal arbitral lui-même seront en mesure de recourir à un homme d’art spécialiste pour donner les réponses nécessaires aux questions techniques afin de rendre clair ce qui a été ambigu et pour permettre aux arbitres de constituer leur opinion à propos des faits qui lui ont été soumis pour résoudre. Ainsi, des techniciens seront nommés pour accomplir des missions techniques simples mais aussi pour réaliser des missions plus complexes à savoir des expertises.

Il en résulte qu’une expertise ne pourra être ordonnée qu’après une période dans laquelle la solution du litige n’est pas apparue. A cet effet, nous traiterons dans un premier paragraphe la période pré-expertise (§1) et, dans un second paragraphe, nous commencerons à traiter l’expertise qui forme le sujet de ce titre (§2).

§ 1- La période pré-expertise

517. Lorsqu'un litige naît entre deux parties, si elles choisissent de régler leur différend devant un tribunal arbitral, il est donc à supposer que l'objet du litige est souvent technique. Dans ce cas, les parties ont généralement tendance à choisir des arbitres ayant un minimum de connaissances leur permettant de trancher le litige. Cependant, si les arbitres choisis n'ont que des connaissances générales à propos de l'objet du litige soulevé, il y aura donc une nécessité de désigner un technicien pour combler les connaissances des arbitres (A). A cet effet, le technicien sera choisi pour accomplir l'une des mesures d'instruction exécutées par un technicien (B).

A – Les connaissances personnelles du tribunal et le besoin d'un technicien

518. Au moment du choix des arbitres, les parties préfèrent choisir des spécialistes dans le sujet de leur litige. Ainsi, les parties choisissent des personnes ayant des connaissances suffisantes pour trancher le litige (1). Cependant, même en choisissant des personnes qualifiées, un recours à des techniciens s'avère parfois nécessaire (2).

1) Les connaissances techniques et professionnelles du tribunal arbitral

519. Dans la phase de l'argumentation de leurs allégations, les parties produisent tous les éléments de preuve qu'elles possèdent entre leurs mains (preuves écrites) ou qu'elles présentent au fur et à mesure que le procès arbitral avance (preuve par témoin). Ainsi, le tribunal arbitral, comme les plaideurs, se trouvent dans un état de recherche des différents éléments qui peuvent contribuer à la résolution du litige. A ce stade, on se demande si, dans cette période de recherche des éléments d'information, le tribunal arbitral, ou au moins l'un des arbitres, peut utiliser ses connaissances personnelles pour déduire une solution au litige. En d'autres termes, dans quelle mesure les arbitres pourront utiliser leurs connaissances personnelles dans la question litigieuse avant d'obtenir tous les modes de preuve?

520. De prime abord, énonçons que les arbitres doivent avoir une connaissance personnelle des faits litigieux soumis à leur pouvoir afin de les trancher⁶²¹. A cet effet, même avant que les parties leur donnent de nouvelles preuves, les arbitres doivent procéder eux-mêmes à la recherche des éléments qui les aident à constituer des connaissances personnelles à propos des points litigieux soumis à l'arbitrage.

⁶²¹ - Après une lecture du dossier qui leur a été présenté par les parties et contenant les différents faits juridiques et faits matériels.

Cependant, il ne faut pas exagérer lorsqu'on parle d'une recherche personnelle des connaissances. En effet, il est demandé à l'arbitre de ne peut pas avoir plus que l'acquisition des informations générales et non pas faire une recherche profonde dans la matière du litige. De ce fait, rien n'empêche l'arbitre d'utiliser ses connaissances générales sur la matière litigieuse. Dans cette perspective, il a été jugé « *qu'on saurait faire grief à l'arbitre de s'être renseigné auprès d'un technicien hors la connaissance des parties et d'avoir ainsi négligé les intérêts du bailleur, alors qu'il s'est seulement renseigné sur la portée d'un mode de calcul d'après l'indice des prix de détail préconisé par le locataire, et dont le propriétaire avait été mis à même de discuter* »⁶²². Ce principe, appliqué tant en Common Law qu'en civil Law, signifie qu'au cours de l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, l'arbitre peut toujours recourir à des circonstances qualifiées notoires et générales⁶²³. Dès lors, ce qui est essentiellement demandé des arbitres c'est le savoir général et non une spécialité qu'ils emploient sans recourir à d'autres modes de preuve.

521. Mais, si l'arbitre peut faire état de ses connaissances personnelles générales, qu'en est-il pour les connaissances personnelles de l'arbitre attachées directement au litige qu'il tranche ?

Dans cette hypothèse, aussi bien dans le droit français qu'en Common Law, l'arbitre peut toujours faire usage de ses connaissances personnelles concrètes. En effet, dans ce cas, lorsque l'arbitre connaît bien la matière du litige, il s'agit alors d'un expert appelé à trancher un litige en tant qu'arbitre. Il n'a alors qu'appliquer ses connaissances d'expert qu'il a acquis antérieurement à sa désignation comme arbitre⁶²⁴. C'est la raison pour laquelle dans les arbitrages internationaux, notamment ceux ayant pour objet des questions techniques plus que juridiques, il est préférable de désigner comme arbitres des techniciens et non des juristes ou au moins un juriste qui préside deux techniciens. Cette manière de procéder permet, d'une part, d'alléguer le coût de l'arbitrage en faisant l'économie d'une expertise et, d'autre part, de gagner du temps parce que les arbitres eux-mêmes vont procéder à l'inspection de l'objet du litige⁶²⁵. Il est donc fréquent en pratique de choisir, surtout dans les arbitrages spécialisés, comme arbitres des personnes ayant des qualités techniques en raison de leur connaissances particulières qui leur permettent d'établir des faits que les parties n'ont pas prouvés et par

⁶²² - Cass. Com., 30 juillet 1952, *D* 1952, p.724.

⁶²³ - C'est la doctrine du « Judicial notice » appliquée en Common Law.

⁶²⁴ - Dans tous les cas, l'arbitre doit veiller à l'application du principe du contradictoire entre les parties.

⁶²⁵ - Par exemple lorsque le litige concerne une question de construction, le tribunal arbitral sera constitué des ingénieurs parce qu'ils maîtrisent la matière litigieuse.

suite trancher les questions techniques soulevées devant eux tout en mettant à profit leurs expériences et leurs qualités professionnelles⁶²⁶.

En définitive, l'arbitre a parfaitement le droit de faire usage de ses connaissances et de ses expériences sans autorisation préalable. Dans cette perspective, il a été jugé que les arbitres peuvent écarter une mesure d'instruction, notamment une expertise, s'ils la jugent superflue et s'estiment suffisamment éclairés. En d'autres termes, en utilisant leurs connaissances, les arbitres ne sont pas obligés de recourir à des modes de preuve s'ils estiment qu'ils ne sont pas nécessaires et que leurs informations suffisent pour statuer⁶²⁷. Bien que certains auteurs⁶²⁸ préfèrent que l'arbitre accueille les modes de preuve, cette formule reçoit également application en Common Law. Ces auteurs ajoutent que le fait que l'arbitre se trouve informé par une connaissance personnelle ne lui donne pas le pouvoir d'écarter certaines preuves.

2) Le besoin d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien

522. Bien qu'il ne soit demandé à l'arbitre qu'un savoir général, dans certains cas la résolution du litige exige l'existence des informations qui dépassent celles que possèdent les arbitres. Il sera alors recommandé la présence d'un technicien qui aura comme mission de trancher les points techniques. La question la plus délicate se pose alors : la présence d'un ou de plusieurs techniciens parmi les arbitres suffit-elle pour trancher le conflit et prononcer la sentence arbitrale ? Il est utile de mentionner ici qu'aucune contradiction ne se trouve entre la qualité d'être arbitre et la qualité d'expert qui, comme on a dit, est fréquemment nommé pour trancher des litiges ayant un objet technique. De ce fait, la présence d'un technicien au sein du tribunal arbitral est toujours autorisée car ce technicien est généralement appelé à jouer un rôle très important dans le déroulement de la procédure arbitrale durant laquelle il contribue par sa qualité à éclairer aux autres arbitres les faits constituant la matière du litige.

523. Cependant, la présence d'un technicien au sein du tribunal tandis que les autres arbitres n'ont pas cette qualité peut provoquer certaines interrogations. En effet, lorsqu'une partie nomme un arbitre qui est à l'origine un expert et l'autre partie nomme un juriste, dans ce cas l'égalité entre les parties sera certainement violée de sorte que le technicien nommé connaît plus la matière que l'autre arbitre qui est neutre par rapport aux points soulevés. Afin d'éviter

⁶²⁶ - J.-P. Poudret, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Faculté de droit de l'université de Genève, Helbing & Lichtenhahn, Institut universitaire de Hautes études international, 1993, p.615

⁶²⁷ - M. de Boissesson, op. cit., p.842.

⁶²⁸ - M.J. Mustill et S.C. Boyd, op. cit., p.307.

la création de cette situation de déséquilibre, les parties peuvent chacune nommer un arbitre qui est à l'origine un technicien et les deux seront présidés par un troisième arbitre qui a la qualité d'un juriste. Dans ce cas, l'égalité entre les parties ne sera plus violée.

524. Néanmoins, bien que les arbitres soient des techniciens et aient une expérience, il est fréquent qu'ils se trouvent face à des questions qui ne peuvent être tranchées que « *s'ils se livrent à l'appréciation d'éléments qui relèvent essentiellement d'une question d'opinion personnelle* »⁶²⁹. Ainsi, devant la complexité et la difficulté de certains litiges et avec l'absence de connaissances nécessaires chez les arbitres, ceux-ci se trouvent obligés de faire appel aux lumières d'un spécialiste qui sera chargé de diverses recherches, vérifications et investigations scientifiques pour donner par suite un avis technique permettant ainsi aux arbitres de décider définitivement une solution au litige⁶³⁰. Dès lors, l'entrée d'un technicien dans le jeu arbitral s'avère nécessaire pour accomplir une mesure d'instruction lorsqu'une question technique sera posée pour donner un avis purement technique⁶³¹.

Réglémentée par les dispositions du code de procédure civile, une mesure d'instruction réalisée par un technicien est d'une application fréquente dans une instance arbitrale pour aider les arbitres à obtenir des réponses claires concernant les faits litigieux du procès. La justification de ce recours à cette mesure d'instruction semble aller de soi : c'est en raison, d'abord, de l'insuffisance des pièces et documents produits par les parties et ensuite de la fragilité de la preuve par témoin présentée et enfin l'absence chez les arbitres des compétences nécessaires pour trouver une solution au litige.

525. Cependant, la désignation d'un technicien ne signifie pas que la charge de la preuve sortira des parties. Au contraire, elle restera toujours incombée aux plaideurs parce que si on énonce que la juridiction n'a pas les éléments de preuve suffisants, cela peut provenir du fait que les parties n'ont pas présenté les preuves avec lesquelles le tribunal pourra statuer. Les dispositions de l'article 146 du code de procédure civile confirment cette vision en énonçant *qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver*. Cet article ajoute *qu'en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie*.

⁶²⁹ - A. Redfern et M. Hunter, op. cit., p. 274.

⁶³⁰ - Le droit français a très tôt pris en compte cette nécessité et a permis aux tribunaux de s'informer sur l'aspect technique d'une affaire en organisant une constatation, une consultation ou une expertise.

⁶³¹ - Même dans le cas où un technicien est nommé, il ne doit pas décider à la place des arbitres mais il donne un avis qui ne lie pas les arbitres comme on le verra plus tard.

B – Les mesures d’instructions exécutées par un technicien

526. Lorsque les arbitres n’ont pas les connaissances techniques suffisantes pour trancher le litige, ils possèdent donc le pouvoir d’ordonner les mesures d’instruction qui sont exécutées par un technicien afin de donner les réponses nécessaires aux questions techniques soulevées (1). A cet effet, plusieurs mesures d’instruction réalisées par des techniciens sont à la disposition des arbitres et il revient à eux de choisir la plus convenable (2).

1) Le pouvoir des arbitres d’ordonner des mesures d’instruction exécutées par un technicien

527. Il est utile de déterminer si l’arbitre, en tant que juge privé, peut ordonner toutes les mesures d’instruction qui sont à la disposition du juge étatique surtout celles exécutées par un technicien.

La réponse à cette question paraît simple. En fait, comme devant le juge étatique, les plaideurs dans un arbitrage saisissent les arbitres afin de leur soumettre les faits qui ont été l’objet d’un litige. A cet effet, si le juge n’est pas suffisamment convaincu par les preuves présentées, il peut nommer un technicien. Dans ce cas, le technicien désigné dans l’instance étatique ne peut dire le droit mais seulement délivrer un avis technique qui concerne les faits soulevés. C’est aussi le cas du technicien dans une instance arbitrale dans laquelle il ne peut décider que sur des faits et non sur le droit. Le rôle du technicien de l’instance étatique est alors semblable au rôle de son homologue dans l’instance arbitrale. Ceci implique que rien n’empêche en principe le tribunal arbitral d’ordonner des mesures d’instruction réalisées par un technicien⁶³².

Ce pouvoir donné à l’arbitre est affirmé par l’article 20 du règlement de la CCI qui dispose, d’une part, dans son premier alinéa que le tribunal arbitral procède, dans un temps aussi court que possible afin d’établir les faits de la cause par tous les moyens appropriés et, d’autre part, dans son troisième alinéa que *le tribunal arbitral peut décider d’entendre des témoins, des experts désignés par les parties ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition qu’ils aient été dûment convoqué.*

Sans aucun doute, les termes « tous moyens appropriés » utilisés dans le premier alinéa de l’article précité signifient que l’arbitre pourra désigner des techniciens et cela même en l’absence des dispositions du troisième alinéa de l’article 20. Ainsi, les arbitres ont toujours la

⁶³² - Dans ce cas, la mesure sera réalisée devant les arbitres selon les règles édictées pour les tribunaux étatiques.

possibilité de prendre toutes les mesures d’instruction nécessaires qui pourront les éclairer et leur paraître utiles afin de mener à bien leur mission⁶³³.

Cette faculté de l’arbitre est édictée aujourd’hui dans l’article 1464 du code de procédure civile qui dispose qu’*à moins que les parties n’en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenue de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques. Toutefois sont toujours applicables les principes directives du procès énoncés aux articles 4 à 10*. Cet article énonce clairement le pouvoir de l’arbitre de régler la procédure arbitrale en ordonnant des mesures d’instructions en se référant à l’article 10 du même code selon lequel *le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles*⁶³⁴ dès lors qu’il ne possède pas les éléments nécessaires pour statuer⁶³⁵ et cela à tout moment de l’instance arbitrale⁶³⁶.

A l’article 1464 du code de procédure civile, on peut aussi ajouter l’article 143 de ce même code qui rappelle que *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d’office être l’objet de toute mesure d’instruction légalement admissible*. Cet article s’applique sans doute sur les faits soumis à un arbitrage dans lequel les arbitres peuvent toujours, de leur propre initiative, ordonner une expertise pour l’examen de tout fait s’ils estiment que la justice l’exige et il revient à eux seuls de décider de l’opportunité d’ordonner cette mesure⁶³⁷. Par conséquent, les mesures d’instruction, spécialement celles exécutées par un technicien, sont « *des procédures destinées à fournir au juge (ou à l’arbitre), de manière contradictoire, les preuves nécessaires à la solution du litige* »⁶³⁸. A partir de cette notion, les mesures d’instruction ne peuvent alors avoir d’autre objet que la connaissance réelle des faits soumis à l’autorité des arbitres⁶³⁹.

528. Cependant, si le tribunal arbitral a le dernier mot pour décider si une mesure d’instruction doit être ordonnée, il n’a pas à ce propos un pouvoir discrétionnaire. La décision du tribunal est en effet soumise à quelques conditions avec lesquelles la mesure sera certainement décidée. La première de ces conditions est édictée dans l’article 143 du code de procédure civile selon lequel seules peuvent être ordonnées « les mesures légalement

⁶³³ - N. Comair-Obeid, op. cit., p.114; J.-B. Racine et F. Siiriaien, op. cit., p.469.

⁶³⁴ - M. de Boissesson, op. cit., p.229.

⁶³⁵ - Article 144 NCPC.

⁶³⁶ - F. Arbellot et F. Delbano, *Droit de l’expertise*, sous la direction de Tony Moussa, 2^{ème} éd. Dalloz 2011, p.102, 223-15.

⁶³⁷ - Voir infra, La décision ordonnant l’expertise, n°569 et s.

⁶³⁸ - J. Devèze, op. cit., p. 191.

⁶³⁹ - L’expertise forme la mesure d’instruction la plus pratiquée.

admissibles ». A cet effet, les arbitres ne peuvent pas ordonner une mesure qui a pour objet l'obtention d'un moyen de preuve d'une manière illicite comme lorsqu'un expert a été désigné pour visiter l'usine de l'une des parties sans prendre en compte le secret professionnel ou le secret de fabrication⁶⁴⁰.

La seconde condition est contenue dans l'article 144 du code de procédure civile qui dispose que *les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer*. En vertu de cet article, la mesure doit être utile. Ainsi, l'arbitre ne peut pas ordonner cette mesure s'il possède des éléments suffisants à trancher le litige ou lorsqu'il peut par un autre moyen arriver à la solution attendue comme s'il procède, à une descente sur les lieux qui est une mesure rapide et moins coûteuse que l'expertise qui exige plus de temps et est plus onéreuse (art. 147 CPC)⁶⁴¹.

La troisième condition est contenue dans l'article 146 du code de procédure civile qui énonce qu'*une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve*. Cette condition signifie que la partie sur laquelle incombe la charge de la preuve ne peut pas demander la désignation d'un technicien avant qu'elle verse tous les éléments de preuve qui sont en sa possession.

2) Les diverses mesures d'instruction exécutées par un technicien

529. Lorsque l'arbitre considère qu'il est nécessaire d'être éclairé sur les points techniques soulevés par les parties, il dispose d'un choix entre trois mesures d'instructions confiées à un technicien. Ainsi, il peut lui demander de réaliser soit des constatations, soit des consultations ou alors une expertise. De ce fait, avec la complexité progressive des questions techniques, ces trois mesures permettent aux arbitres de recevoir d'un tiers technicien des avis purement techniques qui les aident à trouver une solution au litige. En plus de ces trois mesures, le tribunal arbitral peut procéder à une visite des lieux pour inspecter directement l'objet du litige. Nous envisagerons brièvement et successivement les constatations, les consultations et la descente sur lieux avant de développer l'expertise qui constitue le sujet de ce titre.

⁶⁴⁰ - G. Bourgeois, p. Julien et M. Zavaro, *La pratique de l'expertise judiciaire*, Litec 1999, p. 95.

⁶⁴¹ - P. Lurquin, *Traité de l'expertise en toutes matières*, Bruylant Bruxelles 1985, p.73.

530. En ce qui concerne les constatations, l'article 249 du code de procédure civile énonce que *le juge peut charger la personne qu'il commet de procéder à des constatations. Le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter.* A partir de ce texte, les constatations forment une mesure d'instruction réalisée par un technicien désigné par le tribunal et consiste « *uniquement à prendre connaissance d'un point de fait utile à la solution du litige* »⁶⁴². Il en résulte que les constatations faites par le technicien ne contiennent jamais l'avis de ce dernier à propos des faits constatés mais son travail consiste à dresser un relevé objectif et matériel « *nécessaire à la préservation des preuves et utile à la solution du litige* »⁶⁴³.

On se demande alors dans quels cas le tribunal arbitral devra désigner un technicien afin de réaliser des constatations ? A cette question, il faut répondre que les arbitres peuvent recourir à des constatations chaque fois qu'ils considèrent que cette mesure peut contribuer à éclairer leur religion sur une question de fait. Ce sera sans doute, comme on a dit, lorsque la question technique posée a besoin d'une réponse objective loin d'une appréciation personnelle du constatant. Mais, un technicien ne peut être désigné pour réaliser des constatations que dans le cas où la partie qui sollicite ces constatations ne possède pas d'éléments suffisants pour prouver les faits à constater. En revanche, dans le cas où le tribunal se trouve entre deux solutions dont la première consiste à désigner un constatant et la seconde consiste à désigner un expert, il est obligé dans ce cas de recourir à des constatations et non pas à une expertise parce que d'une part, il doit limiter le choix à ce qui est suffisant pour la solution du litige et ce qui est moins onéreux (art. 147 CPC) et, d'autre part, comme on le verra plus tard, l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le tribunal (art. 263 CPC).

Quant à la personne du constatant, il n'y a pas de doute que toute personne peut être désignée en qualité de constatant si elle dispose des connaissances lui permettant de réaliser cette mesure. A ce propos, d'un côté puisqu'il ne peut dire le droit et, d'un autre côté, puisqu'il éclaire seulement le tribunal sur un fait objectif, le constatant ne peut premièrement prendre la place de l'arbitre car il n'a pas à trancher le litige et deuxièmement il ne peut être un expert car il ne peut pas donner son avis au tribunal. De ce fait, le constatant peut s'approcher du témoin en ce qu'il décrit une situation mais une situation présente tandis que le témoin raconte

⁶⁴² - J. Sicard, *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1977, p.43.

⁶⁴³ - F. Pinchon, *L'expertise judiciaire en Europe*, Edition d'organisation, 2002, p.247

des faits passés. En définitive, comme l'énonce l'article 249 du code de procédure civile, *le constatant ne doit porter aucun avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter*. La mission du constatant, qui n'est jamais tenu de l'accepter, consiste alors « à constater un état de choses sans avoir à l'apprécier »⁶⁴⁴ c'est-à-dire réaliser des constatations purement matérielles et décrire l'état du fait qu'il observe sans qu'il donne son opinion sur ce qu'il a constaté et sans voir à la place des arbitres⁶⁴⁵ qui ne sont dans aucun cas liés par le résultat des constatations. De même, le constatant doit respecter le principe du contradictoire et ne peut débiter sa mission sans convoquer les parties qui ont le droit d'être présentes et assister aux opérations de constatation.

531. En ce qui concerne la consultation, aux termes de l'article 256 du code de procédure civile, *lorsqu'une question purement technique ne requiert pas d'investigations complexes, le juge peut charger la personne qu'il commet de lui fournir une simple consultation*. La consultation permet donc au juge et certainement à l'arbitre d'obtenir l'avis d'un technicien sur une question technique sans que celle-ci nécessite de procéder à des recherches compliquées. La consultation peut à cet effet être une mesure intermédiaire entre les constatations qui entraînent un constat objectif des faits et l'expertise qui suppose des investigations plus complexes.

Cependant, par une simple comparaison entre les dispositions régissant les constatations et celles relatives à la consultation, il résulte qu'elles sont les mêmes que ce soit au niveau de la personne du technicien ou au niveau du déroulement des deux mesures. Mais, ce qui diffère c'est la mission confiée à chacun des deux techniciens. Ainsi, pour accomplir sa mission, le constatant doit visiter les lieux afin d'inspecter l'objet du litige pour rendre un constat objectif sans avoir la possibilité de donner un avis personnel tandis que le consultant doit procéder à des investigations non complexes, avec la possibilité de donner son avis à propos des faits inspectés.

La consultation se rapproche ainsi de l'expertise qui exige des recherches et des investigations beaucoup plus complexes. Il s'agit donc d'une « *mini expertise* »⁶⁴⁶ qui est plus simple et plus rapide et moins onéreuse⁶⁴⁷. Dans tous les cas, et comme toutes les mesures d'instruction, la

⁶⁴⁴ - J. Sicard, op. cit. p.47.

⁶⁴⁵ - J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p 92.

⁶⁴⁶ - J. Boulez, *Expertises judiciaires*, 15^{ème} éd., Delmas, 2009, p.43.

⁶⁴⁷ - Il ne faut pas confondre cette consultation qui est ordonnée par le tribunal avec la consultation d'un juriste dans laquelle une partie demande à un juriste de donner son avis soit à propos des textes qui pourront être appliqués à l'affaire soit sur la solution qui pourra être donnée à cette affaire à partir de ces textes.

consultation doit être réalisée dans le respect du principe de la contradiction en convoquant les parties au déroulement de toutes les étapes de cette mesure sinon, elle sera mise en cause et peut être annulée ou au plus entraîner l'annulation de la sentence⁶⁴⁸.

Pour la force probante de la consultation, aux termes de l'article 246 du code de procédure civile, le juge n'est pas lié par les conclusions du technicien. Ce texte, qui s'applique aussi sur la consultation réalisée dans une instance arbitrale, signifie que les arbitres sont totalement libres de décider dans un autre sens que le consultant.

532. En ce qui concerne la descente sur les lieux, encore nommée l'inspection sur site, il s'agit parfois d'apprécier l'état ou la situation d'une chose. Le meilleur moyen devant le tribunal en pareil cas, s'il ne désire pas désigner un technicien et s'il veut s'assurer lui-même de la réalité des choses, il doit se déplacer personnellement pour inspecter le fait ou le lieu qui contient l'objet du litige. C'est en fait se mettre en contact avec la réalité⁶⁴⁹.

La descente sur les lieux peut valablement être appliquée dans un arbitrage international dans lequel le tribunal arbitral peut lui-même inspecter l'objet du litige qui peut porter sur une machine ou sur une marchandise dans l'usine de fabrication etc. Ainsi, le tribunal arbitral est habilité à ordonner une descente sur les lieux dans le cas où il estime que cela est utile en vue de la solution du litige. Pour cette fin, il rend les ordonnances qu'il croit nécessaires. A ce propos, la décision que les arbitres prennent pour descendre sur les lieux n'est soumise à aucune formalité. Cependant, les arbitres ne peuvent pas déroger aux exigences du contradictoire et de l'égalité des parties. Il est alors demandé au tribunal arbitral de notifier les parties de toute décision prise afin qu'elles assistent au démarche de cette descente sur les lieux ou au moins discuter les résultats de cette mesure si elles n'ont pas été présentes durant l'inspection faite par les arbitres⁶⁵⁰.

⁶⁴⁸ - Le technicien doit aussi respecter le délai qui lui est imparti.

⁶⁴⁹ - E. Bonnier, op. cit., p.85.

⁶⁵⁰ - M. de Boissesson, op. cit., p.749.

§2 – L’expertise

533. Parmi les mesures d’instruction exécutées par un technicien, on retrouve l’expertise. La réalisation de cette mesure est confiée à un homme d’art appelé expert dont sa mission consiste à vérifier les faits litigieux soulevés devant le tribunal arbitral. Il est par suite normal que cette mesure d’instruction sera caractérisée par certains traits. Mais avant de décrire les caractéristiques de l’expertise (B), il nous faut envisager la notion de cette mesure d’instruction exécutée par un expert (A).

A – Notion de l’expertise

534. Afin d’envisager une notion pour l’expertise, il est nécessaire d’emblée de lui donner une définition (1) pour ensuite la distinguer de l’arbitrage (2).

1) Définition de l’expertise

535. Le monde moderne évolue de plus en plus vers la technologie. Ainsi, grâce à cette avance, les individus disposent de divers moyens afin d’améliorer leur mode de vie. Cependant, parallèlement à ce progrès, nombreuses sont les choses qui restent complexes pour une grande partie des gens de sorte qu’il leur manque une connaissance professionnelle pour résoudre tel ou tel problème. A cet effet, un recours à l’expertise d’un professionnel s’avère indispensable pour trancher les difficultés que cela se passe hors d’un procès ou dans le cadre de celui-ci.

536. A ce stade, certaines instances supposent la présence d’un litige contenant des faits qui parfois sont étrangers, d’un côté, à la compétence des arbitres et, d’un autre côté, aux parties qui rencontrent certains obstacles pour apporter la preuve de ces faits. Ainsi, après la production de différents documents et pièces et après l’audition des témoins, les arbitres peuvent ordonner des mesures d’instruction exécutées par des techniciens à savoir des constatations et des consultations. Mais si malgré les moyens de preuve présentés le tribunal arbitral n’a pas pu résoudre le conflit, il sera alors obligé de s’adresser à l’opinion personnelle d’un expert qui aura la mission de trancher les questions de fait soulevées par les parties.

Le recours à une expertise est édicté par l’article 263 du code de procédure civile selon lequel *l’expertise n’a lieu d’être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge*. Cet article, appliqué dans les mêmes conditions qu’une juridiction étatique à un arbitrage, donne aux arbitres le pouvoir d’accueillir un avis

d'un technicien lorsqu'ils ne possèdent pas eux-mêmes l'expérience voulue pour apprécier les points techniques. Ainsi, comme le relève un auteur⁶⁵¹ : « *Toutes les fois qu'il s'agit d'une constatation ou d'une appréciation qui exige des connaissances personnelles, l'esprit de la loi demande l'expertise* ». En conséquence, dans une procédure arbitrale, lorsque se posent des questions techniques, complexes par nature, il y aura recours à une expertise qui consiste à appeler un ou plusieurs experts qui maîtrisent la matière plus que les arbitres et qui dirigent, par leur rapport, l'orientation des arbitres à qui revient la décision de la solution.

L'expertise, ordonnée généralement dans des affaires nécessitant des investigations complexes, constitue une source de tranquillité pour le plaideur qui la sollicite parce qu'il connaît à l'avance que les faits litigieux seront examinés par des spécialistes ayant à cet effet des compétences suffisantes et nécessaires pour trancher le différend du point de vue technique. En revanche, l'expertise peut aussi être pour les parties une source d'inquiétude parce qu'en choisissant de régler leur litige par des arbitres, les plaideurs souhaitent ainsi arriver à une solution le plus tôt possible. Dès lors, une expertise ordonnée dans un arbitrage peut ralentir le procès selon que les faits à examiner sont véritablement compliqués ou ne le sont pas. Dans tous les cas, un arbitre ne peut juger nécessaire le recours à une expertise que s'il a utilisé auparavant tous les moyens possibles.

537. Ainsi, on peut se demander ce qu'est l'expertise ?

Historiquement, les rédacteurs du nouveau répertoire Dalloz⁶⁵² ont rappelé ce qui a été écrit à propos de l'expertise depuis la rédaction du code de Napoléon. Ils ont énoncé que « *l'expertise est une voie d'instruction* »⁶⁵³. Ils ont ajouté que la preuve en général qui englobe l'expertise consiste en « *la démonstration en justice par des moyens légaux, d'un fait matériel ou d'un acte juridique dont l'existence est contestée* »⁶⁵⁴. En plus, certains autres auteurs ont défini l'expertise en ce « *qu'elle consiste dans des constatations et des avis destinés à éclairer la justice et émanant, sur des questions spéciales, d'hommes ayant des connaissances techniques* »⁶⁵⁵.

En réalité, la notion de l'expertise comporte deux conceptions : une conception restreinte et une conception large. Selon la conception restreinte, l'expertise est une mesure d'instruction

⁶⁵¹ - E. Bonnier, op. cit., p. 93.

⁶⁵² - Après la seconde guerre mondiale.

⁶⁵³ - Dalloz, *Nouveau répertoire de droit*, Paris, 1948, tome deuxième, p.442.

⁶⁵⁴ - Dalloz, *Nouveau répertoire de droit*, Paris, 1948, tome troisième, p.535.

⁶⁵⁵ - Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire*, Rousseau et cie 1934.

dans laquelle un technicien sera commis par le tribunal pour examiner une question de fait et donner à la suite un avis technique afin d'éclairer les juges ou les arbitres⁶⁵⁶. Par contre, l'expertise dans sa conception large, signifie l'examen technique d'une situation par un tiers spécialiste et expérimenté⁶⁵⁷. Selon cette conception, l'expertise peut être ordonnée par les parties sans nécessairement qu'elles se trouvent dans un procès étatique ou arbitral. Dès lors, l'expertise n'est pas toujours judiciaire mais elle peut être ordonnée pour fixer le prix d'un objet vendu (article 1592 du code civil) ou pour déterminer le prix des parts sociales lors d'une cession (article 1843-4 du code civil). Mais ce qui nous importe le plus pour notre étude c'est l'expertise judiciaire réalisée au cours d'une instance arbitrale. Pour cette fin, nous retenons la conception restreinte pour la suite de notre développement tout en traitant dans une petite partie de ce titre les autres expertises contenues dans la conception large⁶⁵⁸.

De ce qui précède, l'expertise judiciaire est une mesure d'instruction ordonnée et réalisée pour servir de preuve en justice. Elle consiste essentiellement à apporter au tribunal une meilleure compréhension des éléments de fait à partir desquels la procédure est déclenchée. Il n'est pas donc étonnant de voir des arbitres ordonnant des expertises dans le cas où ils ne possèdent pas les éléments suffisants et la compétence voulue pour trancher le litige.

538. Cependant, la manière du déroulement de l'expertise ne peut pas toujours faire l'objet d'un accord entre les parties dans leur convention d'arbitrage. De ce fait, si dans la majorité des cas, les parties se mettent d'accord entre elles, ou avec le tribunal arbitral dans l'acte de mission, à propos des règles régissant la production de la preuve écrite et la présentation de la preuve par témoin, il n'est cependant pas le cas en ce qui concerne la preuve par expertise parce qu'une telle mesure peut ne pas être ordonnée de sorte que les arbitres peuvent recourir à d'autres mesures d'instruction encore exécutées par un technicien. En plus, il faut rappeler que les arbitres peuvent être choisis en raison de leur compétence technique dans la matière du litige; ce qui peut écarter une expertise éventuelle.

En définitive, l'expertise ne porte que sur des questions techniques qui ne peuvent pas trouver une solution que dans l'intervention d'un expert qui, par ses lumières, octroie au tribunal arbitral les renseignements nécessaires pour trancher le litige. Ainsi, il est recommandé aux arbitres « *de n'ordonner une expertise qu'après examen complet de l'affaire et alors que les documents supports de la demande ont été produits et discutés et que les conseils des parties*

⁶⁵⁶ - G. Cornu, vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 6^{ème} éd., 1996.

⁶⁵⁷ - F.-X. Testu, « Présentation générale », in *L'expertise*, Dalloz 1995, p. 3.

⁶⁵⁸ - Voir infra, La diversité des expertises, n°547 et s.

ont fourni des explications détaillées justifiant leur requête en nomination d'expert »⁶⁵⁹ parce que, généralement, l'avis de l'expert est décisif pour les arbitres qui comptent, par la désignation de l'expert, sur le résultat de ses examens pour décider la solution finale du litige⁶⁶⁰. Ainsi, comme le relève un auteur⁶⁶¹, « Il devient alors presque visible que la preuve par expertise peut être de même nature que le jugement. L'expert tout comme le juge raisonne. L'expert est le juge du fait comme le magistrat est le juge du droit ».

2) Expertise et arbitrage

539. Lorsqu'il y aura recours à la preuve par expertise dans un arbitrage, il est inutile de s'interroger à propos des règles qui seront appliquées sur l'admissibilité de cette mesure d'instruction. De ce fait, les règles concernant la recevabilité et le déroulement de cette preuve sont identiques aux règles applicables aux autres moyens de preuve admis dans l'arbitrage. Il s'ensuit qu'en principe, les parties, et à défaut les arbitres, sont libres de choisir les règles et les normes applicables à la procédure arbitrale spécialement à l'administration des preuves. Ainsi, les arbitres connaissent par avance les modes de preuve qui seront acceptés y compris la preuve par expertise et par suite lorsqu'une partie présente une preuve nouvelle ou sollicite de procéder à une preuve, ses allégations seront déclarées irrecevables pour ne pas prolonger les délais fixés au préalable sauf si le tribunal arbitral estime nécessaire de recevoir des nouvelles preuves. Dès lors, dans le cas où une partie désigne un expert (comme on verra plus tard, dans l'arbitrage international, les parties possèdent la faculté de désigner leur propre expert à côté de l'expert nommé par le tribunal), les arbitres ne doivent pas recevoir son rapport⁶⁶². A cet effet, les plaideurs ont la faculté d'imposer aux arbitres d'ordonner des expertises pour tirer des avis nécessaires à la résolution du litige. Dans ce cas, les arbitres ne peuvent s'opposer à la volonté des parties même s'ils estiment que cette mesure soit inutile. Mais si les parties ont seulement donné au tribunal la faculté de recourir à des expertises, les arbitres auront ainsi le choix d'ordonner ou non cette mesure selon qu'elle paraît indispensable pour la manifestation de la vérité.

De ce fait, si un expert a été désigné, il est important de bien distinguer sa mission de la mission des arbitres. L'expertise diffère de l'arbitrage en ce que les arbitres détiennent un

⁶⁵⁹ - J. Boulez, op. cit, p.113.

⁶⁶⁰ - Parce qu'il revient au tribunal arbitral de rendre une sentence tranchant le litige et non pas à l'expert qui ne donne qu'un avis technique.

⁶⁶¹ - F. Chauvaud, « Le sacre de la preuve indiciale », in *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*, sous la direction de Bruno Lemsle, Presses universitaires de Rennes, 2003, p.235.

⁶⁶² - Pratiquement, les arbitres tendent à accepter ses nouvelles preuves en donnant à l'autre partie le temps de se prononcer à leurs propos.

pouvoir semblable à celui du juge tandis que les experts ne donnent qu'un avis technique qui ne peut contenir aucune trace concernant le droit⁶⁶³. L'expert est donc une personne désignée d'une façon temporaire pour donner des réponses à des questions de fait c'est-à-dire d'ordre technique qui ne s'imposent à personne alors que les arbitres sont des vrais juges nommés pour résoudre les faits et le droit d'un conflit dont leur sentence s'impose aux plaideurs qui ont initialement la volonté de recourir à de telles personnes. Il s'ensuit que l'arbitre est le juge du droit voire l'expert du droit qui peut lui-même procéder personnellement à toutes les mesures d'instruction que ce soit des constatations ou des investigations plus complexes comme il peut nommer des experts chargés d'une mission technique tandis que le technicien est un expert du fait qui ne peut voir que les faits. L'arbitrage a donc pour finalité une décision juridictionnelle contenant le fait et le droit tandis que l'expertise n'entraîne qu'un simple avis donné suite à un examen réalisé par une personne qualifiée en raison de ses connaissances et de sa compétence dans la matière litigieuse sur laquelle il prononcera son opinion.

540. Cependant, une certaine confusion peut apparaître entre l'arbitrage et l'expertise de fait que le premier souci des parties soit la résolution de leur litige et, par suite, elles risqueront de choisir une voie en ignorant parfois la différence entre les diverses institutions surtout lorsqu'une clause d'expertise obligatoire est stipulée au sein du contrat rendant ainsi les parties obligées de l'exécuter avant de saisir les tribunaux étatiques. En plus, dans certains cas, les parties utilisent le terme « expertise-arbitrage » avec lequel la confusion augmente.

En réalité, en vertu de l'expertise-arbitrage, les parties confient à un expert d'examiner le fait litigieux et rendre un rapport d'expertise qui est cette fois obligatoire pour les parties et elles n'auront pas le droit de contester son contenu. De cette manière, l'expert-arbitre se rapproche des arbitres qui imposent leur sentence à toutes les parties sans discussion. Cependant, la seule différence réside dans l'objet de la mission de chacun d'eux. Tandis que l'expert-arbitre est nommé pour constater un fait, l'arbitre est désigné pour juger et tirer des conséquences juridiques. La distinction repose alors sur la nature de la mission confiée au tiers⁶⁶⁴.

⁶⁶³ - Comme on l'a déjà dit, l'expert se rapproche plus du témoin dont leur rôle est de relater des faits mais pour le témoin ce sont des faits passés tandis que l'expert apprécie l'état actuel d'une chose.

⁶⁶⁴ - E. Loquin, « De la distinction entre l'expertise et l'arbitrage », *RTD. Com.* 2009, p.537.

B – Les traits caractéristiques de l'expertise

541. Comme on l'a dit plus haut, les législations des différents pays appartiennent à deux grands systèmes juridiques ayant chacun ses propres dispositions. L'expertise constitue l'un des domaines dans lesquels on retrouve des divergences entre les deux systèmes. La pratique de l'expertise dans l'arbitrage international n'est pas à l'abri de cette opposition (1). Cependant, malgré la présence des différences, l'expertise dans l'arbitrage international possède ses propres caractères (2).

1) L'expertise dans les différents systèmes juridiques et dans l'arbitrage international

542. La preuve par expertise constitue l'un des points qui forment les divergences entre les pays de Common Law et les pays de tradition civiliste⁶⁶⁵. Dans les pays de tradition romaniste, dans le cas où des constatations et une consultation n'ont pas contribué à éclairer les arbitres, un expert sera désigné afin de donner son avis technique à propos des faits qui forment l'objet du litige. Les arbitres seront alors en mesure d'ordonner une expertise pour accueillir les informations d'un expert sauf si les arbitres ont été choisis en raison de leur qualité technique pour trancher le différend.

En revanche, dans la tradition anglo-saxonne, les experts sont « *une catégorie particulière de témoin dont la mission est de fournir au tribunal des informations relevant d'un domaine spécialisé* »⁶⁶⁶. L'intervention du technicien est donc soumise aux contrôles des parties plus qu'au contrôle du tribunal. Ainsi, les plaideurs dans le système de Common Law sont habitués à désigner des experts comme ils le font avec les témoins tandis que les plaideurs continentaux sont habitués à attendre le juge pour désigner un expert ayant la même neutralité que le juge⁶⁶⁷. De ce fait, dans la Common Law, il n'y a pas lieu de distinguer entre expert et témoin mais tous forment une sorte de témoin appelé « Witnesses » qui seront par suite interrogés par les conseils des parties selon la cross-examination⁶⁶⁸.

Cette unification entre témoin et expert ne se trouve pas dans le système de droit civil dans lequel une grande différence existe entre les témoins et les experts qui sont désignés pour exécuter leur mission sous le contrôle du juge ou de l'arbitre et ne sont interrogés que par le

⁶⁶⁵ - C. Reymond, Conclusion du colloque *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n°8, 1989, p.157 ; J. F. Poudret, op. cit. p. 607.

⁶⁶⁶ - M. de Boissesson, « Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de Common Law et les pays de tradition romaniste », op. cit., p. 94.

⁶⁶⁷ - I. Hautot, « Rapport introductif », in *Arbitrage et expertise*, CCI 1994, p.11.

⁶⁶⁸ - Voir supra, Examen et cross-examen, n°464 et s.

tribunal et non par les parties et leurs conseils. En outre, l'expert dans le système de droit civil n'est jamais obligé de comparaître pour être interrogé mais généralement il exprime son avis dans un rapport qu'il donne au tribunal et à chacune des parties pour s'y prononcer⁶⁶⁹.

543. Cette opposition qui existe entre les deux systèmes n'est pas étrangère à l'expertise dans l'arbitrage international où l'on remarque des différences dans l'administration des divers modes de preuve que ce soit la preuve écrite ou la preuve par témoins. Il en résulte que les divergences entre les deux systèmes résident essentiellement dans le rôle donné aux parties dans le déroulement du procès : tandis que dans les pays de Common Law un grand rôle est imparti aux parties dans le choix de l'expert et dans son interrogation, les parties dans les pays de droit civil ne connaissent pas ces énormes compétences données aux parties anglo-saxonnes. Ainsi, si les divergences entre les deux systèmes tendent à être négligées dans l'administration de la preuve testimoniale dans l'arbitrage international de sorte qu'un certain rapprochement est senti, un tel rapprochement est loin d'être accompli dans la preuve par expertise parce que, d'une part, les juristes de Common Law ne connaissent pas « l'expert neutre » désigné par le tribunal arbitral et, d'autre part, les juristes de Civil Law ne savent pas comment se comporter avec un expert-witness si eux-mêmes l'ont désigné⁶⁷⁰.

Cependant, surtout au cours de ces dernières années, une tendance est sentie dans les règlements d'arbitrage et les lois nationales concernant l'arbitrage, pour donner plus de pouvoirs aux arbitres internationaux afin qu'ils puissent eux-mêmes désigner les experts. Mais en pratique, ces textes ne sont pas appliqués de sorte que dans la majorité des cas, ce sont les parties qui désignent les experts et elles les soumettent à leur interrogation⁶⁷¹. Ce qui est important c'est l'accord, au moins implicite, des parties sur la manière de l'administration de la preuve par expertise.

2) Le caractère facultatif et subsidiaire de l'expertise

544. Aux termes de l'article 232 du code de procédure civile, *le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien*. Cette disposition, aussi appliquée dans l'arbitrage, signifie qu'un grand pouvoir est donné à l'arbitre

⁶⁶⁹ - R. Perrot, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », op.cit., p. 159.

⁶⁷⁰ - C'est ainsi que la relève M. Raymond : « On ne voit pas encore se dessiner de consensus en ce qui concerne le mode de désignation et le rôle d'experts ». (Conclusion du colloque *l'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, op.cit., p.161).

⁶⁷¹ - M. Feutrill et N. Rubins, « La préparation des preuves expertales en arbitrage commercial international : aspects pratiques », op.cit., p.307.

pour apprécier si le recours à une expertise est nécessaire. Mais ce qui est plus important c'est le pouvoir de l'arbitre de refuser la mesure d'instruction sans qu'il soit obligé de motiver sa décision. Il peut donc la refuser s'il estime que les preuves présentées sont suffisantes pour étayer sa conviction. Ainsi, l'expertise est facultative pour le tribunal et il suffit qu'il déclare qu'elle n'est pas pertinente ou que le plaideur n'a pas présenté des éléments sérieux.

545. En plus de cela, il n'est pas douteux que les experts font cette mission d'une manière occasionnelle c'est-à-dire que cette fonction ne leur est pas demandée chaque jour. Ce qui fait que l'expertise ne constitue pas un métier quotidien que l'expert attend souvent. Cette analyse est affirmée par l'article 263 du code de procédure civile qui dispose que *l'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge*. Selon cette disposition, l'expertise a un caractère subsidiaire avec lequel elle vient au second rang après les constatations et les consultations qui doivent être déclenchées avant tout recours à une expertise.

De ce fait, en raison, d'une part, de la situation des experts et, d'autre part, de la subsidiarité de l'expertise, il a été admis initialement, et même des auteurs l'énoncent aujourd'hui⁶⁷², que les experts ne peuvent acquérir la qualité d'auxiliaire de la justice puisqu'ils n'exercent pas cette fonction comme une profession habituelle⁶⁷³. Cependant, cette conception a été abandonnée de nos jours. Aucun doute ne peut faire aujourd'hui obstacle pour considérer que l'expert commis par le tribunal est le collaborateur de ce dernier c'est-à-dire son auxiliaire qui l'aide à mieux comprendre les faits litigieux pour enfin rendre une sentence équitable⁶⁷⁴. L'expert accomplit alors une mission qui rentre dans le service public de la justice voire dans l'intérêt de celle-ci. Il s'ensuit que l'expert désigné par le tribunal n'est pas le mandataire des parties mais c'est l'arbitre qui le commet afin de l'éclairer sur des questions techniques et de l'assister dans l'appréciation des faits soulevés par les parties sans être tenu de retenir ce que contient son rapport. Les experts sont alors de plein droit des auxiliaires du tribunal et de la justice⁶⁷⁵.

⁶⁷² - J. Boulez, op.cit., p.12.

⁶⁷³ - Cass. 2^{ème} civ., 7mai 1980, Bull. civ. 1980, II, n°98 ; *Gaz. Pal.* 1981 p.38, obs J. Viatte ; *RTD com.* 1981 p.523 obs. J.-C. Dubarry.

⁶⁷⁴ - R. Genin-Menic, « Mesures d'instruction exécutées par un technicien, éléments d'un statut du technicien auxiliaire du juge », *JCL Proc. Civ.*, fasc 661.

⁶⁷⁵ - M. Caratini, « Experts et expertise dans la législation civile française », *Gaz. Pal.* 1985 doct, p. 44 ; L. Matray, « Les traits caractéristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste », op.cit., p.126 ; E. Bonnier, op.cit., p.91.

Deuxième section – L'organisation de la preuve par expertise

546. Lorsque des constatations ou une consultation ne suffisent pas pour résoudre les questions techniques qui concernent les faits du litige, une expertise doit alors être ordonnée pour mieux éclairer la compréhension des arbitres. Cependant, il ne faut pas croire qu'il se trouve un seul genre d'expertise, mais les expertises sont diverses et même les dispositions qui s'appliquent à chacune d'elles sont aussi différentes de sorte que ce qui régit telle expertise ne peut trouver un domaine d'application sur une autre expertise. En plus, hormis la diversité des expertises, lorsque le tribunal arbitral estime nécessaire le recours à l'expertise ou à vrai dire à l'une des expertises proposées, cette dernière ne doit pas sortir des règles qui régissent les expertises d'une manière générale et qui se résument par la détermination des différents aspects de l'expertise ordonnée afin de mieux organiser la phase de la mesure de la mesure d'instruction réalisée par un expert.

Ainsi, pour mieux comprendre l'organisation de la preuve par expertise, il nous faut d'abord envisager, dans un premier paragraphe, les différents genres des expertises qui pourront être ordonnées (§1) pour ensuite traiter d'une manière concrète, dans un second paragraphe, du recours à la preuve par expertise (§2).

§1 – La diversité des expertises

547. Bien que les mesures d'instructions exécutées par un technicien soient diverses, le monde de l'expertise connaît aussi une diversité des expertises dont chacune porte un nom différent des autres et même l'objet de chacune est différent de l'objet des autres expertises. En plus, bien que certaines de ces expertises ne puissent être ordonnées que lorsqu'un procès est engagé, certaines autres peuvent suffire pour engager un procès. A cet effet, nous envisagerons en premier temps les expertises ordonnées à titre subsidiaire (A) puis dans un second temps nous traiterons des expertises ordonnées à titre principal (B).

A – Les expertises ordonnées à titre subsidiaire

548. D'une manière générale, le recours à une expertise n'aura lieu que lorsqu'une contestation naît entre les parties. Cependant, cette contestation ne constitue pas toujours l'objet d'un procès mais elle peut être hors d'un procès telle la contestation du prix de la vente d'une chose vendue. Dans tous les cas, que ce soit dans ou hors d'un procès, une expertise semble nécessaire pour trancher cette contestation. A cet effet, nous traiterons d'abord les expertises ordonnées à l'occasion d'un procès (1) puis les expertises ordonnées hors d'un procès (2).

1) Les expertises ordonnées à l'occasion d'un procès

549. Lors du déroulement d'un procès, et même avant son déclenchement, diverses expertises pourront être ordonnées. Ainsi, nous distinguons d'une part l'expertise judiciaire et l'expertise extrajudiciaire (a) et, d'autre part, l'expertise amiable et l'expertise officieuse (b).

a) Expertise judiciaire et expertise extrajudiciaire

550. Il est nécessaire de distinguer l'expertise judiciaire de l'expertise extrajudiciaire. L'expertise judiciaire, qui provient du titre XXI de l'ordonnance de 1667, est une mesure d'instruction qui est ordonnée par le tribunal, étatique ou arbitral, de sorte que les experts sont nommés par celui-ci qu'ils soient inscrits sur une liste officielle ou non⁶⁷⁶. Par contre, l'expertise extrajudiciaire, qui constitue le principe dans la Common Law, est le plus souvent incombée sur les parties qui désignent elles-mêmes leurs propres experts et elles les rémunèrent et c'est à elle que les experts devront rendre compte du résultat de leurs expertises. Ces experts, désignés par les parties, seront par suite entendus à l'audience comme

⁶⁷⁶ - R. Chotin, « XV^e congrès des experts judiciaires, de l'évolution des conflits à leur devenir », *Les petites affiches*, 9 décembre 1996, n°148 p. 6.

des témoins en vertu d'un interrogatoire et d'un contre interrogatoire. Il est alors logique de penser que si le rapport de l'expert que la partie a commis ne lui est pas favorable, elle n'est pas obligée de l'utiliser dans le procès.

Quant aux pouvoirs des experts, l'expert extrajudiciaire ne possède aucun pouvoir particulier qu'envers la partie qui l'a désigné. Ainsi, il ne pourra pas entendre des témoins ni contraindre l'autre partie à produire des documents ou l'obliger à participer à l'exécution de sa mission. En revanche, l'expert judiciaire désigné par le tribunal bénéficie de plusieurs pouvoirs : il peut entendre des témoins et il peut avoir accès à tout endroit pour accomplir sa mission si cette visite présente un intérêt pour ses investigations. Quant à la force probante des deux expertises, tandis que l'expert judiciaire ne peut lier le tribunal par les avis contenus dans son rapport, le témoignage (parce qu'il est une sorte de témoin) de l'expert extrajudiciaire est soumis à la seule appréciation du tribunal qui peut le refuser ou l'accepter.

b) Expertise amiable et expertise officielle

551. A côté de l'expertise judiciaire et de l'expertise extrajudiciaire qui sont exécutées par des experts dans le cadre d'une instance arbitrale, d'autres expertises font aussi la mission des experts mais cette fois hors du procès. Ce sont les expertises amiables et les expertises officielles.

552. A la différence de l'expertise judiciaire et comme l'expertise extrajudiciaire, les expertises amiables et officielles sont réalisées à l'initiative des parties soit avant le déclenchement de la procédure soit au cours de celle-ci. De ce fait, lorsque l'expertise est effectuée à l'initiative d'une seule partie, on parle alors d'une expertise officielle. Mais lorsque l'expertise est réalisée suite à un accord entre les parties ayant des intérêts distincts, c'est donc une expertise amiable.

L'expertise amiable est celle dans laquelle un expert est commis pour exécuter une convention conclue entre les parties afin d'examiner un fait considéré comme litigieux pour les deux parties et pour donner à la fin un avis technique. Cette expertise naît alors d'une convention qui est soumise aux dispositions relative aux contrats. Cet accord est souvent conclu avant que des difficultés surviennent afin d'éviter un litige et un procès éventuel.

Quant au statut de l'expert désigné, il ne peut être qu'un mandataire des parties qui l'ont commis et l'ont chargé à exécuter leurs volontés émises dans leur accord. De ce fait, il n'est pas choquant que l'expertise amiable soit dispensée de toutes les formes prescrites pour

l'expertise judiciaire parce qu'elle ne revêt aucun caractère officiel. L'expert n'est pas alors tenu de respecter les dispositions attachées à l'élaboration du rapport ou de la forme de ce rapport ou même son contenu. En revanche, l'expert ne peut pas négliger les règles essentielles de toute expertise attachées à l'ordre public. Dès lors, l'expertise amiable doit être exécutée contradictoirement en convoquant les parties à toutes ses étapes ou au moins les laisser commenter les résultats des examens réalisées. De même, l'expert doit assurer l'égalité entre les parties puisque sa mission provient d'un accord entre elles. Ainsi, l'expert doit être vigilant et éviter toute dérogation aux exigences de l'ordre public qui peuvent entraîner l'annulation de son expertise et de son rapport.

Quant à la valeur des résultats de l'expertise amiable, elle ne peut en aucun cas lier le tribunal si le litige est soulevé devant des arbitres mais ceux-ci peuvent les considérer comme des simples renseignements à la condition toutefois que le principe de la contradiction ait été respecté. Enfin, étant des mandataires des parties, la responsabilité des experts amiables doit être engagée dans le cas où ils commettent une faute. Cette responsabilité n'est que contractuelle puisque la source de la mission des experts était contractuelle.

553. En ce qui concerne l'expertise officieuse, à la différence d'une part de l'expert judiciaire ordonnée par le tribunal et, d'autre part, de l'expertise amiable qui est réalisée suite à un accord entre les parties, l'expertise officieuse est un examen des faits par un expert à l'initiative d'une seule des parties. Cette expertise permet à la partie qui l'ordonne d'être éclairée par les connaissances du technicien à propos, dans la majorité des cas, du résultat d'un litige éventuel ou même un litige en cours.

S'agissant d'une expertise officieuse engagée avant le déclenchement du procès, cette manière permet de prendre connaissance des données techniques qui seront utilisées devant un tribunal lors d'un litige au futur. Ainsi, suite à l'avis de l'expert, l'avocat peut conseiller son client de renoncer à une instance s'il constate qu'elle ne peut lui apporter des bénéfices⁶⁷⁷. S'agissant d'une expertise officieuse exécutée lors d'un procès en cours, cette expertise permet à une partie d'apporter au tribunal les résultats de cette mesure afin de prouver davantage ses allégations qui sont confirmées par l'avis émis dans le rapport de l'expert. Ainsi, le rapport rédigé par l'expert doit être donné à l'autre partie pour le critiquer. Le rapport doit donc être soumis à un débat contradictoire.

⁶⁷⁷ - G. Rousseau et P. Fontbressin, *L'expert et l'expertise judiciaire en France – théorie – pratique – formation*, Bruylant 2008, p.176.

Cependant, bien que l'expertise officieuse doit être contradictoire si elle est présentée dans l'instance, les arbitres ne sont jamais obligés de suivre l'avis de l'expert officieux. Dans cette perspective, il a été jugé que « *le rapport d'expertise officieuse régulièrement versé aux débats peut être parfaitement valable et examiné à titre de simple renseignement* »⁶⁷⁸. Mais, rien n'empêche au tribunal de retenir le rapport et former leur conviction à partir de son contenu s'il a été contradictoirement discuté par les parties. De même, les arbitres peuvent faire prévaloir les conclusions de l'expertise officieuse sur l'avis d'un expert judiciaire qui eux-mêmes l'ont désigné⁶⁷⁹.

En ce qui concerne la responsabilité de l'expert officieux qui est le mandataire de la seule partie qui l'a choisi, cet expert doit exécuter le mandat qui lui a été confié. A défaut, il engagera sa responsabilité contractuelle envers cette partie seule.

2) Les expertises ordonnées hors le cadre d'un procès – les expertises du code civil

554. La réalisation d'une expertise n'a pas uniquement lieu lors de la présence d'un conflit. Certaines expertises ont l'objet de déterminer un élément d'un contrat pour que celui-ci soit accompli. Ainsi, le code civil énonce deux expertises dont la première est relative à la fixation du prix d'une vente (a) et la deuxième est relative à la cession des droits sociaux d'un associé (b).

a) L'expertise de l'article 1592 du code civil (vente)

555. Il est prévu à l'article 1592 du code civil que la fixation du prix de la vente peut être laissée à l'arbitrage d'un tiers. Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. Ainsi, les parties peuvent s'accorder sur une personne quelconque afin qu'elle fixera le prix de la chose vendue dans leur contrat.

Il est en revanche naturel de se demander à propos du cas dans lequel les parties ne se sont pas accordées sur l'identité de ce tiers. Sans aucun doute, dans un cas pareil, la partie la plus diligente peut saisir le juge compétent pour qu'il désigne un expert qui sera chargé de fixer le prix. De ce fait, comme le dispose l'article 1592, le tiers n'est pas obligé d'accepter la mission qui lui a été confiée. Dans ce cas, la vente n'aura pas lieu et ce qui est le plus important ici c'est que le juge doit rester à l'écart de la détermination du prix et à fortiori de la nomination d'une autre personne parce que l'article 1592 est clair dans ce sujet lorsqu'il énonce « qu'il

⁶⁷⁸ - Cass. 1ère civ., 23 octobre 1991, Bull. civ. I n°275.

⁶⁷⁹ - Cass. Civ. 1^{ère}, 17 mai 1965, Bull. civ. I n°321.

n'y a pas de vente ». Le juge doit donc refuser de remplacer le premier tiers. Il n'a alors qu'à inviter de nouveau les parties pour désigner un autre expert. Mais si les parties n'ont pas été d'accord, dans ce cas la partie diligente peut de nouveau recourir au juge.

556. Cependant, si le mot « arbitrage » figure dans l'article 1592, certainement il n'a aucun rapport avec l'arbitrage proprement dit des articles 1442 à 1527 du code de procédure civile. Il convient alors de distinguer l'arbitre de l'article 1592 du code civil et l'arbitre du livre IV du code de procédure civile relatif à l'arbitrage.

A plusieurs reprises, la jurisprudence a précisé que l'expert désigné pour fixer le prix d'une vente ne constitue pas un arbitre au vrai sens de l'arbitrage⁶⁸⁰ mais il est un mandataire des parties qui l'ont nommé⁶⁸¹. Ainsi, ce qui unit l'arbitre de l'article 1592 aux parties c'est un mandat pour qu'il complète leur contrat en fixant le prix de leur vente. De ce fait, le tiers chargé de cette mission est un mandataire commun désigné par la volonté commune des parties pour déterminer un élément essentiel du contrat en leur nom et pour leur compte⁶⁸². A cet effet, le mandataire commun, improprement appelé arbitre par l'article 1592 du code civil, n'est pas investi d'un pouvoir juridictionnel par les parties pour trancher un litige entre elles et sa décision à propos du prix de la vente ne peut être qualifiée de sentence arbitrale⁶⁸³.

De ce fait, si le tiers estimateur du prix n'est plus un arbitre, il n'est pas non plus un technicien chargé d'exécuter une mesure d'instruction au sens du code de procédure civile parce que la mission de ce dernier consiste à éclairer le tribunal afin qu'il ait la compréhension suffisante pour trancher le litige. Par contre, la mission du tiers de l'article 1592 du code civil consiste, comme on a dit, de fixer le prix du contrat conclu par les parties et, de plus, son avis est imposé aux parties à l'encontre de l'avis de l'expert judiciaire qui ne lie ni les arbitres ni les parties à l'arbitrage.

557. En revanche, comme pour les arbitres, le tiers chargé de fixer le prix de la vente ne doit pas être sous la dépendance de l'une des parties. Ainsi, l'expertise de l'article 1592 ne doit sortir des exigences fondamentales de sorte que l'expert doit être impartial et indépendant.

⁶⁸⁰ - Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1984, Bull. civ. I, n°164 ; cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 1993 n°91-21.915, inédit.

⁶⁸¹ - Cass. Com. 4 février 2004, Bull. civ IV n°23; *RTD. Civ.* 2004 p.310, obs. P.Y. Gautier.

⁶⁸² - CA. Paris, 25ème ch., 17 septembre 2004; *JCP E* 2005 n°134, note Bonneau ; *RTD Com.* 2005, p.260 note E. Loquin.

⁶⁸³ - C. Noblot, « En l'absence de toute convention d'arbitrage, l'expert n'a pu statuer en qualité d'arbitre au sens de l'article 1442 NCPC », *JCP G* n°6, 9 février 2005, p.273.

L'indépendance constitue un élément essentiel dans la détermination du prix⁶⁸⁴. C'est la confiance que les parties ont en la personne de ce tiers qui le tient d'être indépendant. A cet effet, tout élément rendant le tiers sous la dépendance de l'une des parties doit être révélé quelle que soit sa gravité : lien de parenté, lien d'amitié ou tout lien de subordination avec les parties. Aussi, la fixation du prix doit être soumise au principe de contradiction. A ce propos, l'expert, doit par exemple communiquer aux parties les documents qu'il a utilisés pour établir son rapport ou les noms des personnes qu'il a consultées pour s'éclairer⁶⁸⁵.

558. Quant à la responsabilité de l'expert de l'article 1592, il sera toujours responsable envers les parties si son avis a été annulé pour cause de non respect du contradictoire ou s'il a évalué d'une manière fautive la chose vendue même en l'absence d'une erreur grossière de sa part à condition cependant que la faute ait causé un préjudice au moins à l'une des deux parties. A noter toutefois que sa responsabilité est contractuelle et non pas délictuelle en raison du mandat qui lui a été donné par les parties pour fixer le prix de leur vente.

b) L'expertise de l'article 1843-4 du code civil (cession)

559. En ce qui concerne l'expertise de l'article 1843-4 du code civil, celui-ci dispose que *« dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. A partir des termes utilisés, il apparaît que cet expert n'est pas semblable à l'expert du code de procédure civile qui fait partie de l'administration de la preuve car son avis ne peut être contesté tandis que l'expert de l'instance judiciaire émet un avis qui peut faire l'objet d'un recours. L'expert de l'article 1843-4 du code civil n'est qu'un mandataire des parties choisi par celles-ci ou par le président du tribunal en cas de désaccord des parties. Il se rapproche alors de l'expert de l'article 1592 du code civil : il doit estimer le prix d'une manière contradictoire et doit être indépendant et impartial. En plus, cet expert engage sa responsabilité contractuelle s'il ne respecte pas les droits fondamentaux des parties ou s'il commet une faute lors de la fixation du prix des parts sociales. »*

⁶⁸⁴ - D. Randoux, « La nécessaire indépendance de l'arbitre de l'article 1592 du code civil », *Rev. soc.*, 1998, p.332.

⁶⁸⁵ - P.Y. Gautier, « Rapport entre l'expert sur le prix et l'expert judiciaire : respect du principe de contradictoire », *RTD Civ.* 2005, p.613.

B – L’expertise ordonnée à titre principal – expertise de l’article 145 du code de procédure civile

560. L’expertise ordonnée à titre principal constitue l’exception sur le principe qui énonce qu’une expertise est ordonnée suite au déclenchement d’un procès. Cette expertise est celle de l’article 145 du code de procédure civile. A cet effet, nous traiterons d’abord de l’étendue de l’application de l’article 145 dans l’arbitrage (1) puis des conditions de l’application de l’article 145 du code de procédure civile (2).

1) L’étendue de l’application de l’article 145 dans l’arbitrage

561. Aux termes de l’article 144 du code de procédure civile, les mesures d’instructions peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d’éléments suffisants pour statuer. Cela signifie que l’expertise est une mesure qui est, selon les dispositions de l’article 144, ordonnée d’une manière incidente lors du déroulement du procès. En plus, cet article réserve le pouvoir d’ordonner une mesure d’instruction au seul juge du fond qui est saisi par les parties pour trancher le litige au fond.

562. Cependant, il est des cas dans lesquels on trouve qu’un plaideur, avant même qu’un litige soit né, assigne une partie adverse devant un tribunal afin de voir désigner un expert qui a pour mission la conservation d’une preuve que le demandeur peut l’utiliser ultérieurement. C’est en vertu de l’article 145 du code de procédure civile qu’un plaideur peut recourir au juge pour éviter le dépérissement d’une preuve. Les dispositions de l’article 145 sont claires : *s’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé*. Ainsi, cet article ouvre la faculté à la partie qui craint la disparition de certains éléments de preuve de formuler une demande pour désigner un expert à condition de justifier sa demande par un motif légitime et cela même en l’absence de tout procès engagé. C’est en définitif la mesure d’instruction *in futurum* qui est née avec le décret n°73-1122 qui date du 17 décembre 1973⁶⁸⁶.

563. Mais, si une partie peut se prévaloir des dispositions de l’article 145 pour ordonner une expertise avant de recourir au juge du fond, on se demande alors si, en présence d’une convention d’arbitrage, les parties peuvent aussi procéder de la même manière avant de saisir

⁶⁸⁶ - J.O. de la République Française, 22 décembre 1973 p.13660.

le tribunal arbitral. En fait, selon l'ancien article 1458 du code de procédure civile qui était en vigueur avant le premier mai 2011, *lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*. Cet article interdit d'une manière claire aux parties qui ont signé une convention d'arbitrage de porter leur litige devant une juridiction étatique. En d'autres termes, sauf lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle, l'article 1458 précité prohibe le recours aux juridictions étatiques pour tout ce qui se rapporte au litige dans le cas où une convention d'arbitrage existe. Mais, en l'absence d'un texte exprès qui prohibe le recours au juge des référés, la jurisprudence avait admis l'application de l'article 145 même en présence d'une convention d'arbitrage mais seulement au profit du juge des référés. Ainsi, la cour de cassation a jugé le 11 octobre 1995 que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle au pouvoir du juge des référés d'ordonner sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, et avant saisine de la juridiction compétente, toutes mesure d'instruction légalement admissibles qui ne se limitent pas aux constatations* »⁶⁸⁷.

Cependant, le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage et entré en vigueur le premier mai 2011 n'a pas abandonné d'une part les dispositions de l'article 1458 mais il les a laissées en changeant le numéro de l'article pour devenir 1448 et, d'autre part, il a ajouté un nouvel article numéroté 1449 qui a consacré la jurisprudence de 1995 qu'on a citée mais sans la réserver au seul juge des référés. Ainsi, selon le nouvel article 1449, *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire*. Ainsi, il fallait attendre cette réforme du droit de l'arbitrage pour permettre légalement aux parties de saisir les juridictions étatiques pour conserver une preuve dans le cas où le tribunal arbitral n'est pas encore saisi.

Certainement, les nouvelles dispositions, selon lesquelles une mesure d'instruction peut être ordonnée avant toute instance, ont pour effet de faciliter un rapprochement entre les parties afin de clôturer leur litige en s'appuyant sur les résultats de l'expertise réalisée et cela avant de saisir un tribunal étatique. Ainsi, selon un auteur⁶⁸⁸ : « *L'une des fonctions que doctrine et*

⁶⁸⁷ - Cass. 2^{ème} civ, 11 octobre 1995, Bull. civ 1995, II, n°23 ; *RTD. Com.* 1996 p.664, obs J.C. Dubarry et E. Loquin.

⁶⁸⁸ - J. Normand, « Les limites des référés probatoires », *RTD civ.* 1990 p.134.

jurisprudences contemporaines assignent aux mesures d'instruction in futurum est de permettre à la partie demanderesse de déterminer en connaissance de cause la stratégie procédurale qu'il convient d'adopter, et de décider, en particulier, de l'opportunité d'envisager contre son adversaire une instance au fond ou d'initier avec lui des pourparlers transactionnels ». Il en résulte que, même en présence d'une convention d'arbitrage, les parties peuvent saisir le juge pour ordonner une expertise afin de conserver les éléments de preuve qu'elles estiment nécessaires pour leurs éventuelles prétentions.

2) Les conditions de l'application de l'article 145 du code de procédure civil

564. L'application de l'article 145 n'est pas automatique. De ce fait, certaines conditions doivent être remplies : tout d'abord l'existence d'un motif légitime doit être nécessaire et ensuite l'absence de tout procès en cours.

565. En ce qui concerne la première condition c'est-à-dire l'existence d'un motif légitime, aucun doute ne peut survenir pour négliger cette exigence de fait que l'article 145 est clair lorsqu'il énonce que « *s'il existe un motif légitime...* ». De prime abord, il faut énoncer que la notion du motif légitime n'a pas été définie par la loi et même les auteurs ont trouvé quelques difficultés pour en donner une définition. A ce propos, certains auteurs, tels que le professeur Roger Perrot, ont énoncé que « *la notion de motif légitime constitue la pierre d'angle de toute cette construction. Il est très vraisemblable que l'on ne parviendra jamais à en définir le contenu de façon abstraite pas plus que l'on n'est parvenu à définir la condition d'urgence en matière de référé* ».

Cependant, à plusieurs reprises, la cour de cassation a considéré que les juges apprécient le motif légitime souverainement⁶⁸⁹. Mais, même en permettant aux juges d'apprécier le motif légitime, la cour de cassation a conservé un certain contrôle sur les appréciations des juges inférieurs. A cet effet, elle a imposé quelques exigences qui doivent être respectées par les juges pour mesurer l'utilité d'une expertise selon l'article 145 précité. Il faut, en premier que l'expertise ordonnée ait un lien avec un litige éventuel qui concerne les faits examinés par cette mesure. Ainsi, l'expertise demandée doit être ordonnée pour conserver un élément de preuve qui pourra être présenté dans un procès éventuel devant le tribunal arbitral⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ - Cass. 2^{ème} civ., 25 octobre 1995, Bull. civ. II, n°258 ; cass. 2^{ème} civ, 8 février 2006, Bull. civ. II, n°44, D. 2006 p.532.

⁶⁹⁰ - Il n'y a pas de motif légitime si les faits dont la preuve est conservée influent directement sur la solution du litige devant le tribunal arbitral.

En second, il faut que l'expertise qui doit être ordonnée soit d'une valeur importante et utile. En d'autres termes, pour ordonner l'expertise de l'article 145, le demandeur doit justifier la pertinence de sa demande en prouvant que les faits sur lesquels il s'appuie sont les mêmes qui vont être invoqués dans le litige éventuel⁶⁹¹ et qu'il ne possède pas des éléments de preuve suffisants qui lui permettent de soutenir ses allégations dans un litige éventuel. Ainsi, il a été jugé que le juge n'est pas tenu d'accueillir la demande d'une partie s'il remarque qu'elle ne possède pas les preuves suffisantes qu'elle pourra produire devant le juge au fond⁶⁹² ou si elle peut par de simples investigations qu'elle réalisera elle-même d'apporter des éléments supplémentaires pour son procès au futur⁶⁹³.

En troisième lieu, pour qu'il y ait un motif légitime, il faut qu'aucun empêchement légitime ne fasse obstacle à la demande d'ordonner une expertise. De ce fait, les intérêts de la partie adverse doivent être pris en considération par le juge. De même, il ne faut pas que les droits des tiers soient atteints⁶⁹⁴. Ainsi, le juge doit mesurer, lors de son appréciation de l'existence d'un motif légitime, les droits de chaque partie et ceux des tiers pour ne pas voir sa décision annulée. De ce fait, le secret des affaires doit être respecté et la partie qui demande l'expertise ne peut pas se prévaloir de cette mesure pour accéder aux secrets de fabrication de la partie adverse⁶⁹⁵. Le juge doit donc refuser toute expertise *in futurum* si elle peut avoir pour effet de faire révéler un secret professionnel qui par nature doit être secret⁶⁹⁶.

566. La seconde condition qui ne doit pas être négligée pour ordonner l'expertise de l'article 145 du code de procédure civile est celle de l'absence d'un procès actuel. Ainsi, pour une bonne application de l'article 145, il ne faut pas que le tribunal arbitral soit encore saisi parce que si les arbitres ont été désignés et le tribunal arbitral est constitué, la compétence des tribunaux étatiques s'arrêtent au profit de la compétence des arbitres et il revient à ces derniers d'ordonner les mesures d'instruction y compris l'expertise si cela est nécessaire et il n'y aura donc pas d'utilité de recourir au juge pour désigner un expert afin de conserver les preuves.

⁶⁹¹ - En ce sens, voir cass. 1^{ère} civ., 29 avril 1985, *Bull. civ. I* n°131; cass. 2^{ème} civ., 25 novembre 1987, *Bull. civ. II* n°245.

⁶⁹² - Cass. 2^{ème} civ., 22 avril 1992, *Bull. civ. II*, n°137.

⁶⁹³ - Cass. Com., 18 février 1986, *Bull. civ. IV* n°26.

⁶⁹⁴ - Cass. 2^{ème} civ., 8 février 2006, *Bull. civ. II* n°44 précité.

⁶⁹⁵ - Cass. 2^{ème} civ., 14 mar 1984, *Bull. civ. II*, n°49.

⁶⁹⁶ - Cass. com., 8 février 2005, *Bull. Civ IV* n°22, *RTD. Civ.* 2005 p.384, obs Mestre et fages.

§2 – Le recours à la preuve par expertise

567. Lorsque les arbitres estiment la nécessité de recourir à une mesure d’instruction exécutée par un expert, il leur incombe de prendre toutes les mesures afin de mettre en œuvre cette expertise. A cet effet, la preuve par expertise devra d’abord être déclenchée. Ce déclenchement se concrétise premièrement par une décision en vertu duquel les arbitres ordonnent l’expertise, deuxièmement par la nomination des experts et troisièmement par la détermination de l’objet de l’expertise. Ainsi, nous traiterons d’abord du déclenchement de la preuve par expertise (A) pour ensuite traiter de l’objet de cette preuve (B).

A – Le déclenchement de la preuve par expertise

568. Afin de commencer la réalisation de la mesure d’instruction qui sera effectuée par un expert, les arbitres prononcent dans un premier temps une décision dans laquelle il est affirmé que cette expertise est ordonnée (1) puis, dans un second temps, il y aura nomination des experts qui auront la mission d’accomplir l’expertise ordonnée (2).

1) La décision ordonnant l’expertise

569. Lorsqu’une expertise est ordonnée, une décision est généralement prononcée contenant tout ce qui peut être attaché à cette expertise (a). Cependant, comme toute autre décision, la décision ordonnant une expertise peut faire l’objet de recours (b).

a) Le contenu de la décision ordonnant l’expertise

570. Aux termes de l’article 263 du code de procédure civile, *l’expertise n’a lieu d’être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation seraient insuffisantes pour éclairer le juge (ou l’arbitre)*. Ainsi, lorsque les arbitres estiment nécessaire d’ordonner une expertise, ils ne tardent pas à désigner un expert qui a pour mission de transmettre les explications suffisantes pour la résolution du litige.

Cependant, comme on a déjà dit, ordonner une expertise n’est pas obligatoire pour les arbitres mais facultatif de sorte qu’ils pourront refuser une telle mesure. Il en résulte que le pouvoir de décision revient au seul tribunal qui peut accepter la demande d’une partie et désigner un expert ou à l’inverse rejeter cette demande. Ainsi, et suite à cette souveraineté d’appréciation, le tribunal, s’il ordonne une mesure d’instruction exécutée par un expert, possèdera toute la liberté de commettre un expert de son choix sans être tenu par l’accord des parties. Il est libre de choisir une personne qui lui paraît la plus compétente pour exécuter cette mission. Dans ce

cadre, lorsque les arbitres ordonnent une expertise, ils rendent une décision dans laquelle se trouvent plusieurs énonciations. Ainsi, selon l'article 265 du code de procédure civile, la décision relative à l'expertise doit contenir les motivations que les arbitres ont retenues pour ordonner l'expertise, le nom de l'expert commis, la mission confiée à l'expert et enfin le délai donné à l'expert pour achever sa mission. Si les motivations et les noms des experts ne posent aucun problème, il nous faut par contre traiter de la mission donnée à l'expert et du délai qui lui a été donné pour exécuter son travail. A cet effet, on examine pour le moment le contenu de la mission de l'expert pour laisser le délai pour un autre paragraphe⁶⁹⁷.

571. En ce qui concerne la mission donnée à l'expert, le contenu de cette mission détermine en premier chef le domaine des compétences de l'expert c'est-à-dire que l'expert ne peut en principe répondre à aucune autre question que celles définies par la décision de sa désignation sauf si les parties se sont mises d'accord pour lui confier une mission supplémentaire attachée à la mission principale. A ce propos, il a été jugé que l'expert ne peut être rémunéré que pour les opérations dont il est chargé⁶⁹⁸. Il est donc nécessaire que la mission donnée à l'expert soit suffisamment précise dans son objet et toute mission confiée en des termes vagues et généraux ne doit être admise qu'après que l'une des parties ou l'expert lui-même demanderont au tribunal la détermination exacte de la mission⁶⁹⁹.

A propos de ces dernières dispositions, elles sont, dans leur grande partie, semblables à ce qui est répandu en Common Law spécialement en Angleterre où le tribunal peut désigner deux sortes d'expert : le premier est l'expert commun et unique désigné par le tribunal suite à une autorisation des parties et le second est l'expert nommé « assesseur » désigné par le tribunal à côté des experts de chacune des parties. Pour le premier expert c'est-à-dire l'expert commun et unique, ce sont les parties qui, selon l'article 35-8 des Civil Procedures Rules, déterminent les missions de cet expert⁷⁰⁰. Mais, pour l'assesseur, il revient exclusivement au tribunal, selon l'article 35-15 de Civil Procedure Rules, de préciser lui-même les missions assignées au technicien⁷⁰¹. Dans tous les cas, qu'elle soit déterminée par le tribunal ou par les parties, la mission de l'expert doit être établie avec précision afin qu'aucune ambiguïté ne se pose ultérieurement. Dans ce cadre, lorsque c'est au tribunal de déterminer l'étendue de la mission

⁶⁹⁷ - Voir infra, Délai de l'expertise, n°613 et s.

⁶⁹⁸ - Cass. 2^{ème} civ., 17 novembre 1982, Bull. civ. II, n°146.

⁶⁹⁹ - J. Debeaurain, « Les caractères de l'expertise civile », *D.* 1979 *chron.*, p.145.

⁷⁰⁰ - Article 35-8 de Civil Procedure Rules : Lorsqu'en vertu de l'article 35-7 la cour désigne un expert unique et commun, chaque instructing party (partie) doit donner ses instructions à l'expert.

⁷⁰¹ - Article 35-15 de Civil Procedure Rules : L'assesseur doit dans le procès assurer la partie que la cour lui indique.

de l'expert, il le fait soit dans la décision qui ordonne cette mesure soit il la précise dans une audience ultérieure⁷⁰². L'important est que la mission confiée au technicien soit précise de sorte qu'elle n'entraîne pas d'équivoque.

b) Le recours contre la décision ordonnant l'expertise

572. La décision qui ordonne une expertise est qualifiée d'une décision avant dire droit. Cela entraîne une conséquence très importante qui signifie que cette décision ne peut faire l'objet d'un recours qu'avec la sentence définitive au fond et non pas isolément. Elle n'est donc pas susceptible de recours immédiat. Ainsi, l'article 150 du code de procédure civile énonce ce principe qui dit que *la décision qui ordonne ou modifie une mesure d'instruction n'est pas susceptible d'opposition ou d'appel ou de pourvoi en cassation indépendamment du jugement sur le fond [...]*. Cela signifie que les parties sont tenues d'attendre le prononcé de la sentence arbitrale pour qu'elles puissent recourir contre la décision ordonnant l'expertise devant les juridictions d'appel ou de cassation.

573. Cependant, selon l'article 272 du même code, la décision qui ordonne une expertise peut, contrairement aux dispositions de l'article 150, *être frappé d'appel indépendamment du jugement sur le fond, sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime*. On se demande alors dans quelles mesures l'article 272 du code de procédure civile peut être appliqué dans l'instance arbitrale. Sans aucun doute, les parties, qui ont renoncé à la compétence des tribunaux étatiques pour confier à des arbitres la mission de trancher leur litige, trouvent que le recours au premier président de la cour d'appel fasse revivre la compétence des juridictions étatiques de sorte qu'il existe déjà un juge d'appui qui contrôle le déroulement de la procédure arbitrale et maintenant c'est le tour du premier président de la cour d'appel qui doit donner l'autorisation de recourir contre la décision d'expertise. Cela ne peut certainement faire satisfaction aux plaideurs. A notre avis, le passage par le premier président de la cour d'appel est inutile dans l'arbitrage surtout que les plaideurs souhaitent que leur litige soit tranché rapidement. Nous pensons qu'un recours immédiat devant le tribunal arbitral doit être admis sans même saisir le juge d'appui. Cette solution vaut parce que la compétence du tribunal arbitral doit être en priorité sur la compétence des tribunaux étatiques. A cet effet, les plaideurs peuvent saisir le tribunal arbitral pour s'opposer à la décision qui a ordonné l'expertise et il revient à celui-ci de trancher la demande. Cependant, si le tribunal arbitral confirme toujours sa décision, dans ce cas les

⁷⁰² - R. Genin-Méric, « Mesures d'instruction exécutées par un technicien, intervention du technicien dans l'instruction du litige », *JCl procédure civile*, fasc. 660.

parties peuvent, à notre avis, saisir le juge d'appui dont son rôle est subsidiaire dans cette matière pour trancher définitivement la contestation. Ainsi, contrairement à ce qui a été dit à propos de l'article 150 qui ne permet pas aux parties de recourir contre la décision ordonnant l'expertise, les parties peuvent dès lors et à tout moment s'opposer contre cette décision et devant le tribunal arbitral.

2) La nomination de l'expert

574. Avant de traiter les différentes modalités de nomination des experts (b), il nous faut envisager le déroulement de cette nomination dans chacun des différents systèmes juridiques ainsi que dans l'arbitrage international (a).

a) La nomination de l'expert dans les différents systèmes juridiques et dans l'arbitrage international

575. Comme on l'a déjà dit, l'expertise constitue la mesure d'instruction qui est souvent utilisée dans une procédure arbitrale lorsque les arbitres ne possèdent pas les compétences nécessaires pour décider à propos des faits litigieux. S'agissant de la méthode de nomination des experts suivie dans les pays de droit civil, les mesures d'instruction en général peuvent être ordonnées, selon l'article 143 du code de procédure civile, soit à la demande des parties soit d'office par le tribunal. Les parties ne possèdent que la possibilité de déposer une demande afin que le tribunal examine les motivations pour décider si cette mesure sera ordonnée ou non. Ainsi, le juge ou l'arbitre apprécie la pertinence de cette demande en s'appuyant sur les éléments de preuve que possède la partie qui a sollicité l'expertise. Dans ce cas, s'il trouve qu'il n'est pas nécessaire d'ordonner une expertise, il rejette la demande.

A cet effet, l'article 146 du code de procédure civile rappelle *qu'en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve*. C'est dire que lorsque les parties détiennent des preuves suffisantes ou si elles peuvent par une simple recherche apporter ces preuves, le tribunal ne peut pas recevoir une demande pour ordonner une expertise. De même, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner cette mesure même en présence d'un accord entre les parties dès lors qu'il estime que les preuves présentées suffisent pour statuer ou s'il considère qu'une telle mesure est inutile et n'apporte rien de nouveau au procès. Ainsi, le tribunal apprécie d'une manière souveraine le besoin d'ordonner ou non une expertise.

Cependant, comme le relève l'article 143 précité, rien n'empêche à l'arbitre de décider d'office d'ordonner une expertise même en l'absence d'une demande provenant des parties. Dans ce cas aussi, le tribunal possède un large pouvoir pour apprécier l'opportunité de recourir à une telle mesure.

Ainsi, lorsque l'arbitre décide d'ordonner une expertise, que ce soit d'office ou suite à une demande des parties, il détient d'un libre choix dans la nomination de l'expert. Ce principe est consacré dans l'article 232 du code de procédure civile qui dispose que *le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien*. Cette liberté paraît entière dans le choix du technicien commis pour exécuter l'expertise et les parties ne peuvent jamais imposer un expert de leur choix même si elles s'accordent à ce propos. Dans ce dernier cas, il reste à l'arbitre la faculté de désigner toute autre personne de son choix. C'est donc au seul arbitre, responsable de la bonne administration de la justice, qu'appartient le choix de l'expert. Cette disposition demeure le principe dans les pays de droit civil et rien ne peut influencer sur sa décision même l'accord des parties ou de leurs conseils⁷⁰³.

576. Cependant, ce pouvoir souverain ne doit pas être absolu. En effet, si l'article 232 du code de procédure civile donne à l'arbitre un choix libre de l'expert, l'article 233 du même code impose à l'arbitre de choisir un expert en raison de sa qualification. Sans doute, pour que l'arbitre désigne un expert, il ne peut choisir une personne qu'en appréciant ses compétences et ses connaissances dans les faits qu'il doit examiner. Dès lors, on ne peut pas imaginer que les arbitres choisissent une personne qui ne connaît rien dans la matière du litige. Mais s'ils le font, ils commettront une faute avec laquelle leur responsabilité sera engagée envers les parties qui leur ont confié la mission de trancher le litige par leurs connaissances ou, dans le cas échéant, par l'avis technique d'un expert qui revient à eux la charge de le désigner en appréciant sa compétence et ses connaissances professionnelles. Il en résulte que le tribunal arbitral choisit librement un technicien mais à la condition qu'il possède les qualités professionnelles suffisantes pour résoudre les questions techniques qui lui sont posées⁷⁰⁴. En définitive, l'expertise dans la tradition civiliste repose sur l'avis d'un expert désigné par le tribunal et exécute la mission sous le contrôle des arbitres.

⁷⁰³ - M. Caratini, « De quelques propositions tendant à améliorer l'expertise judiciaire », *Gaz. Pal.* 1984 doct, p.216 ; J.-C. Dubarry et E. Loquin, « L'unité du régime de l'arbitrage judiciaire, *RTD com.* 1994 p. 481.

⁷⁰⁴ - Cass. 2^{ème} civ., 20 février 1964, *Bull. civ.* II n°168.

Au contraire, dans les pays de Common Law, l'expertise privée est généralement très répandue de sorte que chacune des parties a le droit de choisir ses propres experts et, par suite, produire leur rapport d'expertise comme élément de preuve dans l'instance et parfois présenter les experts choisis pour une phase d'interrogation comme des témoins. Ainsi, les parties paraissent pour les experts comme étant leurs maîtres d'œuvre qui leur prescrivent un plan détaillé du travail qu'ils doivent accomplir.

Le principe dans la Common Law consiste donc à ce que les parties choisissent librement leurs experts – principe selon lequel il est admis que l'expert constitue un témoin (expert-témoin) que les parties font comparaître durant l'audience pour soutenir leur thèse⁷⁰⁵. Les parties seront alors responsables de leur choix et supportent toutes les conséquences du travail de l'expert et de ses appréciations qu'elles soient des conséquences favorables ou non⁷⁰⁶.

577. Cependant, afin de réduire les frais et parfois les délais, les parties peuvent s'accorder pour proposer un expert commun. A cet effet, après avoir reçu un nom d'un expert sur lequel les parties sont d'accord, l'arbitre le désigne alors comme expert unique et commun (single joint expert selon l'article 35-7 des Civil Procedure Rules anglais). A cet effet, l'une des deux choses : soit les parties s'accordent sur le nom d'un expert commun, soit les parties ne sont pas d'accord sur un expert commun. Dans le premier cas c'est-à-dire lorsque les parties ont choisi un nom d'expert, le tribunal ne peut rejeter leur choix parce qu'il résulte d'un accord des parties qui l'ont choisi en raison de ses compétences et de son indépendance et impartialité vis-à-vis des deux parties. En revanche, si les parties ne sont pas d'accord, il appartient alors au tribunal de faire ce choix soit d'une liste que les parties ont établie ensemble soit selon un mode qu'il semble adéquat au tribunal. Tout cela en vertu de l'article 35-7 des Civil Procedures Rules anglais qui dispose que *lorsque les instructing parties (les parties) ne parviennent pas à s'entendre sur l'identité de l'expert, la cour peut a) sélectionner un expert sur une liste préparée ou identifiée par les instructing parties b) ordonner que l'expert soit sélectionné de la manière qu'elle indique.*

578. Néanmoins, hormis les cas dans lesquels il revient aux parties de nommer les experts, le tribunal a aussi la faculté de désigner des experts de son initiative sans que les parties les proposent. Ce sont les « Court Assessors » c'est-à-dire les assesseurs nommés par la cour afin

⁷⁰⁵ - Voir infra, Le statut de l'expert dans l'arbitrage international, n°650 et s.

⁷⁰⁶ - Cet expert peut être désigné par le conseil de la partie ou, rarement par la partie elle-même si elle possède les capacités techniques pour faire ce choix.

de lui apporter des éclaircissements sur toute question technique qui lui paraît ambiguë⁷⁰⁷. Dès lors, les tribunaux choisissent l'expert en prenant en compte le critère le plus important qui est celui de la compétence et de la connaissance dans la matière litigieuse.

579. En revanche, en ce qui concerne l'arbitrage international, comme tout autre sujet, l'expertise est une source de divergence entre tradition civiliste et tradition anglo-saxonne. Ainsi, dans toutes les étapes de l'expertise, en particulier dans la nomination des experts, une différence très nette est marquée. De ce fait, comme on a vu, la preuve par expertise, qui porte sur des questions techniques, ne connaît pas une seule méthode de nomination des experts mais deux principales façons sont envisageables lorsque le tribunal arbitral ne dispose pas des connaissances suffisantes ou des éléments de preuve lui permettant de statuer: soit le tribunal arbitral nomme les experts, soit la mission est laissée à chacune des parties pour désigner son ou ses propres experts. A ce stade, tout dépend de la convention d'arbitrage conclue entre les plaideurs surtout la partie concernant l'administration de la preuve par expertise. Dès lors, si les parties s'accordent pour appliquer une loi qui appartient à la tradition civiliste, un expert neutre sera nommé par le seul tribunal arbitral. En revanche, s'il est prévu que les règles de Common Law s'appliquent, les parties peuvent ainsi nommer leurs experts. Dans tous les cas, il revient aux parties de choisir la méthode avec laquelle les experts seront nommés et à défaut de choix, c'est aux arbitres de régler la question.

580. Sur le plan pratique, la nomination des experts dans l'arbitrage international ne peut être à l'abri de l'opposition entre la tradition civiliste et la tradition de Common Law de sorte que les divergences ne peuvent pas être dépassées. La manière anglo-saxonne consiste à ce que les parties nomment leurs experts. Cela a pour effet d'alourdir l'instance arbitrale de fait que les experts des deux parties présentent chacun un rapport contenant des avis contradictoires avec les avis de l'expert de l'autre partie. De même, la manière civiliste a aussi pour inconvénient que les parties ne soient pas satisfaites par les résultats de l'expert nommé par le tribunal, ce qui peut pousser les parties à demander des contre-expertises ou le plus souvent l'annulation de l'expertise.

Concrètement, la nomination des experts dans une instance arbitrale internationale se fait souvent par un cumul des pratiques des deux systèmes de sorte que chacune des parties désigne son propre expert qui procède à l'examen des faits litigieux et à son tour le tribunal arbitral désigne un expert indépendant dans le cas où il considère qu'une contradiction existe

⁷⁰⁷ - F. Pinchon, op.cit., p.87.

entre les experts des parties ou lorsque leurs résultats ne l'ont pas éclairé. Ainsi, comme le relève un auteur⁷⁰⁸ : «*Nulle objection ne peut être soulevée contre ce mode de preuve si un expert est cité comme témoin par une des parties comme il advient dans la procédure anglaise et nulle objection ne pourrait être soulevée non plus si l'arbitre recourt à un expert après y avoir été formellement autorisé par les parties* ». C'est dire que chaque tradition possède ses propres caractéristiques qui ne ressemblent pas aux autres traditions.

A cet effet, les parties donnent souvent aux arbitres un pouvoir pour qu'ils puissent désigner des experts s'ils l'estiment nécessaire. Mais, si les parties n'ont pas donné ce pouvoir exprès aux arbitres, il n'est pas acceptable d'énoncer avec un auteur⁷⁰⁹ que les arbitres doivent s'abstenir de nommer des experts de leur propre initiative. A notre avis, c'est un droit implicitement donné aux arbitres afin de mieux comprendre les questions techniques soulevées dans les faits litigieux. Plusieurs règlements d'arbitrage confirment notre pensée tel l'article 20-4 du règlement de la CCI qui dispose que *le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, nommer un ou plusieurs experts, définir leur mission et recevoir leurs rapports*. De même, l'article 29 du règlement CNUDCI énonce que *le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts indépendants chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera*. Ces dispositions doivent certainement être appliquées lorsque les parties choisissent un règlement contenant de telles règles.

En revanche, si les parties ont prohibé expressément le tribunal de désigner des experts, les arbitres devront respecter la volonté des parties et ne pas désigner des experts parce qu'elles désirent que le litige sera résolu par les seules connaissances des arbitres.

b) Les modalités de nomination des experts

581. Afin de nommer un expert, il se peut qu'il y ait recours à plusieurs modalités : la première consiste à consulter les listes qui proposent les noms des experts ; la seconde consiste à vérifier que l'expert possède la capacité nécessaire pour accomplir la mission et la troisième concerne le nombre des experts qui doivent être nommés pour réaliser l'expertise.

582. D'abord, pour ce qui concerne le choix de l'expert d'une liste des experts, que ce soit dans les pays de droit civil ou dans les pays de Common Law, bien que des listes d'experts soient établies pour aider les cours à choisir les experts, celles-ci ne sont jamais tenues à consulter ces listes mais elles peuvent désigner des experts figurant hors listes. Ainsi, l'article

⁷⁰⁸ - R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, op.cit., p.416.

⁷⁰⁹ - R. David, idem.

1 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques énonce que [...] *les juges peuvent désigner, pour réaliser une expertise, une personne figurant sur l'une des listes établies par les cours d'Appel et la cour de cassation mais ils peuvent, le cas échéant, désigner toute autre personne de leur choix*. Des listes semblables aux listes des cours d'Appel et de la cour de cassation existent aussi dans la Common Law mais il s'agit des listes privées c'est-à-dire établies par les syndicats ou les associations privées telles que les listes établies par The Law Society of the Solicitors body et les listes de l'Academy of Experts rassemblant les experts afin d'établir un code de conduite commun etc. Ces listes ne sont jamais imposées aux juges. Cela signifie que les listes contenant les noms des experts n'ont aucun monopole et ne peuvent en aucun cas obliger les juges d'en prendre en considération.

En revanche, si les cours ne sont pas tenues de choisir un expert d'une liste, à plus forte raison les parties ne le sont pas non plus quand il revient à elles de désigner leurs experts que ce soit dans une instance étatique ou dans une instance arbitrale interne ou internationale. Dès lors, aucune autre condition, autre que la compétence et la connaissance professionnelle, ne peut s'imposer ni aux arbitres ni aux parties lorsqu'ils effectuent leur choix des experts.

583. Ensuite, en ce qui concerne la capacité de l'expert choisi, si la connaissance professionnelle est exigée avant tout chez l'expert, cette exigence n'est pas suffisante et le fait que l'expert soit un spécialiste dans le domaine de l'expertise demandée ne suffit pas non plus. L'expert doit encore avoir une connaissance à propos du déroulement de cette expertise. En d'autres termes, l'expert doit connaître les règles selon lesquelles l'expertise se déroulera telles que la convocation des parties, la contradiction et l'égalité des parties etc. Toutes ces règles doivent être respectées pour qu'elles ne forment pas une cause de nullité de l'expertise.

Ainsi, dans le choix de l'expert, que ce soit par les parties ou par le tribunal arbitral, il faut prendre en compte, son niveau de compétence et son expérience dans l'accomplissement des expertises ainsi que ses connaissances professionnelles concernant les questions à examiner. En définitive, l'expert est selon certains auteurs⁷¹⁰ *«une personne fort versée dans la connaissance d'une chose par la pratique, ou plus simplement comme un connaisseur»*. Il en

⁷¹⁰ - A. Debeaurain, G. Fau, R. Porte, « Guide de l'expertise judiciaire et de l'arbitrage », in *Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, 1990, p.97.

résulte que toute personne, apte à remplir les conditions qu'on a citées, puisse être nommé comme expert selon le principe de libre choix donné au tribunal et aux plaideurs.

584. Cependant, bien que la compétence et les connaissances existent chez l'expert, certaines personnes ne peuvent pas être nommées comme experts même si elles possèdent les compétences et les connaissances nécessaires: d'une part, les personnes ayant fait l'objet d'une incapacité ou de condamnation et, d'autre part, les personnes chargées d'une mission dans la procédure arbitrale, tel que le secrétaire de l'institution arbitrale ou un arbitre, ne peuvent elles aussi recevoir la qualité d'expert pour accomplir une expertise dans l'instance arbitrale dans laquelle ils travaillent. De ce fait, des cas d'incompatibilité peuvent parfois naître pour empêcher certaines personnes à exécuter une expertise.

Ces interdictions ont une double motivation : d'un côté pour laisser le procès à l'abri de toute influence provenant d'une des personnes qui remplissent des fonctions dans l'arbitrage en cours et, d'un autre côté, pour laisser le procès à l'abri de tout examen technique réalisé par des personnes qui ont perdu leur crédibilité suite à une condamnation. A cet effet, les arbitres doivent être prudents dans leur choix des experts et ils doivent même contrôler le choix des experts par les parties lorsque celles-ci procèdent à la nomination de leurs propres experts. A noter toutefois que ce contrôle ne doit dans aucun cas limiter le principe de libre choix que possèdent les parties dans la nomination des experts.

585. Enfin, la question qui doit toujours être posée est celle du nombre des experts qui peuvent être désignés. La réponse à cette question fait l'objet de l'article 264 du code de procédure civile selon lequel un seul technicien doit en principe être désigné. Cet article concerne sans doute l'expert désigné par le tribunal arbitral. Mais en admettant que dans l'arbitrage international les parties peuvent aussi nommer des experts, il est alors accepté d'étendre les dispositions de cet article sur les experts des parties et énoncer par suite que chaque partie n'a recours en principe qu'à un seul expert.

En pratique, le tribunal laisse chaque partie désigner son expert puis, s'il trouve que leurs avis sont contradictoires, il nomme son expert qui tranche la contradiction entre les deux rapports. Ainsi, pour une économie de temps et des frais, il est préférable que chacune des parties présente son propre et unique expert qui reçoit ses honoraires du plaideur qui l'a désigné pour par suite laisser au tribunal, s'il l'estime nécessaire, la libre décision de commettre un expert indépendant.

Cependant, si le principe énonce qu'un seul expert est nommé, rien n'empêche que plusieurs experts soient nommés dans le cas de nécessité. En d'autres termes, lorsque l'affaire présente une difficulté ou une complexité de sorte qu'un seul expert ne peut seul procéder, il se peut que plusieurs experts soient nommés pour traiter les questions techniques compliquées. A cet effet, l'article 265 du code de procédure civile consacre cette solution et permet de désigner plusieurs experts pour résoudre les points techniques qui ont besoin de l'avis de plusieurs techniciens.

De ce fait, à l'instar de l'article 264 précité, les dispositions de l'article 265 du code de procédure civile peuvent aussi s'étendre pour s'appliquer à la preuve par expertise dans un arbitrage international. Par suite, les parties et les arbitres sont ainsi autorisés à désigner plusieurs experts lorsqu'ils estiment que cela est indispensable pour s'éclairer à propos des questions techniques litigieuses⁷¹¹.

Néanmoins, cette dernière solution présente plusieurs inconvénients. Le plus important d'abord réside dans la perte de temps bien que les parties souhaitent arriver à la solution de leur litige dans les plus brefs délais. A cet effet, surtout dans l'arbitrage international dans lequel un cumul entre la tradition civiliste et la tradition de Common Law se réalise quant à la nomination des experts, il y aura certainement des comparutions pour un interrogatoire et un contre-interrogatoire pour les différents experts désignés par les parties ; ce qui contribue parfois à prolonger les termes de l'arbitrage qui ne peut jamais être considéré dans l'intérêt des parties. Ensuite, dans les cas où plusieurs experts sont désignés, les frais de cette expertise seront sans doute élevés parce que chacune des parties désigne ses experts et le tribunal arbitral peut aussi désigner des experts indépendants ; ce qui a pour effet de doubler et parfois tripler les coûts pour avoir une preuve par expertise.

⁷¹¹ - Il est utile de dire que lorsque les experts sont plusieurs, ils doivent procéder collectivement pour accomplir la mission qui leur est été confiée.

B – L’objet de la preuve par expertise

586. En principe, l’expert doit accomplir ce qui est demandé dans la mission qui lui a été confiée. Il est donc nécessaire que l’expert connaisse bien l’étendue de sa mission (1) afin de ne pas empiéter sur les pouvoirs du tribunal arbitral (2).

1) L’étendue de la mission de l’expert

587. Lorsque l’expert commence à réaliser la mission qui lui a été demandée, il se peut qu’il ait besoin d’accomplir certaines vérifications qui n’ont pas été prescrites dans la décision qui a ordonné l’expertise. Une extension de la mission de l’expert doit donc être ordonnée (a) pour englober certaines missions spécifiques que l’expert réalisera (b).

a) L’extension de la mission de l’expert

588. Comme on l’a déjà vu, l’article 265 du code de procédure civile énonce que la décision qui ordonne l’expertise doit contenir les chefs de la mission de l’expert. Ainsi, l’expert doit accomplir la mission telle qu’elle est prononcée dans la décision. En plus, il doit donner son avis sur les points pour l’examen auquel il a été commis et seulement sur ces points et il ne doit répondre à aucune autre question.

Cette dernière disposition fait l’objet de l’article 238 du code de procédure civile qui est considérée le principe que l’expert doit respecter tout au long de l’expertise et qui lui prohibe de dépasser les limites de la mission qui lui a été confiée. Il ne doit donc donner son avis que sur les questions expressément posées par la mission. Par conséquent, en aucun cas il ne saurait en principe être demandé à l’expert de sortir de sa mission et d’accepter de répondre à des points étrangers à sa mission initiale. A cet effet, si l’expert réalise des investigations non demandées, il y aura donc une annulation de ce qui a été fait hors de sa mission et parfois l’annulation de toute l’expertise si elle constitue une entité qu’on ne peut pas diviser.

589. Cependant, au cours de l’expertise, il peut arriver que la réalisation de certaines investigations, qui n’étaient pas prescrites dans la décision nommant l’expert, s’avère nécessaire pour accomplir le reste de la mission. L’alinéa 2 de l’article 238 du code de procédure civile répond à cette nécessité en énonçant *qu’il ne peut répondre à l’autre question sauf accord écrit des parties*. Ainsi, il revient aux parties qui sont les maîtresses du procès et de toute la procédure le pouvoir de s’accorder pour étendre la mission de l’expert pour lui donner une mission au-delà de ce qui a été prévu.

Néanmoins, à notre avis, même si un tel texte législatif tel que l'alinéa 2 de l'article 238 est absent, les parties dans un arbitrage possèdent toujours la faculté de s'accorder sur des conventions concernant les preuves afin d'admettre ou de restreindre certains éléments de preuve. Elles peuvent *à fortiori* s'accorder pour donner à l'expert un pouvoir plus large afin d'exécuter sa mission complètement. Dès lors, peu importe la forme de l'accord des parties ; cet accord peut être exprès et par suite consigné par écrit et signé par toutes les parties comme il peut être tacite et résulter de leurs comportements.

En plus de cette disposition, l'article 236 du code de procédure civile dispose que *le juge qui a commis le technicien ou le juge chargé du contrôle peut accroître ou restreindre la mission confiée au technicien*⁷¹². Sans aucun doute, bien que l'arbitre puisse se prévaloir des dispositions de ce texte pour étendre la mission de l'expert, les parties peuvent aussi revenir à l'arbitre dans le cas où celui-ci n'a pas procédé à cette extension de sa propre initiative pour lui demander d'accroître la mission lorsqu'elles sentent qu'elle ne peut pas être accomplie sans que des vérifications supplémentaires soient réalisées. Ainsi, si l'une des parties estime indispensable que l'expert réalise des investigations qui n'ont pas été prévues par la décision initiale qui a ordonné l'expertise, elle pourra soit se mettre d'accord avec la partie adverse afin d'accroître la mission de l'expert (on sera alors dans les dispositions de l'article 238 précité) soit, dans le cas de désaccord entre les parties, elle pourra demander à l'arbitre d'étendre la mission de l'expert pour englober des vérifications supplémentaires.

Egalement, lorsque l'expert estime que sa mission devra être élargie pour procéder à des investigations nécessaires pour continuer son travail, il informe le tribunal des difficultés qui l'empêchent de poursuivre sa mission et il relève une demande sollicitant l'extension de sa mission pour examiner un point qui n'entre pas dans cette mission.

b) Des missions spéciales données à l'expert

590. Parmi les missions spéciales qu'un expert pourra connaître, on retrouve, d'une part, la vérification des écrits et l'inscription de faux et, d'autre part, la réalisation d'une expertise à l'étranger.

591. En ce qui concerne la vérification des écrits et l'inscription de faux, il se peut que durant l'instance arbitrale la signature d'un document ou son contenu soit déniée ou contestée. A cet

⁷¹² - Cet article dérive du principe posé par l'article 149 du code de procédure civile qui dispose que le juge peut à tout moment accroître ou restreindre l'étendue des mesures prescrites.

effet, s'il s'agit d'un acte authentique, il devra y avoir une procédure d'inscription de faux⁷¹³. Mais, s'il s'agit d'un acte sous seing privé, il y aura alors une vérification d'écriture⁷¹⁴.

Cependant, comme on l'a dit plus haut, lorsqu'une partie estime qu'un acte est argué de faux, le tribunal arbitral ne peut pas lui-même reconnaître une procédure d'inscription de faux. Il doit dans ce cas surseoir à statuer et renvoyer les parties au juge compétent afin de trancher cet incident (article 1470 alinéa 2 du code de procédure civile). Le juge peut dans ce cas statuer à l'aide des titres, des témoins ou par expertise. Ainsi, lorsque le juge estime nécessaire de nommer des experts, il le fera et c'est donc une mesure d'expertise qui se déroule dans une instance étatique qui ne nous intéresse pas parce qu'elle n'est ni ordonnée par le tribunal arbitral ni exécutée dans une procédure arbitrale.

Mais ce qui nous intéresse le plus c'est la vérification d'écriture parce qu'aux termes de l'alinéa premier de l'article 1470 du code de procédure civile, *sauf stipulation contraire, le tribunal arbitral a le pouvoir de trancher l'incident de vérification d'écriture ou de faux conformément aux dispositions des articles 287 à 294 et de l'article 299*. A cet effet, comme on l'a déjà mentionné, les arbitres peuvent être choisis en raison de leurs compétences professionnelles de sorte qu'ils peuvent parfois être tantôt des experts et tantôt des arbitres. Ce qui leur permet d'accomplir des missions qui, en principe doivent être confiées à des techniciens. De ce fait, au moins l'un des arbitres peut être un expert d'écriture qui pourra vérifier l'acte contesté et le comparer avec d'autres documents pour apprécier la sincérité des écritures qu'il contient. Mais à défaut de présence d'un expert au sein du tribunal arbitral, les arbitres pourront, avec les connaissances qu'ils possèdent, comparer les différentes écritures présentées à l'instance. De même, ils pourront entendre des témoins si cela paraît nécessaire.

Cependant, quand les arbitres ne sont pas suffisamment éclairés d'une part par les documents qu'ils ont eux-mêmes vérifiés et comparés et, d'autre part, par les déclarations des témoins, ils peuvent recourir à une expertise. Cette expertise consiste à appeler un homme spécialisé dans la connaissance des écritures pour leur donner son avis à propos de l'état matériel de la pièce contestée⁷¹⁵. L'expert procède alors à la comparaison de l'écriture déniée avec d'autres écritures émanées des parties surtout du défendeur qui a intérêt de prouver que le document n'est pas faux et, par suite, l'expert sera en mesure de dresser un rapport contenant son avis à

⁷¹³ - Voir supra, L'inscription de faux, n°204 et s.

⁷¹⁴ - Voir supra, La vérification d'écriture, n°215 et s.

⁷¹⁵ - E. Bonnier, op. cit., p.540.

propos de la pièce contestée. Le tribunal arbitral pourra dans ce cas trancher le litige soit en statuant sur le rapport d'expertise soit sur d'autres modes de preuve.

592. En revanche, il se peut que dans certains cas la preuve par expertise doive être réalisée sur un territoire autre que celui de l'arbitrage. En effet, lorsqu'il s'agit d'une mesure d'instruction ordonnée dans le cadre d'une instance étatique, il y aura alors recours aux conventions bilatérales ou multilatérales qui régissent la recherche de la preuve à l'étranger. La convention de La Haye est l'une de ces conventions qui unit plusieurs Etats. Selon cette convention, les juridictions des Etats signataires peuvent agir pour chercher des preuves se trouvant sur le territoire d'autres Etats signataires. Ainsi, les Etats membres de cette convention peuvent, par une commission rogatoire ou par un agent commissaire, apporter ou procéder à la recherche d'un élément de preuve dans le territoire d'un autre Etat sans nécessité de se soumettre à des formalités pour ordonner la recherche. Cependant, pour les autres Etats, ils devront être autorisés chaque fois qu'ils devront apporter une preuve se trouvant dans un pays qui n'est pas membre à cette convention.

Dès lors, si les juridictions des Etats étrangers à la convention de La Haye devront être autorisées au préalable, qu'en est-il pour un tribunal arbitral international ? En fait, comme on l'a dit, les arbitrages internationaux ne possèdent ni une législation permanente ni un territoire permanent sur lequel le tribunal arbitral prend son siège. De ce fait, les tribunaux arbitraux internationaux ne sont pas considérés appartenir à aucun Etat et par suite, ils ne sont pas concernés par les dispositions de la convention de La Haye même lorsque le siège et la procédure de l'arbitrage sont empruntés d'un Etat membre à cette convention. Il en résulte qu'un tribunal arbitral international ne peut pas désigner un expert pour exécuter une mission hors de son siège.

Cependant, dans un arbitrage international, il est reconnu aux parties le droit de nommer leurs propres experts. C'est donc une sorte d'autonomie des parties dans la recherche des preuves qui énonce que la charge de la preuve est incombée sur les parties (art. 9 CPC) et elles doivent apporter leur concours pour la manifestation de la vérité (art.11 CPC). Ainsi, puisque les parties peuvent nommer leurs experts, ceux-ci peuvent alors procéder à l'exécution des investigations hors du siège de l'arbitrage à condition qu'aucun obstacle n'arrête leur mission tel que le refus d'une personne de communiquer à l'expert un document qu'il possède ou le refus d'une personne de permettre à l'expert de la partie d'accéder aux endroits pour examiner les lieux litigieux. En plus, à supposer que les parties n'ont pas le droit de désigner des experts

officiels, ils ont certainement tout le droit de désigner des experts officieux qui, comme les autres experts, exécutent la mission que leur client leur a confiée. Ces experts officieux peuvent aussi réaliser une expertise à l'étranger sauf dans le cas où un obstacle est apparu comme c'est le cas avec les experts officiels des parties.

A cet égard, dans le cas où les experts des parties se heurtent à des difficultés, ils devront se retourner vers leurs parties pour que celles-ci relèvent la situation au tribunal arbitral. Dans ce cas, si les arbitres estiment que l'expertise à l'étranger doit être réalisée, ils nomment un expert de leur choix pour que celui-ci exécute l'expertise à l'étranger. Après la nomination de l'expert, le tribunal arbitral devra recourir au juge d'appui parce que ce juge est seul compétent pour communiquer avec les autorités étrangères. Ainsi, le juge d'appui apprécie la demande du tribunal arbitral et s'il la considère pertinente et motivée, il sera en mesure de contacter ses homologues dans l'Etat où se trouve le fait à examiner. A cet effet, si les autorités étrangères acceptent que l'expert nommé réalise l'expertise, il le fera alors sans difficulté parce qu'il aura l'aide des autorités pour exécuter sa mission. Cet expert sera par suite obligé de présenter un rapport, contenant tout ce qu'il a vérifié, à chacune des parties pour qu'elles puissent le commenter. En plus, rien n'empêche que les experts des parties accompagnent l'expert nommé par le tribunal dans toute sa mission sur le territoire de l'Etat hôte.

Mais dans le cas où les autorités de l'Etat étranger refusent d'accueillir l'expert nommé par le tribunal arbitral, il y aura dans ce cas une seconde solution qui consiste à exécuter l'expertise par une commission rogatoire désignée par les juridictions étrangères. Ainsi, cette commission vérifie les faits et transmet son rapport à son juge pour que celui-ci l'envoie à son homologue dans le siège de l'arbitrage (juge d'appui) afin que ce juge le transmette au tribunal arbitral et aux parties. C'est donc tout à fait comme la preuve littérale et la preuve par témoin dans lesquelles le tribunal arbitral doit toujours recourir au juge d'appui pour trancher tout incident qui apparaît au cours de l'administration de la preuve surtout la recherche des preuves à l'étranger.

2) Les limites de la mission de l'expert

593. D'une manière générale, il appartient exclusivement aux arbitres qui ont été désignés par les parties le pouvoir de trancher le litige. Cependant, dans le cas où un expert est désigné pour exécuter une mission purement technique, les arbitres doivent toujours veiller à

ce que cette mesure ne constitue pas une délégation de leurs pouvoirs juridictionnels spécialement le pouvoir de dire le droit (a) et le pouvoir de concilier les parties (b).

a) La mission de l'expert concerne uniquement les faits et non le droit – l'expert donne un avis technique et non juridique

594. Aux termes des dispositions de l'article 143 du code de procédure civile, *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*. Sans aucun doute, le mot « faits » utilisé au début de cet article signifie bien qu'aucune mesure d'instruction ne peut porter sur une question de droit. La mission attribuée à l'expert ne doit alors jamais porter sur des questions de droit mais seulement sur des recherches techniques. C'est donc un grand principe qui date depuis longtemps selon lequel le juge ou l'arbitre ne peuvent pas déléguer leurs pouvoirs de dire le droit mais ils peuvent charger l'expert d'accomplir des recherches portant uniquement sur des problèmes de fait⁷¹⁶. Ce grand principe est rappelé dans l'article 238-3 du code de procédure civile qui énonce que *l'expert ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique*⁷¹⁷. Ainsi, lorsque l'arbitre désigne un expert pour l'éclairer sur une question de fait, il ne peut lui confier qu'une mission purement technique. Les questions posées à l'expert ne peuvent alors être d'ordre juridique parce qu'il revient au seul arbitre le pouvoir de statuer sur le droit conformément à la volonté des parties qui consiste à donner à l'arbitre et seulement à celui-ci le pouvoir d'établir des réponses juridiques à leur litige. L'arbitre ne peut donc charger l'expert pour statuer à sa place et dire qui a raison et qui a tort. Ainsi, il a été jugé que le juge ne peut confier à l'expert la mission de donner un avis sur la qualification juridique d'un contrat mais cette mission revient exclusivement au tribunal parce qu'elle relève d'une question de droit⁷¹⁸. Par conséquent, les problèmes juridiques relèvent de la compétence de l'arbitre qui est le seul maître de l'application de la règle de droit.

Cependant, si l'expert ne peut pas être chargé d'une mission d'ordre juridique, l'arbitre peut toujours lui confier de rechercher des documents en particulier des conventions et des actes qui lient les parties sans toutefois le pouvoir de les interpréter ou de les qualifier ou de dire qu'elle a été la vraie intention des parties contractantes. Cette dernière mission relève sans doute du pouvoir de l'arbitre.

⁷¹⁶ - A. Debeaurain, G. Fau et R. Porte, op. cit., p.156.

⁷¹⁷ - Dans cette perspective, voir H. Marganne, « L'expert judiciaire et le droit, à propos de l'article 238 NCPC », *JCP* 2007, n°3, 17 janvier 2007, I, 103, p. 20.

⁷¹⁸ - Cass. Com, 11 mars 1968, Bull. civ. IV n°101.

En plus, bien qu'il ne puisse donner un avis juridique, l'expert peut toujours être attribué de rechercher des lois, des règlements ou des usages répandus dans certains pays surtout que le tribunal arbitral n'est pas tenu de connaître toutes les règles appliquées dans tous les pays et, dans ce cas, il sera nommé expert juridique. Dans tous les cas, même si sa mission consiste à rechercher des règles juridiques, cela ne donne pas à l'expert, qui est seulement désigné pour fournir un avis technique, le pouvoir de trancher le litige à la place des arbitres qui possèdent seuls ce pouvoir juridictionnel. Il en résulte que le technicien doit s'abstenir de formuler un avis juridique sous peine de voir son expertise annulée. Par conséquent, c'est aux arbitres de bien déterminer la mission de l'expert qui ne doit contenir aucune demande d'avis juridique. Ainsi, une interdiction naît et consiste à interdire le tribunal de déléguer son pouvoir juridictionnel à l'expert.

595. Les arbitres doivent aussi veiller à ce que la mesure ordonnée ne porte pas une délégation déguisée de leurs pouvoirs. A cet effet, lorsque les arbitres confient au technicien le soin de définir lui-même sa mission, il y a donc une délégation de leur pouvoir. De même, il est prohibé aux arbitres d'octroyer à l'expert la mission de rechercher tous les éléments de faits pour qu'ils puissent enfin trancher le litige en s'appuyant sur son avis. Cette dernière délégation consiste à placer l'expert à la place des plaideurs à qui il revient de présenter les éléments de preuve pour permettre au tribunal de statuer et rendre leur sentence arbitrale. Il en résulte que l'arbitre qui désigne un expert doit éviter tout genre d'ambiguïté pour, d'une part, ne pas paraître avoir transféré ses pouvoirs juridictionnels au technicien qu'il a commis et, d'autre part, respecter les termes de la convention d'arbitrage qui, dans la plupart des cas, définit et précise la mission de l'expert.

596. De même, l'interdiction pour l'expert de connaître des questions d'ordre juridique n'est pas limitée seulement aux opérations qu'il réalise au cours de l'expertise mais aussi elle s'impose à lui lorsqu'il fait élaborer son rapport. En effet, il ne doit mentionner dans son rapport aucun avis, ni aucune appréciation d'ordre juridique. La mission de dire le droit appartient exclusivement aux arbitres qui sont seuls responsables de répondre aux questions juridiques et de donner une solution au procès. Ils doivent par conséquent s'abstenir de déléguer à l'expert une mission portant sur des questions qui relèvent de leurs pouvoirs juridictionnels. C'est en définitif par une mission qui est correctement rédigée et confiée à l'expert qui ne contient aucun doute sur ses pouvoirs que celui-ci doit uniquement connaître des opérations et des appréciations purement et exclusivement techniques et matérielles.

b) Conciliation

597. Le second pouvoir qui ne peut pas être délégué à l'expert c'est de concilier les parties. La conciliation constitue l'un des prérogatives que l'arbitre pourrait, au fur et à mesure de l'avancement du procès, le proposer aux parties afin de trouver une solution amiable à leur litige. Ce pouvoir ne peut pas être donné à l'expert parce que celui-ci n'a qu'une mission déterminée qui consiste uniquement à vérifier des faits. Cette interdiction de concilier les parties est consacrée dans l'article 240 du code de procédure civile qui dispose que *le juge ne peut donner au technicien la mission de concilier les parties*. Appliqué à l'arbitrage, l'arbitre ne peut dans aucun cas déléguer à l'expert qui l'a désigné la mission de concilier les parties et, dans tous les cas, l'expert ne peut pas dépasser la décision définissant sa mission pour procéder à une conciliation. L'expert ne peut donc sortir de son rôle technique de spécialiste pour rechercher des solutions en amiable pour le litige des parties.

Mais, si l'expert ne peut pas reconnaître la mission de concilier les parties, cela ne peut pas signifier que cette conciliation ne puisse pas avoir lieu devant l'expert. En fait, au cours des opérations que l'expert exécute, il se peut que des possibilités de transaction apparaissent sans que l'expert et les parties aient l'intention de les envisager. Dès lors, suite aux résultats affichés par l'expert, les parties seront incitées à se rapprocher et il n'est pas rare dans ce cas que les parties arrivent à un accord mettant fin à leur différend. Hormis ce cas de rapprochement, les parties, maîtresses de leur procès et de leurs droits, peuvent toujours se concilier d'elles-mêmes lors du déroulement de l'expertise même lorsque les résultats de l'expertise ne portent aucun espoir d'un accord avant le prononcé de la sentence arbitrale. Ainsi, quelle que soit la cause, lorsque les parties se concilient, l'expert doit déclarer que sa mission est devenue sans objet parce qu'il n'y a rien à poursuivre de fait que le litige est fini avec l'accord des parties⁷¹⁹. A cet effet, dépourvu de concilier les parties, l'expert ne connaît non plus la mission d'établir le document constatant l'accord des parties, mais il revient à celles-ci cette mission sans l'intervention de l'expert.

Cependant, il faut mentionner que l'expert ne peut pas suspendre ses travaux sans que les parties se soient effectivement conciliées. Ainsi, même si les parties ont informé l'expert qu'elles réalisent des pourparlers de transaction, cela ne peut porter l'expert à arrêter les opérations qu'il est en train de faire. Par conséquent, seule une conciliation complète rend la mission de l'expert sans objet.

⁷¹⁹ - Article 281 du code de procédure civile.

Deuxième chapitre – L’administration de la preuve par expertise dans l’arbitrage international

598. Lorsqu’une décision d’expertise est prononcée contenant en détail toutes les modalités de sa réalisation, l’expert n’a d’autre choix que de commencer son travail, à moins qu’il n’accepte pas la mission lui a été confiée. Ainsi, l’expertise sera déclenchée et par suite se pose la question de l’administration de la preuve par expertise dans l’instance arbitrale. A ce propos, l’expert désigné pour accomplir la mission d’expertise détient un rôle qui consiste à trouver à chaque question technique une réponse adéquate. Mais, bien qu’il soit demandé de l’expert de rechercher des solutions techniques, celui-ci ne doit en aucun cas sortir des principes fondamentaux dessinés tant pour la procédure arbitrale en général que pour la procédure d’expertise en particulier. Cependant, à côté du rôle important que joue l’expert, le tribunal arbitral et les parties peuvent toujours agir afin d’aider l’expert dans la réalisation de sa mission afin d’arriver aux résultats attendus.

599. En revanche, après l’accomplissement de l’expertise, celle-ci devra faire l’objet d’une évaluation. A cet effet, comme pour toutes les preuves admises dans l’arbitrage international, l’expertise devra être évaluée. Mais à l’encontre des autres preuves, l’évaluation de la preuve par expertise se caractérise par la présence de deux étapes : dans la première, le comportement de l’expert sera apprécié pour vérifier s’il a bien accompli sa mission tandis que dans la seconde étape, les résultats de l’expertise seront évalués afin de connaître la force probante de la preuve par expertise réalisée.

Ainsi, l’administration de la preuve par expertise dans l’arbitrage international commence d’abord par la mise en œuvre de l’expertise (section 1) pour ensuite procéder à l’évaluation de la preuve par expertise (section 2).

Première section – La mise en œuvre de la preuve par expertise

600. A l'issu de l'organisation des différents points concernant la réalisation des opérations d'expertise et surtout la nomination de l'expert, celui-ci doit réaliser la mission qui lui a été confiée jusqu'à ses termes dans le cas où il accepte de l'accomplir. A cet effet, l'expert doit être soumis à certaines obligations qui paraissent indispensables pour une bonne exécution de l'expertise. Cependant, en contrepartie des obligations incombées sur l'expert, certains pouvoirs lui seront contribués afin d'effectuer la mission d'expertise et arriver par suite aux résultats attendus. Mais, l'expert n'est pas le seul qui détient des pouvoirs, le tribunal arbitral et les parties possèdent eux aussi certaines prérogatives dans la matière d'expertise surtout dans le cas où les pouvoirs de l'expert n'ont pas été suffisants pour réaliser les différentes vérifications qui relèvent de sa compétence. Il en résulte que chacun des intervenants de l'arbitrage à savoir les parties, les arbitres, le juge d'appui et l'expert, jouent un rôle important dans le déroulement de l'expertise.

Ainsi, pour envisager la mise en œuvre de l'expertise, il nous faut traiter, dans un premier paragraphe, des obligations incombées sur la charge de l'expert (§1) et, dans un second paragraphe, le rôle de chacun des intervenants de l'arbitrage dans le déroulement des opérations d'expertise (§2).

§ 1 – Les obligations incombées sur l’expert

601. Lorsqu’une mission d’expertise est proposée à l’expert, l’une des deux choses : soit il accepte de l’accomplir soit il la refuse. Mais, à partir du moment où l’expert affirme son acceptation, il ne peut dès lors réaliser les opérations d’expertise sans être soumis à quelques obligations. Ainsi, certaines de ces obligations sont formelles c'est-à-dire qui régissent la forme de l’expertise (A) tandis que certaines autres obligations constituent des obligations qui régissent le fond de cette mesure d’instruction (B).

A – Les obligations de forme

602. Afin que la mission d’expertise soit bien accomplie, plusieurs obligations formelles s’imposent à l’expert. A cet effet, alors que certaines de ces obligations sont incombées directement sur l’expert (1), certaines d’autres sont attachées à la mission d’expertise elle-même (2).

1) Les obligations de forme attachées à l’expert

603. Comme toute autre fonction judiciaire, un expert choisi pour accomplir une mission technique doit prêter serment avant de débiter sa mission (a). Ce serment sera par suite suffisant pour que l’expert accomplisse sa mission avec indépendance et impartialité (b).

a) Serment de l’expert

604. Après la désignation de l’expert, par le tribunal arbitral ou par les parties, la question qui doit être posée concerne son serment. D’emblée, énonçons que l’obligation de prêter serment par l’expert est disposée dans la majorité des lois des pays. Ainsi il est pour l’article 979 du code judiciaire belge, l’article 193 du code de procédure civile italien et l’article 410 du ZPO allemand.

Mais en France, l’article 1467 du code de procédure civile dispose que *le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment*. En se référant à ce texte, on pense directement aux experts désignés par les parties. Ces experts seront entendus par le tribunal arbitral en vertu de ce qu’on appelle l’interrogation qui contient l’interrogation directe et le contre interrogatoire. Dans ce cas, les arbitres peuvent entendre les experts sans que ceux-ci prêtent le serment selon l’article 1467 précité.

605. Cependant, s’il est prévu que les experts ne se comparent pas pour l’interrogation, ils seront alors tenus de déposer un rapport écrit. A cet effet, l’article 1467 ne peut pas être

appliqué parce que les experts ne sont pas entendus mais seulement leur rapport sera alors examiné. Dans cette hypothèse, le tribunal pourra imposer aux experts le serment. Il détient dans cela d'une libre appréciation pour décider s'il est nécessaire que les experts prêtent serment. Si les arbitres estiment que le serment des experts est indispensable, ils procèdent alors à leur faire prêter serment. Dans ce dernier cas, lorsque l'expert est choisi d'une liste officielle établie par exemple par la cour d'Appel, il sera alors dispensé du serment parce qu'il est déjà assermenté avant de recevoir la mission dans l'arbitrage. De même, si l'expert choisi est assermenté dans sa profession, il suffit de faire référence au serment prêté initialement. Mais si les experts choisis n'ont pas précédemment prêté serment, ils doivent donc le faire « *entre les mains des arbitres* »⁷²⁰ si ces derniers l'estiment nécessaire. C'est ici qu'apparaît le pouvoir des arbitres qui consiste à imposer aux experts de prêter serment s'ils ne l'ont pas prêté auparavant⁷²¹.

Cette analyse s'applique aussi sur les experts indépendants du tribunal qui ne sont pas soumis à la phase de l'interrogation mais ils déposent un rapport dans lequel ils répondent aux questions techniques posées. Si ces experts sont déjà assermentés, il est donc inutile de prêter serment sinon les arbitres peuvent leur proposer le serment. Ainsi, dans le cas où le serment est imposé aux experts, il peut être fait au début des opérations ou parfois avant de déposer le rapport selon que les arbitres décident à ce propos. L'important ici est qu'un seul serment suffit c'est-à-dire si l'expert a prêté serment au début de l'expertise, il n'est pas obligé de le répéter lors du dépôt du rapport parce qu'une fois le serment est prêté par l'expert, celui-ci doit accomplir toute sa mission jusqu'à l'établissement de son avis.

Dans tous les cas, l'expert qui n'est pas obligé d'accepter cette mission, peut avant de commencer sa mission ou avant de prêter serment, obtenir le dossier et les documents concernant les faits litigieux pour qu'il puisse examiner au préalable la situation afin qu'il donne une réponse définitive de son acceptation ou de son refus de la mission confiée à lui.

b) Impartialité et indépendance de l'expert

606. Aux termes de l'article 237 du code de procédure civile, *le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité*. Cet article se trouvant dans

⁷²⁰ - J. Boulez, op. cit., p.255.

⁷²¹ - A. Abou Wafa, *L'arbitrage volontaire et forcé*, Maison des publications universitaires 2008, p. 254; K. Ghosn, op.cit.,p.117.

le code de procédure civile français concerne sans doute l'expert choisi par le tribunal et qui est indépendant de toutes les parties.

Cependant, dans l'arbitrage international, comme on l'a dit précédemment, les parties peuvent aussi nommer un expert qui examine les faits et exécute sa mission sous le seul contrôle de la partie qui l'a désigné. Cet expert ne peut certainement pas remplir les exigences de l'article 237 précité parce qu'il est désigné par la volonté d'une seule partie. De ce fait, lorsqu'on parle d'un expert qui doit être impartiale et indépendant, on doit directement penser à l'expert nommé par le tribunal. Ainsi, l'expert du tribunal doit obéir à certaines obligations telles que l'indépendance et l'impartialité.

A cet effet, l'expert qui n'est pas l'auxiliaire des parties mais du tribunal parce qu'il est nommé par lui doit être tenu comme celui-ci de respecter toutes les règles qui assurent l'égalité entre les parties et les droits de chacune d'elles. C'est ainsi qu'il ne doit pas déroger aux règles d'impartialité et d'indépendance destinées initialement aux arbitres et s'imposent de la même manière à l'expert choisi par ceux-ci. De même, ces obligations s'imposent aussi à l'expert unique et commun qui a fait l'objet d'un accord entre les parties et dont le tribunal a pris une décision de l'accepter comme expert.

607. Cependant par une simple vue des termes de l'article 237 du code de procédure civile, seule l'impartialité est mentionnée sans l'indépendance (article 237 : le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité). Est-ce que cela signifie que l'impartialité est autre chose que l'indépendance ?

En fait, l'impartialité est une notion large qui peut contenir l'indépendance de sorte que l'article 237 utilise un terme général qui cumule entre les deux obligations. Ainsi, « *l'indépendance peut être considérée comme une composante de l'impartialité* »⁷²² qui à son tour constitue « *la conséquence de l'indépendance* »⁷²³. L'indépendance est donc une chose apparente qui peut être constatée par vision tandis que l'impartialité réside dans l'esprit et ne peut être connue sans la révélation de son auteur. Mais, bien qu'aucun doute ne subsiste que l'on puisse trouver une personne d'une part indépendante et partielle et d'autre part dépendante et impartiale, tout revient alors à la conscience de l'expert qui doit prévaloir sur toute autre critère.

⁷²² - L. Moriet-Haïdara, « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », *D.* 2008, p.2635.

⁷²³ - G.Rousseau et P. De Fontbressin, *op.cit.*, p.76.

Ainsi, lorsqu'il est commis, l'expert doit accomplir sa mission avec une complète impartialité et une indépendance totale de sorte qu'il doit donner son avis en toute conscience et objectivité. Dans tous les cas, l'expert doit toujours être indépendant de tout ce qui peut influencer son avis que ce soit une pression ou une autre manière d'influence. A ce propos, si une personne a déjà consulté l'expert dans une affaire quelconque, cet expert ne doit pas accepter d'être expert dans une affaire dans laquelle cette personne est l'une des parties à l'instance même si l'objet de l'affaire est différent de celui de la consultation parce que même si l'expert a la conscience d'être indépendant, l'autre partie ne le considère pas comme tel.

De même, l'impartialité signifie que l'expert doit être toujours neutre vis-à-vis des parties parce qu'il exécute sa mission pour la manifestation de la vérité et non pas pour les parties. Il ne doit donc tenir compte que des intérêts de la justice et non de l'une des parties. Il doit alors s'abstenir de tout contact avec l'une des parties sans que l'autre partie ait connaissance et cela jusqu'à ce que sa mission arrive à son terme.

En revanche, dans le cas où l'expert ne respecte pas l'impartialité, la récusation sera l'un des moyens que possèdent les parties pour s'opposer à la partialité de l'expert. Cependant, les parties ne peuvent pas récuser l'expert lorsqu'elles souhaitent mais c'est au tribunal qu'il revient d'apprécier le comportement de l'expert. Ainsi, si le tribunal trouve qu'il existe un moindre doute, comme lorsqu'il est prouvé que l'expert est consulté toujours par la société qui est une partie à l'instance, il procède directement à le récuser. En plus, l'expert doit de lui-même révéler tout ce qui peut le rendre partial parce que s'il ne le fait pas, l'expertise en général et surtout le rapport peut subir la nullité.

2) Les obligations de forme attachées à la mission d'expertise

608. Après avoir accepté la mission qui lui a été confiée, l'expert doit l'accomplir personnellement (a) dans les délais qui lui ont été impartis (b).

a) L'expert doit accomplir personnellement la mission d'expertise

609. Lorsqu'un expert est désigné, cela signifie qu'une grande confiance est mise en sa personne pour procéder aux opérations d'expertise et par suite trancher les questions techniques soulevées. Il s'ensuit qu'il a été choisi pour réaliser lui-même la mission qui lui a été confiée. Il doit alors accomplir sa mission personnellement sans qu'il ait le droit de renommer quelqu'un pour remplir la mission à sa place. C'est à partir de l'article 233 du code de procédure civile que *le technicien, investi de ses pouvoirs en raison de sa qualification,*

doit remplir personnellement la mission qui lui a été confiée. Ainsi, l'expert, choisi surtout parce qu'il détient des compétences nécessaires pour trancher les questions techniques, ne peut sous-traiter à quelqu'un d'autre la mission qui lui a été attribuée. De ce fait, il est parfaitement légal d'énoncer que l'expert est désigné *intuitu personae*, que ce soit par le tribunal arbitral ou par les parties, de sorte qu'il ait avant tout la confiance de celui qui l'a choisi. Il ne doit donc pas laisser aux tiers le soin de réaliser une mission qui lui a été donnée en raison d'abord de ses qualités puis de sa personnalité. Dès lors, à l'instar des arbitres qui ont reçu des parties la mission de trancher le litige et qui ne peuvent pas transférer cette mission à des tiers, nul ne peut imaginer que les experts peuvent se décharger sur quelqu'un d'autre lorsqu'ils acceptent la mission pour que celui-ci accomplisse la mission sauf dans le cas où ce recours aux tiers s'avère indispensable.

La mission doit alors être personnellement exécutée par l'expert que le tribunal arbitral ou les parties ont seul le pouvoir de le choisir. De ce fait, s'il procède à déléguer sa mission, ce sera sans doute une dérogation au pouvoir des arbitres et des plaideurs et cela peut même constituer une infraction au serment que l'expert a prêté pour accomplir la mission jusqu'à son terme. Par conséquent, seraient nuls le rapport et par suite l'expertise exécutée par une personne autre que l'expert qui a été désigné pour accomplir les investigations sollicitées même si ce rapport est signé de l'expert désigné.

610. Néanmoins, bien que l'article 233 du code de procédure civile dispose que l'expert doit remplir personnellement la mission qui lui a été confiée, il a toujours été admis que l'expert a la faculté de confier certains travaux matériels à des personnes qui l'aident à accomplir sa mission à condition qu'elles travaillent sous son contrôle et sous sa responsabilité. En d'autres termes, selon une jurisprudence constante, l'article 233 précité ne condamne pas le technicien qui confie à des collaborateurs des tâches matérielles à condition cependant que ceux-ci présentent des garanties nécessaires et travaillent sous son contrôle et sa responsabilité⁷²⁴.

Cette jurisprudence constante a été ensuite consacrée par l'article 278-1 du code de procédure civile créé par le décret du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom⁷²⁵. Ainsi, l'article 278-1 énonce que *l'expert peut se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité*. Dès lors, l'expert

⁷²⁴ - CA Rouen 1^{ère}, 15 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1986 somm, p.285 ; cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°98-13.347, inédit.

⁷²⁵ - Décret n°2005-1678, 28 décembre 2005, J.O. 29 décembre 2005, p.20350.

dans l'arbitrage peut se prévaloir de cet article et choisir des personnes pour l'aider dans sa mission dont leur rôle reste secondaire par rapport à celui de l'expert qui les a choisis⁷²⁶. Dans tous les cas, il revient à l'expert d'encadrer et vérifier leur travail afin qu'il soit conforme à la mission qui lui a été demandée et, par conséquent, il doit toujours conserver la responsabilité des résultats engendrés par le fait de ses collaborateurs.

Cependant, bien que la loi autorise l'expert à être aidé par des collaborateurs, à notre avis, dans un arbitrage international, l'expert, choisi *intuitu personae* en raison de sa compétence professionnelle, doit toujours revenir aux parties ou au tribunal pour demander leur accord afin de désigner des personnes qui l'aident dans des travaux mineurs et purement matériels. A défaut, il peut être récusé ou au plus voir son expertise annulée pour cause qu'il n'a pas accompli personnellement les opérations qui lui ont été confiées. En plus, même dans le cas où l'expert est autorisé expressément pour désigner des collaborateurs, l'expertise sera nulle si ces derniers ont accompli la totalité de la mission qui a été initialement attribuée à l'expert parce que dans ce cas, les parties ou les arbitres auraient dès le début nommé d'autres techniciens pour procéder à l'examen des faits litigieux qui sont soumis à l'expert.

611. Cependant, hormis le cas dans lequel l'expert choisit des personnes pour l'aider à remplir sa mission, il se peut que, lors du déroulement de l'expertise, l'expert rencontre une question qui est étrangère à ses compétences c'est-à-dire qui ne rentre pas dans son domaine de sorte qu'il ne peut pas continuer sa mission sans recourir à un autre spécialiste pour qu'il lui donne les réponses suffisantes à propos de ce point. En d'autres termes, bien qu'il ne puisse déléguer sa mission, l'expert peut avoir besoin de l'avis d'un technicien qui possède des connaissances techniques plus approfondies dans une branche que l'expert ne connaît pas lui-même c'est-à-dire dans une autre spécialité que la sienne. L'expert peut alors dans ce cas désigner ce spécialiste pour qu'il lui donne des éclaircissements dans les points qu'il ne peut pas trancher.

Le spécialiste qui est désigné pour éclairer l'expert principal est généralement nommé par le terme de « sapiteur ». Néanmoins, bien que ce terme ne soit pas rédigé expressément dans les textes de la loi, le recours à une telle personne est consacré par l'application de l'article 278 du code de procédure civile selon lequel *le technicien peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne*. Par application de ces dispositions, l'expert peut ainsi recourir à des personnes qualifiées afin de

⁷²⁶ - A cet effet, l'article 282-4 du code de procédure civile énonce que « lorsque l'expert s'est fait assister dans l'accomplissement de sa mission en application de l'article 278-1, le rapport mentionne les noms et les qualités des personnes qui ont prêté leur concours ».

compléter certaines vérifications à condition que ce soit des personnes n'ayant pas la même spécialité que lui.

Néanmoins, le recours à ce technicien est soumis à plusieurs conditions : en premier lieu l'expert principal ne doit pas connaître les réponses pour traiter la question technique qu'il a soulevée lors de ses investigations et, en second lieu, la résolution de cette question doit certainement passer par l'avis d'un homme spécialiste dans ce domaine pour que l'expert puisse continuer ses opérations.

612. En revanche, s'il est conseillé à l'expert de prendre l'accord des parties ou des arbitres lorsqu'il désire désigner des collaborateurs pour l'aider dans sa mission, ni la loi ni la jurisprudence n'imposent à l'expert d'être autorisé au préalable pour désigner un sapiteur. Ainsi, l'article 273 du code de procédure civile oblige uniquement l'expert à informer le juge de la désignation du sapiteur mais ne l'oblige pas à prendre son accord. De même, la cour de cassation a jugé que selon l'article 278 NCPC, il appartient à l'expert de prendre l'initiative de recueillir l'avis d'autre technicien dans les spécialités distincts de la sienne. Cela veut dire que lorsque l'expert choisit le sapiteur, il n'a pas besoin que le tribunal ou les parties acceptent tel ou tel nom mais seulement les informer.

Mais si l'expert n'est pas soumis à la condition de l'autorisation préalable, il reste en revanche soumis à une seule condition à savoir la compétence. A cet effet, il ne peut choisir qu'un sapiteur ayant des connaissances techniques qui répondent à la question soulevée et qui ne rentre pas dans son domaine. Ce critère est le seul qui doit être retenu sans même voir si le sapiteur est inscrit sur les listes officielles des experts. Il appartient en conséquence à l'expert de choisir librement un spécialiste pouvant lui apporter les éclaircissements nécessaires exigées pour continuer à effectuer les opérations qu'il a été lui-même principalement désigné pour accomplir. Néanmoins, il reste toujours tenu d'informer les parties et le tribunal de ce choix sans qu'il soit nécessaire de recevoir leur autorisation préalable.

A partir de ce qui précède, il résulte que le sapiteur n'a pas le même statut que l'expert principal. Dès lors, seul l'expert choisi par les parties ou par le tribunal peut faire récuser le sapiteur. En plus, ce dernier est payé directement par l'expert qui l'a nommé et non pas par les parties. D'où l'expert est en obligation de veiller lui-même au travail du sapiteur et doit toujours être responsable des conséquences de ses travaux.

Cependant, à notre avis, même s'il a le droit de ne pas prendre leur avis en compte, il est préférable que l'expert mette au courant les parties et le tribunal des difficultés qu'il a rencontrées qui justifient son choix de recours à un sapiteur parce qu'en fin de compte les parties sont les maîtresses du procès arbitral et c'est à elles qu'il appartient de procéder à tout moyen nécessaire pour la manifestation de la vérité. Ainsi, nous pensons que l'expert est toujours en mesure, et avant toute désignation d'un sapiteur, de prendre l'avis des parties et subsidiairement des arbitres bien que l'article 273 du code de procédure civile et la jurisprudence ne l'obligent pas à le faire. Notre pensée se justifie par deux raisons : d'une part, le rapport de l'expert doit contenir l'avis du sapiteur désigné et, d'autre part, cet avis doit être remis aux parties pour qu'elles le discutent contradictoirement. Tout cela afin que l'expert ne soit pas engagé en responsabilité envers les parties suite à l'avis du sapiteur.

b) Délai de l'expertise

613. Si l'expert est désigné pour accomplir une mission qui consiste à vérifier les faits et donner par suite un avis technique, l'expertise ne doit jamais être un obstacle qui peut retarder l'avancement du procès. A cet effet, l'expertise doit être exécutée dans des délais raisonnables avec lesquels la solution du litige ne doit pas être en retard. En effet, dans la plupart des pays, les lois ne contiennent aucune trace énonçant qu'un délai quelconque doit être imparti pour accomplir les opérations d'expertise. Les arbitres sont donc tenus de fixer eux-mêmes ce délai à l'expert pour qu'il accomplisse sa mission. Ainsi, comme les arbitres déterminent la mission des experts, ils doivent aussi dans la même décision fixer les délais dans lesquels l'expert fournit son rapport contenant son avis.

614. Cependant, dans l'arbitrage international, il n'est pas rare que les parties désignent elles mêmes leurs propres experts et, par suite, il n'est pas aussi rare que ces experts, désignés par les parties, ont déjà commencé leur travail avant que les arbitres prennent la décision qui ordonne une expertise et peut être même avant que le tribunal arbitral soit saisi. A ce stade, dans le cas où une partie de l'expertise est déjà réalisée, l'expert désigné par la partie garantit que son avis sera donné avant l'expiration du délai que les arbitres ont fixé et par suite le risque de voir le rapport refusé sera écarté de fait qu'il a été fourni dans les délais.

615. Mais le cas contraire peut apparaître c'est-à-dire que les délais qui ont été fixés à l'expert n'ont pas été suffisants pour qu'il accomplisse toute sa mission. Cette situation peut résulter soit de la fausse appréciation des arbitres à propos des délais qu'ils doivent être impartis soit de la faute des experts qui ont fait leur mission lentement sans compter les délais qui lui ont

été fixés pour achever leur travail. A cet effet, si l'expert estime que sa mission ne peut pas être finie dans les délais prévus, il peut, selon l'article 279 du code de procédure civile, notifier le tribunal arbitral de toutes les causes qui ont contribué à ce retard dans l'accomplissement de sa mission. Le tribunal arbitral peut, après examen des motifs de l'expert, proroger les délais qu'il a fixés préalablement. Dans ce domaine, il est préférable de ne pas fixer des longs délais même si les investigations sont complexes, mais des délais courts avec lesquels l'expert ne tarde pas à donner son avis et, s'il estime qu'ils ne sont pas suffisants, il demande de les proroger.

616. Cependant, dans le cas où l'expert n'a pas procédé aux opérations d'expertise ou lorsque l'expert refuse sans motif légitime de déposer le rapport, il y a certainement un dépassement des délais qui provoque des conséquences parfois graves pour les parties ou au moins pour la partie concernée. Le tribunal arbitral peut dans ce cas considérer que la partie n'a pas apporté une preuve de ce qu'elle allègue et par suite prendre le rapport de la partie adverse comme la seule preuve sur laquelle il constituera sa conviction.

Mais le tribunal arbitral ne doit pas directement recourir à cette solution. Il doit d'abord s'assurer de la réelle cause qui a empêché la partie à produire le rapport de son expert de sorte que s'il est prouvé que c'est par la faute de l'expert que le rapport n'a pas été fourni, le tribunal peut autoriser la partie à remplacer cet expert. Dans tous les cas, il doit être mentionné qu'un léger retard ne devra pas engendrer de graves conséquences même si le rapport a été déposé sans que les délais aient été prolongés. Dans cette perspective, il a été jugé que le dépôt du rapport par l'expert après le délai fixé et sans qu'une prolongation ait été accordée, n'est pas de nature à faire prononcer la nullité de l'expertise dès lors que le dépassement n'a pas été susceptible de nuire aux intérêts de la défense⁷²⁷.

De même, si l'expert indépendant désigné par le tribunal arbitral n'a pas respecté les délais qui lui sont impartis, les arbitres peuvent procéder au remplacement de cet expert soit d'office soit à la demande des parties après avoir entendu les justifications de l'expert récusé qui, dans ce cas, sera engagé en responsabilité envers les parties et pourra être condamné à payer des dommages-intérêts⁷²⁸.

⁷²⁷ - Cass. 1^{ère} civ., 9 février 1970, Bull. civ. I, n°48.

⁷²⁸ - Certainement, les arbitres ne peuvent pas sanctionner l'expert négligent mais il revient au juge de lui infliger les sanctions qu'il mérite.

B - Les obligations de fond

617. En plus des obligations formelles, d'autres obligations s'imposent à l'expert mais cette fois il s'agit des obligations de fond. Parmi ces obligations on retrouve d'une part le respect du secret professionnel (1) et, d'autre part, le respect du caractère contradictoire de la procédure (2).

1) L'expertise et le secret professionnel de l'expert

618. Après une description générale de la notion du secret professionnel dans un premier temps (a), nous nous pencherons dans un second temps sur l'examen du secret professionnel de l'expert (b).

a) Le secret professionnel en général

619. Le secret professionnel apparaît comme la principale dérogation au principe de la recherche de la vérité. En effet, bien que l'article 10 du code civil énonce dans l'alinéa 1 que tous doivent apporter leurs concours en vue de la manifestation de la vérité, le second alinéa admet la possibilité d'être exonéré de ce concours pour motif légitime. Dès lors, un privilège sera accordé à des personnes déterminées afin de les exclure de l'obligation de présenter toutes les preuves qu'elles ont en leur possession que ce soit des documents ou des informations. A cet effet, lorsqu'il existe un motif légitime, les éléments qui devront en principe servir de preuve cessent de jouer ce rôle.

620. Le secret professionnel constitue sans doute l'un des principaux motifs légitimes de l'article 10 du code civil. Ainsi, certaines personnes seront dispensées de révéler ce qu'elles possèdent. Parmi ces personnes, on retrouve les parties qui, en principe, subissent la charge de la preuve et elles doivent produire les preuves nécessaires pour soutenir leurs allégations. Mais, lorsque les parties possèdent des éléments qu'elles considèrent secrets ou confidentiels, ces éléments doivent rester à l'abri de toute production. C'est le cas lorsque le litige concerne une marchandise alimentaire dont son producteur considère qu'il ne peut pas révéler la manière de fabrication de cette marchandise parce qu'il est le seul fabricant d'un tel aliment.

De même, les avocats sont soumis à l'obligation de laisser en secret tout ce qui se rapporte à leur profession que ce soit des documents ou même des informations qui concernent l'un de leurs clients. Ainsi, la règle consiste à ce que l'avocat ne doit produire ni un document ni une information touchant de près ou de loin une divulgation qui lui par son client.

C'est aussi le cas du notaire qui est un officier public et la loi lui a confié à lui seul le pouvoir de rédiger les actes authentiques contenant les énonciations des parties contractantes qui parfois procèdent à des pourparlers devant le notaire avant l'élaboration du contrat. Le notaire détient à cet effet des documents et des révélations mais il n'a pas le droit de les produire dans une instance parce qu'il est soumis aux exigences du secret professionnel qui ne lui permettent pas de rendre témoignage et de produire les documents confidentiels. Il a donc l'obligation de se taire même en dehors de tout procès.

621. En revanche, le recours à l'arbitrage est justifié par la confidentialité de toute la procédure arbitrale et par suite les parties ont une garantie complète de ne pas voir révéler à des tiers ce qui se déroule dans leur arbitrage et même l'existence de leur litige. A cet effet, certains auteurs estiment qu'il existe une obligation implicite de confidentialité qui constitue la raison principale d'avoir un arbitrage⁷²⁹. Selon ces auteurs, tout ce qui est produit dans l'instance arbitrale ne peut être révélé par aucun des intervenants à l'arbitrage.

Néanmoins, d'autres auteurs estiment faire une distinction entre ce qui est créé initialement pour servir de preuve dans l'instance arbitrale et ce qui n'est pas créé pour former un élément de preuve ; mais au fur et à mesure que le procès avance il naît spontanément⁷³⁰. Pour les premiers éléments, selon ces auteurs, ils sont couverts par la confidentialité mais, pour les seconds ils ne le sont pas. Cependant, bien que l'unanimité soit absente dans la jurisprudence, les juridictions françaises, à l'encontre des juridictions anglo-saxonnes, tendent à consacrer un principe général de confidentialité qui englobe toute la procédure arbitrale⁷³¹.

A notre avis, l'instance arbitrale, qui est à l'origine créée par l'initiative des parties qui souhaitent résoudre leur litige loin des juridictions étatiques, devra se dérouler dans une atmosphère où le principe de secret et de confidentialité domine. Admettre le contraire, ce sera sans doute contraire à la volonté des parties qui se sont accordées, au moins implicitement, pour laisser leur arbitrage confidentiel. Ainsi, le tribunal doit prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver la confidentialité des documents et des déclarations et même des faits litigieux⁷³². Sans doute, l'expertise ne doit pas être étrangère à ces mesures

⁷²⁹ - E. Loquin, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », op. cit., p.323.

⁷³⁰ - Poudret et Besson, op. cit., p.315.

⁷³¹ - Malgré que l'article 1469 du code de procédure civile français impose uniquement la confidentialité du délibéré des arbitres.

⁷³² - le tribunal arbitral peut à cet effet s'inspirer des dispositions des règlements d'arbitrage surtout l'article 3(12) du IBA Rules selon lequel « tous les documents produits par une partie conformément aux règles IBA sur la production de preuve [...] doivent être gardés confidentiels par le tribunal arbitral et les parties, et ils doivent

pour assurer la confidentialité de tout ce qui est soumis à l'examen de l'expert qui ne doit pas révéler à des tiers ce qu'il a réalisé ou ce qu'il a vu durant l'accomplissement de sa mission.

622. Néanmoins, la présence des secrets peut former un obstacle devant la mission de l'expert désigné principalement pour recevoir tous les documents et toutes les informations nécessaires pour élaborer son rapport. En effet, dans certains cas, même lorsqu'un plaideur produit ce qu'il possède afin de les soumettre à l'examen de l'expert, cela ne peut se passer sans soumettre l'expert à une obligation de confidentialité en vertu de laquelle il doit être soumis à une obligation qui le rend tenu de respecter la confidentialité de tout ce qui s'est passé dans l'instance arbitrale.

b) Le secret professionnel de l'expert

623. Lors de l'accomplissement de sa mission, l'expert peut prendre connaissance des informations qui sont par nature couvertes par un secret professionnel ou un secret de fabrication. En principe, les parties ou les avocats peuvent refuser de produire des documents qui les considèrent confidentiels et même, elles peuvent refuser de permettre aux experts d'accéder aux endroits de leur travail pour des raisons de confidentialité. Mais à supposer que l'expert est autorisé à avoir ces documents ou de visiter les lieux de travail, il doit donc être soumis à une confidentialité dans ses plus hauts degrés. C'est alors pour assurer les droits des parties, et parfois des tiers, qu'une obligation de confidentialité doit être incombée sur l'expert pour laisser en secret tous les travaux qu'il a accomplis.

Cette obligation est consacrée dans l'article 244 du code de procédure civile qui a prohibé à l'expert de faire état dans son rapport des informations qu'il a eues durant sa mission mais qui ne rentrent pas parmi les questions qu'il devra trancher. Cette prohibition ne s'impose pas seulement à l'égard des parties qui ne doivent pas connaître les secrets des parties adverses, mais aussi à l'égard des tiers qui ne doivent connaître aucune information concernant la mission de l'expert et l'objet de cette mission. Ainsi, l'expert ne doit pas, d'une part, révéler dans son rapport des informations qui n'ont aucun rapport avec la mission qui lui a été confiée et, d'autre part, l'expert ne pourra en aucun cas informer des tiers de ce qu'il fait ou ce qu'il a appris lors du déroulement de l'expertise. L'expert est en définitif tenu d'une obligation de

être utilisés uniquement en relation avec l'arbitrage. Le tribunal arbitral peut ordonner toute mesure pour mettre en place des modalités de la confidentialité »

révéler dans son rapport seulement tout ce qui se rapporte à sa mission⁷³³. A cet effet, il a été jugé qu'une demande d'expertise pouvait être refusée si elle aboutissait à mettre la partie demanderesse en possession des secrets de fabrication de la partie adverse⁷³⁴.

Un raisonnement similaire doit exister en ce qui concerne le respect de la vie privée. En effet, l'article 247 du code de procédure civile prévoit que *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée*. Sans aucun doute, l'intérêt légitime peut concerner un secret attaché à la vie personnelle de l'une des parties à l'instance ou d'un tiers. Ainsi, la recherche des éléments de preuve doit être faite d'une manière licite et selon le principe de loyauté. De ce fait, une expertise réalisée d'une manière illicite doit être déclarée irrecevable et la sanction la plus adéquate sera sans doute le rejet de son rapport et l'annulation de toutes les opérations accomplies.

Il en résulte que l'expert doit veiller à respecter toutes les exigences nécessaires à l'établissement d'une expertise dont le rapport peut influencer sur la conviction des arbitres surtout que l'obligation du secret imposée à l'expert ne joue pas seulement durant ses travaux mais aussi après l'achèvement de ceux-ci. Sa violation a pour effet d'engager la responsabilité de l'expert que ce soit une responsabilité pénale ou civile ou même professionnelle envers les parties et parfois envers les tiers.

De même, le secret professionnel de l'expert s'étend au rapport émis par celui-ci et ne doit pas arriver à des personnes qui n'ont pas été des intervenants dans la procédure arbitrale. Ainsi, seules les parties au litige et le tribunal arbitral peuvent avoir connaissance du rapport et de son contenu. L'expert a donc l'obligation de ne pas divulguer à des tiers des énonciations mentionnées dans le rapport et à plus forte raison l'avis qui y est contenu sous peine d'engager sa responsabilité.

2) L'expertise et le principe de la contradiction

624. A l'instar des arbitres qui possèdent le pouvoir juridictionnel pour trancher le litige d'une manière contradictoire, l'expert doit aussi respecter ce principe lorsqu'il est appelé à trancher une question technique. A cet effet, nous traiterons d'abord de la soumission de

⁷³³ - Cependant, l'expert ne peut pas prendre le secret professionnel comme une cause pour ne pas révéler certaines constatations qui l'a fait lors de sa mission.

⁷³⁴ - Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 1984, Bull. civ. II n°49, précité.

l'expert au principe de la contradiction (a) puis des applications de ce principe par l'expert (b).

a) L'expert et le respect du principe de la contradiction

625. Aux termes de l'article 16 du code de procédure civile, *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.* Ces dispositions s'appliquent sans doute à toutes les phases de l'instance et plus particulièrement à la phase de l'administration de la preuve. Ainsi, qu'il s'agisse d'un document, d'une enquête, d'une constatation, d'une consultation ou d'une expertise, les parties doivent avoir le droit de se prononcer à propos de chacun de ces éléments. La preuve doit donc se faire dans le respect du principe de contradiction et cela sous le contrôle du tribunal qui doit assurer l'égalité entre les deux parties.

L'égalité des parties constitue la condition la plus importante pour établir un rapport de confiance entre les parties et le tribunal qui prend son pouvoir de leurs volontés. De ce fait, le caractère contradictoire de la procédure constitue la règle essentielle dès le déclenchement du procès jusqu'au prononcé de la sentence. Le tribunal doit donc veiller à ce que la contradiction soit respectée non seulement en donnant aux parties le droit de s'exprimer mais en tenant compte aussi de leurs remarques avant de rendre la décision⁷³⁵.

626. Cependant, si les textes s'adressent aux juges pour respecter la contradiction entre les parties, l'arbitre est toujours invité à appliquer ce principe. Ainsi, l'arbitre, comme le juge, détenant des pouvoirs juridictionnels qui consistent à résoudre un litige, doit en toutes circonstances respecter le principe de la contradiction. Il ne peut dès lors faire référence dans sa décision à des moyens que les parties n'ont pas débattus contradictoirement. La soumission de l'arbitre au principe de la contradiction est consacrée tant dans les lois nationales que dans les règlements d'arbitrage. Ainsi, il en est pour l'article 1510 du code de procédure civile français énonce que *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction* et l'article 182-3 du LDIP suisse qui

⁷³⁵ - Le principe de la contradiction est encore énoncé dans l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme qui énonce que le procès doit être toujours équitable entre les parties.

prescrit que *quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire*. De même les deux articles 15-2 et 20-2 du règlement CCI disposent que le principe de contradiction doit être respecté tout au long de la procédure arbitrale⁷³⁶.

A partir de ce qui précède, l'arbitre est tenu de respecter le principe de la contradiction surtout lorsqu'il procède à désigner un expert indépendant et neutre des deux parties. A cet effet, les parties ont le droit de s'exprimer sur le nom de l'expert et il est même préférable que l'arbitre prenne en considération les objections que les parties auraient à l'encontre de l'expert choisi. A ce propos, la jurisprudence constante sanctionne les décisions des arbitres dans lesquelles ils désignent des experts sans communiquer leurs noms aux parties. Ainsi, il a été jugé que *« s'il appartient aux arbitres d'ordonner toute mesures d'instructions qu'ils estiment nécessaires [...], il convient cependant que les parties puissent discuter les conclusions que les arbitres auront retirées de la mesure d'instruction et, qu'en outre, le nom du technicien auquel l'enquête a été confiée soit communiqué aux parties de sorte que celles-ci soient en mesure d'exercer leur droit de récusation prévu par l'article 234NCPC »*⁷³⁷.

627. Mais, si le tribunal arbitral est tenu comme le juge de respecter le principe de contradiction lors du choix de l'expert, cette imposition ne doit pas être étrangère à l'expert qui à son tour devra aussi respecter les principes fondamentaux de tout procès. Ainsi, bien qu'aucune disposition dans les lois et les règlements ne le consacre expressément, l'expert doit en toutes circonstances appliquer le principe de contradictoire et de l'égalité des parties. C'est le cas du règlement CCI qui prévoit dans l'article 20 précité que *l'arbitre entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande* mais qui ne prévoit aucune trace concernant le contradictoire en matière d'expertise.

Cependant, la doctrine estime que les principes de tout procès arbitral comprennent le droit d'être entendu et celui d'être informé des moyens de la partie adverse et notamment celui de se déterminer sur le choix de l'expert et le déroulement des opérations d'expertises. A cet effet, l'article 1-2-1 de la convention signée le 2 mai 2007 entre les Ordres des Barreaux et la Compagnie des Experts Judiciaires dispose que *l'expert veille à tout moment au respect du*

⁷³⁶ - Art. 15-2 : *dans tous les cas, le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendue*. Art. 20-2 : *après examen des écrits des parties et de toutes pièces versées par elles aux débats, le tribunal arbitral entend contradictoirement les parties si l'une d'elles en fait la demande*.

⁷³⁷ - Cass. 2^{ème} civ., 30 novembre 1978, *Rev arb.* 1979, p.355 ; CA Paris, 1^{ère} ch. Civ. 26 octobre 2000, *Rev. arb.* 2001 n°1, p.200 (1^{ère} espèce, affaire blanchetete).

contradictoire des opérations qu'il dirige notamment en ce qui concerne la communication des pièces et observations. De ce fait, la déontologie de l'expert consiste à lui imposer l'observation permanente du principe de la contradiction. Ainsi, l'expert qui tient sa mission du tribunal arbitral (lorsque les arbitres nomment un expert neutre et indépendant des deux parties), participe comme celui-ci au service de la justice. Il doit donc être soumis aux principes directeurs du procès en particulier à celui de la contradiction qui assure un procès équitable entre les parties. Par conséquent, il s'agit d'un principe fondamental qui doit être toujours appliqué dans toute procédure afin que les plaideurs aient connaissance de tous les éléments et de toutes les preuves produites dans l'instance.

b) Les applications du principe de la contradiction

628. Le respect de la contradiction ne doit pas rester théorique, mais l'expert doit recourir à tous les moyens pour que ce principe subisse une bonne application. L'une des applications du principe de la contradiction en matière d'expertise consiste à ce que l'expert doive convoquer les parties aux opérations qu'il réalise. De ce fait, pour que le principe de contradiction soit bien appliqué, les mesures d'instruction doivent être exécutées en présence de toutes les parties à l'instance arbitrale. Il en résulte que l'expert choisi par le tribunal arbitral ne peut statuer sur les éléments de fait et ne peut de même rendre son avis sans avoir invité les parties à s'en exprimer⁷³⁸.

L'obligation de convocation de toutes les parties doit s'étendre sur toutes les réunions que l'expert organise tout au long du déroulement de l'expertise et non seulement à la première réunion. Mais on se demande s'il est imposé à l'expert de convoquer les parties à chaque opération. En principe, l'expert doit appliquer toujours le principe de la contradiction quelle que soit l'opération réalisée. Mais en pratique, il paraît parfois difficile à l'expert de réaliser une investigation en présence de toutes les parties qui peuvent parfois être nombreuses si elles se présentent avec leurs conseils. Dans ce cas, l'expert peut informer les parties de cette situation dans une réunion préalable afin de prendre leur accord pour réaliser lui seul et sans la présence des parties les investigations qu'il désire exécuter. Dans tous les cas, l'expert est tenu de communiquer les résultats des opérations réalisées aux parties pour qu'elles puissent les commenter et présenter leurs observations que l'expert doit prendre en considérations⁷³⁹.

⁷³⁸ - Cass. 2^{ème} civ., 20 décembre 2001, Bull. civ. 2001, II, n°202.

⁷³⁹ - Les convocations doivent être émises aux parties dans un certain temps à l'avance pour leur permettre de décider de se présenter ou de se faire représenter.

Cependant, dans le cas où l'expert ne convoque pas les parties, le défaut de convocation a pour effet de rendre nulles toutes les investigations que l'expert a exécutées à condition toutefois que les parties aient subi un préjudice. En d'autres termes, si les parties n'ont subi aucun préjudice au niveau du droit de la défense ou de leur égalité, l'expertise persiste et ne sera pas annulée⁷⁴⁰. De même, dans le cas où les parties ne sont pas convoquées, la nullité peut être couverte si les parties ont accepté les résultats des investigations ou si elles ont accepté de se présenter aux opérations suivantes. De même, si l'expert a recommencé les opérations d'expertise réalisées en dehors de la convocation des parties, cela peut rectifier la faute de l'expert tant que les parties n'ont subi aucun préjudice⁷⁴¹.

Mais, bien qu'une convocation régulière des parties est faite, lorsque celles-ci ou l'une d'elles ne se présentent pas, l'expert pourra poursuivre ses opérations même en l'absence de la partie convoquée. Dans cette hypothèse, l'expert fait mention de l'absence de la partie dans le rapport qu'il dresse suite à cette opération. Dès lors, la partie qui n'est pas présentée ne peut recourir contre le rapport d'expertise au motif que les droits de la défense n'ont pas été respectés et que l'expert n'a pas accepté de reporter l'opération réalisée. Ainsi, il a été jugé qu'une partie régulièrement convoquée mais comme elle ne s'est pas présentée volontairement, ne peut pas invoquer que le caractère contradictoire de la mesure d'instruction n'a pas été respecté⁷⁴².

629. Cependant, il est des cas dans lesquels l'expert doit exécuter certaines investigations sans convoquer les parties. Il en est ainsi lorsque l'expert décide de visiter un lieu pour s'assurer qu'il est utilisé conformément à la loi ou au contrat de bail ou que le fabricant produit une marchandise conformément aux règlements en vigueur⁷⁴³. C'est aussi le cas lorsqu'il s'agit des investigations purement matérielles qui ne nécessitent pas la présence des parties. Dans ces cas, l'expert peut procéder seul à ces opérations à condition toutefois qu'il transmette un rapport des résultats aux parties pour qu'elles puissent formuler leurs observations. Ainsi, *« l'expert désigné par un arbitre n'est pas tenu, à la différence de l'expert judiciaire, d'effectuer ses opérations en la présence contradictoire des parties des parties, ni même de*

⁷⁴⁰ - L. Retail, « Code annoté de l'expertise et de l'arbitrage », *Recueil Sirey*, 1954, p.12 ; J. Sicard, op. cit., p.115.

⁷⁴¹ - La même analyse doit s'appliquer s'il est apparu qu'une partie avait volontairement écarté la partie adverse des lieux d'opérations. En ce sens, voir cass. 3^{ème} civ, 26 février 1992, Bull. civ III, n°65 ; *Gaz. Pal.* 1993 som, p.9, obs. Ferrand et Moussa.

⁷⁴² - Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2005, Bull. civ I, n°360.

⁷⁴³ - Dans ce sens, voir cass. 3^{ème} civ., 14 mars 1978, Bull. civ. III n°117 ; *RTD civ.* 1978, p.731, obs R. Perrot.

les inviter à y participer »⁷⁴⁴ mais « il faut et il suffit que les conclusions des experts soient soumises aux parties de telle sorte qu'elles aient la possibilité de les critiquer »⁷⁴⁵. Par conséquent, le principe de la contradiction implique le respect des droits de la défense de chaque partie qui doit, d'une part, savoir à chaque moment de l'expertise ce qui se passe et, d'autre part, s'exprimer à propos de tous les résultats. Ainsi, au même titre que l'arbitre, l'expert doit être soumis au respect de l'égalité des parties lors de l'exécution de sa mission en conférant à chaque partie la possibilité d'exposer tous ses moyens de fait et de se déterminer sur les moyens de la partie adverse ainsi que d'accepter toutes leurs observations qu'elles apportent sur les opérations qu'il réalise.

630. En plus de la convocation des parties, il est aussi demandé à l'expert de transmettre à chacune des parties tous les documents et toutes les déclarations qu'il a reçus. En effet, il arrive parfois que l'expert obtienne d'une partie ou d'un tiers un document qui lui apporte des éclaircissements et des informations en forme de déclaration par l'une des parties ou d'un tiers sachant. Dans ce cas, l'expert ne doit pas tarder à communiquer tous les documents qu'il a entre ses mains et toutes les informations qu'il a recueillies aux parties afin de donner leur avis à propos de ces éléments et cela par application du principe de la contradiction. L'expert a donc le devoir de communiquer toutes les pièces qu'il a obtenues de fait qu'il n'est pas autorisé à retenir le contenu d'un document s'il n'a pas été l'objet d'un débat contradictoire⁷⁴⁶.

631. Par conséquent, l'expert est la première personne qui a l'intérêt de respecter le principe du contradictoire dans les opérations d'expertise qu'il réalise parce qu'en cas de violation, des sanctions seront certainement infligées. Ainsi, l'irrégularité dans le déroulement de l'expertise entraîne la nullité des opérations et du rapport d'expertise. En plus, l'expert qui ne respecte pas le principe du contradictoire peut engager sa responsabilité dans le cas où la nullité de l'expertise a causé un préjudice aux parties ou au moins à l'une d'elles. A noter enfin qu'une expertise qui n'est pas faite selon le principe de contradiction peut être retenue à titre de renseignement⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ - Ph. Fouchard, *Rev. arb.* 1979, p.355.

⁷⁴⁵ - J.-F. Poudret, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international », in *Etudes de droit international à l'honneur de Pierre Lalive*, Faculté de droit de l'université de Genève, Helbing & Lichtenhahn 1993, p.620 ; voir aussi *Rev. arb.* 1991, p.607.

⁷⁴⁶ - Cass. 2^{ème} civ., 18 janvier 2001, *Bull civ II*, n°11, p. 7.

⁷⁴⁷ - L. Retail, *op. cit.*, p.13.

§2 – Le rôle des intervenants de l'arbitrage dans le déroulement de l'expertise

632. Pour qu'il puisse présenter aux parties et au tribunal arbitral des résultats suffisants pour trouver une solution au litige soulevé, l'expert doit détenir certains pouvoirs avec lesquels il pourra réaliser la mission qui lui a été confiée. Mais, si malgré ces pouvoirs l'expert n'arrive pas à atteindre les résultats qu'il voulait, l'intervention du tribunal arbitral et des autorités juridiques compétentes sera indispensable (A). En plus, comme la nomination des experts dans l'arbitrage international revient dans la plupart des cas aux parties, il n'est donc pas douteux de voir les parties détenant certains pouvoirs dans le déroulement de l'expertise spécialement envers l'expert (B).

A – Le pouvoir de l'expert et des autorités compétentes

633. Afin de répondre à toutes les questions techniques posées, l'expert doit être muni des pouvoirs qu'il utilise pour procéder aux différentes investigations sans aucun obstacle (1). Cependant, les pouvoirs de l'expert paraissent parfois insuffisants ; ce qui nécessite l'intervention du tribunal arbitral et parfois le juge étatique (2).

1) Le pouvoir de l'expert

634. Afin d'accomplir sa mission, l'expert doit détenir certains pouvoirs. Les pouvoirs de l'expert sont tantôt envers les parties (a) et tantôt envers les tiers (b).

a) Le pouvoir de l'expert envers les parties

635. Aux termes de l'article 10 du code civil, il incombe à chaque individu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Ainsi, si cet article est destiné à tout citoyen, à plus forte raison les parties dans une instance doivent obligatoirement être concernées par les dispositions de cet article et par suite elles doivent apporter leur concours à l'instance en particulier aux mesures d'instruction. A cet effet, lorsqu'une expertise est ordonnée, les parties sont tenues de faire connaître et soumettre à l'expert tous les documents qu'elles possèdent sans délai lorsque l'expert estime cela nécessaire à l'accomplissement de sa mission (art. 275 CPC). De ce fait, lorsque les parties procèdent ainsi, elles aident l'expert à exécuter sa mission en lui donnant tous les documents dont il a besoin ; ce qui peut contribuer à la rapidité de l'instance et à la résolution du litige.

636. D'une manière générale, dans le cas où une expertise est ordonnée, les parties transmettent à l'expert les documents et les pièces qui peuvent servir à l'accomplissement de

sa mission⁷⁴⁸. Cette transmission aura lieu généralement lors de la première réunion dont la date aura été fixée par l'expert. Cependant, les parties se contentent parfois de ne pas communiquer toutes leurs pièces nécessaires à l'accomplissement de la mission de l'expert. A cet effet, l'expert pourra demander les pièces et documents qui manquent pour pouvoir remplir sa mission. Ainsi, il arrive fréquemment que l'expert soit en mesure de solliciter tel ou tel document qu'il a besoin pour répondre aux questions techniques qui lui ont été posées. Dans ce cas, même si la décision qui a ordonné l'expertise est muette sur ce point, l'expert peut toujours demander la communication des documents dès lors que leur examen relève de sa mission.

Le pouvoir de l'expert de demander tout document est consacré par l'article 243 du code de procédure civile qui prévoit que le technicien peut demander communication de tous documents à la partie détentrice. Celle-ci doit donc être obligée selon l'article 11 du code de procédure civile précité, à apporter son concours à la mesure d'instruction exécutée par l'expert. De ce qui précède, il résulte que la mission de l'expert lui permet d'une part de réclamer des parties « *toutes documentations dont il estime avoir besoin pour l'élaboration de son avis* »⁷⁴⁹ et les parties doivent, d'autre part, être tenues de remettre à l'expert tous les documents que celui-ci trouve indispensables à l'exécution de ses travaux⁷⁵⁰.

b) Le pouvoir de l'expert envers les tiers

637. Les parties ne sont pas les seules qui détiennent des documents qui intéressent la mission de l'expert. Les tiers peuvent aussi posséder des pièces que l'expert estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. A cet effet, l'expert peut demander aux tiers détenteurs la communication de tous les documents dont il a besoin. Ainsi, les pièces détenues par un tiers doivent être produites pour permettre à l'expert de les examiner à condition que ces pièces soient pertinentes pour la mission de l'expert et non pas dans l'intention d'accéder à des informations secrètes relatives à la profession du tiers détenteur des documents. De ce fait, bien que l'article 243 du code de procédure civile autorise l'expert à demander toutes les pièces d'une partie ou d'un tiers, cette demande peut être rejetée s'il est apparu que sa finalité est illicite.

⁷⁴⁸ - Sans aucun doute, l'expert désigné est l'expert du tribunal et non pas les propres experts des parties dont la partie n'est pas tenu de lui transmettre ses documents que dans des cas exceptionnels.

⁷⁴⁹ - H. Motulsky, « Notions générales », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridique d'Europe*, Travaux et recherche de l'institut de droit comparé de Paris, Edition de l'épargne 1969, p.26.

⁷⁵⁰ - Cette demande n'est soumise à aucune forme particulière. Il suffit à cet effet que la demande arrive aux parties et que ces dernières connaissent son objet.

638. En plus des dispositions de l'article 243 qui autorisent l'expert à solliciter tout document des parties ou des tiers, l'article 242 du code de procédure civile dispose également que *le technicien peut recueillir les informations orales ou écrites de toutes personnes [...]*. En effet, dans certains cas, les investigations réalisées par l'expert peuvent rendre nécessaire le recours à un tiers afin de recueillir des informations qui lui apportent des éclaircissements à propos des sujets qu'il examine. Dès lors, il appartient à l'expert de recueillir tous les renseignements nécessaires pour la manifestation de la vérité en vérifiant des documents et en recevant des informations de toute personne susceptible de lui fournir des éclaircissements. Ainsi, il est toujours possible à l'expert d'entendre des tiers de sa propre initiative lorsqu'il estime que cette audition est utile pour les besoins de ses investigations. Cependant, rien n'empêche que l'initiative provienne du tribunal arbitral ou de l'une des parties pour demander à l'expert d'entendre telle ou telle personne. Dans ce cas, si l'expert estime que cette audition est pertinente, il le fera sans retard.

639. Cependant, la question qui se pose est celle du statut des tiers entendus par l'expert. En d'autres termes, les personnes entendues par l'expert constituent-elles des témoins ? La réponse négative est donnée à l'unanimité. En effet, si l'on se trouve dans un arbitrage international dans lequel une loi de type romaniste est choisie pour régir cet arbitrage, les seules personnes qui peuvent entendre des témoins sont les arbitres. En revanche, ce pouvoir est toujours prohibé pour les parties. C'est donc une enquête au vrai sens du terme qui est ordonnée par le seul tribunal qui peut exclusivement interroger les témoins. L'expert ne peut donc ordonner dans le système de droit civil une enquête. Mais s'il estime utile d'entendre des personnes étrangères au procès, c'est pour recueillir des informations qui lui servent à accomplir sa mission sans que ces personnes aient la qualité de témoins.

En revanche, si l'on se trouve dans un arbitrage où c'est une loi de Common Law qui régit l'arbitrage, ce sont les parties qui nomment leurs témoins et elles les interrogent elles mêmes et le tribunal n'a qu'un pouvoir secondaire dans cette matière. En plus l'expert constitue dans ce type de loi une sorte de témoin qui sera préparé et interrogé par la partie qui l'a nommé. Cet expert n'a pas par suite le pouvoir d'entendre des personnes que dans le but d'apporter des renseignements pour accomplir sa mission tout comme dans la tradition civiliste.

Afin d'éviter la confusion entre les personnes entendues dans une enquête et celles entendues par les experts, la jurisprudence en France a préféré nommer ces personnes comme étant des

« sachants » et non pas des témoins⁷⁵¹. Ces sachants sont appelés uniquement à informer l'expert et les informations qu'ils délivrent sont traitées d'une manière différente des déclarations des témoins. Ainsi, ce qui confirme que les sachants ne sont pas des vrais témoins c'est l'interdiction aux experts de leur faire prêter serment – pouvoir qui revient exclusivement au tribunal. Cela signifie que l'expert entend ces personnes sans être soumis à aucune condition de forme. Ce qui permet à l'expert d'interroger parfois les parents ou les alliés d'une partie qui sont aussi interrogés dans l'enquête sans la prestation du serment. De ce fait, même si une loi de Common Law régit la procédure arbitrale, si l'expert entend des tiers, ceux-ci seront aussi appelés des sachants et l'expert ne peut se substituer au tribunal et entendre des personnes sous serment lorsqu'il l'estime nécessaire.

Ainsi, lorsque l'expert est désigné pour apprécier un état de chose, il se peut qu'il ait besoin des informations des personnes qui connaissent bien les faits passés. Dans ce cas, le tribunal peut lui donner expressément le pouvoir de procéder à l'audition de ses sachants pour accueillir seulement ce qu'ils savent et, parfois, l'expert peut, même s'il n'est pas autorisé expressément, procéder à cette audience s'il le juge indispensable pour l'exécution de sa mission. Dans toutes ces hypothèses, c'est à l'expert de choisir la forme dans laquelle il doit recueillir les informations c'est-à-dire que la forme orale n'est pas la seule avec laquelle l'expert reçoit les renseignements mais il peut aussi les recevoir sous forme écrite par le biais d'une attestation. Dans tous les cas, qu'elles soient sous forme orale ou écrite, les informations que l'expert a recueillies doivent être communiquées aux parties afin qu'elles puissent les discuter contradictoirement⁷⁵².

2) Le recours aux autorités compétentes

640. Dans certains cas, les pouvoirs que détient l'expert envers les parties ou envers les tiers demeurent insuffisants. De ce fait, l'intervention des arbitres (a) et du juge étatique (b) s'avère nécessaire.

a) Le pouvoir de l'arbitre

641. L'expertise exécutée par un homme d'art spécialisé dans son domaine et nommé par le tribunal, ne doit pas sortir du lien qui unit l'expert et les arbitres qui eux-mêmes l'ont désigné pour leur fournir les réponses techniques nécessaires qu'elles échappent de leurs

⁷⁵¹ - Aucun texte dans la loi ne contient le mot sachant.

⁷⁵² - Cass. 2^{ème} civ., 30 novembre 1988, Bull. civ. II, n°236 ; Gaz. Pal. 1990, I, somm, p.4, obs. Guinchard et Moussa.

connaissances. Il doit donc naître une sorte de coopération entre le tribunal arbitral d'une part et l'expert d'autre part aux divers stades des opérations accomplies par ce dernier. Il est alors nécessaire que les arbitres interviennent à tout temps afin de vérifier l'avancement du travail de l'expert. Il est par conséquent vrai de dire que le déroulement des opérations d'expertise se réalise sous le contrôle du tribunal arbitral.

Le pouvoir de ce contrôle est énoncé dans l'article 155 du code de procédure civile selon lequel l'expert exécute sa mission sous le contrôle du juge qui a ordonné l'expertise. Cet article s'étend sans doute sur l'expertise dans l'arbitrage international dans lequel l'expert nommé par le tribunal arbitral est soumis à son tour au contrôle des arbitres qui l'ont désigné. Ainsi, afin de créer une collaboration entre l'expert et le tribunal arbitral, il est nécessaire que celui-ci ait un contrôle permanent sur le déroulement de l'expertise. De ce fait, lorsque l'expert sent qu'il ne peut pas respecter ses obligations, il doit directement faire appel aux arbitres pour relever les obstacles incidents. A défaut, le tribunal peut le sanctionner surtout lorsqu'il n'exécute pas parfaitement ce qu'il a accepté initialement de réaliser. Le contrôle de l'expertise consiste en ce que l'expert doit toujours donner rapport aux arbitres de l'avancement de ses opérations et de ses investigations accomplies (article 273 du code de procédure civile) pour qu'ils interviennent dans le cas où un obstacle est apparu devant l'expert⁷⁵³. Ainsi, les arbitres (ou l'arbitre chargé de contrôle) doivent veiller à ce que l'expert exécute bien sa mission et respecte les obligations qui lui sont confiées.

En plus, par le rapport d'avancement des travaux, les arbitres peuvent relever les causes du retard de l'expert dans l'accomplissement de la mission et, par suite, soit ils lui donnent un nouveau délai soit ils le remplacent si le retard résulte de sa diligence. Ainsi, les arbitres peuvent parfois voir qu'il est nécessaire d'assister aux opérations lorsqu'ils estiment que cela leur permette de se faire une idée plus claire à propos de l'accomplissement des investigations par l'expert. Il en résulte que le tribunal arbitral possède toujours le pouvoir de statuer sur les difficultés tenant à l'exécution de la mission demandée à l'expert. Il peut alors connaître tous les problèmes qui apparaissent au fur et à mesure que les opérations avancent que ce soit un incident de communication des documents à l'expert ou à l'audition d'un sachant ou à la visite d'un lieu etc.

642. En revanche, durant le déroulement de l'expertise, l'expert peut rencontrer des difficultés qui peuvent être simples mais qui peuvent parfois être graves de sorte qu'il ne peut pas lui-

⁷⁵³ - L'intervention des arbitres est toujours constante depuis la décision d'expertise jusqu'à le dépôt du rapport.

même résoudre. Il en est ainsi le cas lorsqu'une partie ou un tiers refuse de lui communiquer des pièces et des documents ou lorsqu'un tiers refuse de déclarer ce qu'il connaît à propos du fait litigieux. Cela constitue sans doute l'une des principales sources qui peuvent causer un ralentissement des opérations d'expertise provenant parfois de la mauvaise foi des parties à l'instance.

A ce stade, l'expert nommé par le tribunal ne détient d'aucun pouvoir de contrainte et n'a pas l'impérium pour obliger les parties ou les tiers à collaborer afin d'exécuter sa mission. Ainsi, si l'expert se trouve face à un refus ou à des difficultés, il devra comme on l'a dit, recourir aux arbitres qui ne disposeront à leur tour d'aucun pouvoir direct envers les parties et à fortiori envers les tiers. A cet égard, dépourvu d'impérium, le tribunal ne peut pas contraindre une partie à communiquer une pièce à l'expert. Tout ce que le tribunal peut faire c'est de permettre à l'expert de passer outre ou déposer son rapport en l'état pour par suite tirer les conséquences nécessaires de cette situation⁷⁵⁴.

Mais ces dernières mesures peuvent parfois être insuffisantes surtout dans le cas où les parties attendent des arbitres de résoudre leur litige après l'examen de tous les éléments de preuve qui se trouvent soit avec elles soit avec les tiers. A cet effet, comme il n'est pas assorti d'impérium, le tribunal arbitral n'a pas le pouvoir d'utiliser la force pour contraindre une partie ou un tiers à se soumettre à une mesure d'instruction. Les arbitres seront ainsi obligés de recourir eux-mêmes au juge d'appui pour assurer l'effectivité de la mesure d'instruction ordonnée.

b) Le pouvoir du juge étatique

643. Le recours aux juridictions étatiques est consacré dans la majorité des législations qui prévoient qu'une assistance entre les arbitres et le juge puisse avoir lieu dans le cadre de l'administration des preuves devant le tribunal arbitral. Il en est ainsi de l'article 1050 du ZPO allemand et l'article 184 alinéa 2 de la loi suisse sur le droit international privé (LDIP) qui permettent au juge étatique de prendre toute mesure nécessaire pour l'obtention d'une preuve devant le tribunal arbitral. De même, les sections 42 et 43 de l'Arbitration Act anglais de 1996 permettent au juge d'ordonner toute mesure pour aider le tribunal arbitral à exécuter ses décisions en particulier contraindre une personne à se présenter ou pour produire un document.

⁷⁵⁴ - Article 275 ajouté par le décret du 28 décembre 1998 permettant à la juridiction de tirer toute conséquence dans le cas où des documents n'ont pas été communiqués à l'expert.

Cependant, en France il faut distinguer entre deux périodes : la période avant la réforme du 13 janvier 2011 et la période après cette réforme. Dans la première période, aucun texte légal ne contenait une disposition générale concernant l'assistance du juge dans l'administration de la preuve en matière d'arbitrage et en particulier la preuve par expertise. Le seul texte était l'article 145 du code de procédure civile précité. Dès lors, si les conditions de l'article 145 ne sont pas réunies, les parties qui ont signé une convention d'arbitrage ne peuvent saisir aucune juridiction étatique. Afin de remédier à cette lacune législative, certains auteurs⁷⁵⁵ ont énoncé que le tribunal arbitral peut ordonner une mesure d'instruction dont la décision peut avoir l'exéquatur. En plus, avant la réforme du 13 janvier 2011, aucun texte ne parlait du pouvoir du tribunal arbitral quant à l'injonction aux parties ou aux tiers de produire des éléments de preuve sous astreinte.

Néanmoins, avec le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, le vide législatif est rempli et c'est avec les dispositions des articles 1467 et 1469 que le problème du refus d'une partie ou d'un tiers de communiquer un document est résolu. Ainsi, aux termes de l'article 1467, *si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte*. Le texte est clair. Dès lors, le tribunal arbitral peut s'adresser aux parties pour leur imposer de collaborer à la manifestation de la vérité. Sans aucun doute, les dispositions de l'article 1467 concernent le cas dans lequel le tribunal arbitral a ordonné une expertise mais une partie refuse de communiquer un document à l'expert pour accomplir sa mission. Dans ce cas, l'expert notifie le tribunal arbitral des difficultés qui, sans être tenu de recourir au juge d'appui, peut obliger la partie récalcitrante à produire le document. Mais si la partie refuse toujours, les arbitres peuvent l'obliger et cette fois sous peine d'astreinte.

644. Cependant, en ce qui concerne les tiers, aux termes de l'article 1469 du code de procédure civile, *si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenus par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce[...]. Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte*.

⁷⁵⁵ - M. De Boissesson, op. cit., p.743; PH. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, op. cit., p. 741.

A partir de ce texte, dans le cas où une expertise est ordonnée par le tribunal arbitral et si l'expert a besoin d'un acte qui se trouve entre les mains d'un tiers qui refuse de le communiquer à l'expert, celui-ci doit soulever cette difficulté au tribunal arbitral et aux parties. A cet effet, cette partie peut recourir au président du tribunal de grande instance pour obliger le tiers à communiquer l'acte qu'il possède et dont l'expert a besoin pour accomplir sa mission. Dans ce cas, le président du tribunal de grande instance apprécie la pertinence de la demande déposée et, s'il la trouve motivée, il ordonne la délivrance de l'acte et, dans le besoin, sous peine d'astreinte. Il en résulte que dès lors que l'expert sollicite des parties ou d'un tiers un acte ou une pièce, nul ne peut imaginer qu'il ne peut l'avoir.

645. Cependant, si les dispositions des articles 1467 et 1469 concernent les documents, nous pensons que, pour les informations détenues par des sachants, il est nécessaire que les parties ou le tribunal arbitral, dans le cas où l'expert a besoin des déclarations d'une personne quelconque, aient recours au juge d'appui pour ordonner la comparution de ces sachants parce que, bien que la réforme ait apporté beaucoup d'innovations, elle est cependant restée silencieuse quant au besoin de l'expert d'entendre des sachants récalcitrants. Dès lors, dans le cas où une personne étrangère à l'instance arbitrale détient des informations nécessaires pour la mission de l'expert, il doit y avoir recours aux juridictions étatiques si ce tiers refuse toujours de déclarer ce qu'il possède.

Enfin, notons que ces dispositions concernent uniquement l'expert désigné par le tribunal arbitral et non celui nommé par les parties. Celui-ci ne peut disposer que des informations fournies par la partie qui l'a désigné et il ne peut pas recourir au tribunal arbitral pour obliger une partie à communiquer un document qu'elle possède. De même, la partie qui l'a désigné ne peut pas recourir au président du tribunal de grande instance pour imposer aux tiers de délivrer cet acte. Dès lors, les experts nommés par les parties sont des experts privés et par suite ne peuvent pas avoir les pouvoirs des experts du tribunal. Ce qui peut par conséquent affaiblir leurs points de vue.

B – L’expertise et le pouvoir des parties dans l’arbitrage international

646. Comme il a été dit, les parties sont les maîtresses du procès arbitral international. A cet effet, les parties possèdent des pouvoirs qui consistent, d’une part, à nommer leurs propres experts qui auront par suite la qualité des experts-témoins (1) et, d’autre part, à préparer ces experts (2).

1) Le témoignage de l’expert dans l’arbitrage international

647. Lors du déroulement d’une même procédure, il se peut qu’il y ait recours à des déclarations des témoins et à des investigations réalisées par un expert. Le témoin n’a donc aucun rapport avec l’expert (a). Cependant, dans l’arbitrage international, les choses sont différentes de sorte que l’expert désigné ait le statut d’un témoin et sera appelé témoin-expert (b).

a) La distinction entre l’expert et le témoin

648. En règle générale, un expert est désigné essentiellement pour donner un avis technique. C’est là qu’une différence fondamentale naît entre l’expert et le témoin qui, comme on l’a vu, n’a été sollicité que pour déclarer ou pour raconter ce qu’il a vu et entendu. Il n’est pas tenu de donner son avis. Ainsi, le témoin ne peut dans aucun cas donner son opinion à propos de ce qu’il constate. Son témoignage n’a d’autre but que celui de faire revivre ce qui est passé.

649. Il en va autrement pour les experts. Ceux-ci sont appelés pour donner leur opinion toutes les fois que les questions techniques ne peuvent être tranchées que par leur intervention. En plus, il n’est pas nécessaire que l’expert possède une connaissance préalable des faits qui lui seront soumis pour les trancher en vertu d’une opinion fondée sur ses connaissances professionnelles et cela à l’encontre du témoin qui est appelé à relater des observations personnelles vécues auparavant. L’expert est donc plus proche du juge plus que du témoin parce qu’il tranche une question en se référant à des savoirs lui permettant de formuler un avis loin des influences personnelles.

b) Le statut de l’expert dans l’arbitrage international

650. Comme on l’a vu précédemment, la règle qui dit qu’un témoin ne peut donner son opinion comporte une exception qu’on appelle « témoins-experts » qui, en principe, sont des experts mais qui peuvent aussi rendre un témoignage comme les témoins ordinaires à propos

de ce qu'ils ont examiné afin que le tribunal puisse avoir les connaissances techniques nécessaires pour résoudre le litige.

C'est dans le système de Common Law que cette forme de témoignage est répandue. Dans ce système, il est permis d'amener l'expert à la barre des témoins par l'une des parties pour tirer toutes les conclusions à partir des faits qui lui ont été soumis. Son témoignage consiste alors à donner au tribunal des renseignements que les arbitres ne possèdent pas parce que leurs connaissances et leurs expériences ne leur permettent pas d'en acquérir⁷⁵⁶.

A cet égard, comme les parties au procès possèdent le droit de nommer leurs propres témoins, elles peuvent aussi désigner un expert de leur choix pour éclairer le tribunal sur les questions techniques du litige. Dans ce cas, le tribunal n'intervient que pour ordonner une expertise indépendante dans le cas où il trouve que les résultats des expertises des parties sont contradictoires ou insuffisantes. Ainsi, l'expert, qui est un témoin comme les autres, ne peut donner son opinion que sur les faits qui sont soumis à son examen et non aux faits qui peuvent lui être arrivés à l'occasion de sa mission. Mais à l'encontre des autres témoins, le témoin-expert exprime une opinion que le tribunal est parfois obligé de retenir parce qu'il ne possède pas les compétences de cette personne⁷⁵⁷ et par suite il l'éclaire sur les problèmes techniques que les arbitres ne connaissent pas ou qu'ils connaissent mais d'une manière vague.

Cependant, selon certains auteurs⁷⁵⁸, il n'est pas vrai de dire que seulement l'expert-témoin se trouve dans la Common Law, mais « si l'expert witness n'est pas reconnu en France, il existe sous une forme déguisée : chaque partie fait appel pendant l'expertise à des spécialistes qui sont des experts et qui les conseillent ». Nous ne sommes pas de cet avis parce que les experts qui sont désignés par les parties dans les pays de Civil Law ne sont jamais entendus durant l'audience comme les experts des parties dans la Common Law (bien que leur avis qui sera donné dans un rapport écrit puisse être présenté au tribunal).

651. En revanche, comme on l'a mentionné plus haut, l'administration des preuves dans l'arbitrage international est largement inspirée de celle qui se déroule dans les systèmes de Common Law et de Civil Law. De ce fait, la preuve littérale se fait conformément à la

⁷⁵⁶ - D'ailleurs, si le tribunal possède les connaissances techniques nécessaires, il n'aura pas besoin de l'avis d'un expert.

⁷⁵⁷ - A condition que cette opinion soit bien établie.

⁷⁵⁸ - P. Bernardini et G. Aksén, « La décision d'avoir recours à un expert et la composition du tribunal arbitral. Le choix de l'expert », Table ronde 1, in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p. 64.

manière des pays de droit civil tandis que la preuve par témoin se fait selon les méthodes de Common Law c'est-à-dire avec la présence des témoins et des experts des parties qui sont des témoins-experts que les parties choisissent même si elles proviennent d'un pays de tradition civiliste. En définitive, il est admis dans une instance arbitrale internationale qu'il y aura cumul entre le système des experts des parties et le système de l'expert neutre désigné par le tribunal. Dans tous les cas, l'expert est un témoin choisi en raison de ses compétences pour apporter des éléments nécessaires qui pourraient aider le tribunal à résoudre le problème et, de ce fait, lorsqu'une partie désigne son propre expert, il sera dans la même situation qu'un témoin appelé pour établir des faits.

A partir de là, il faut mentionner que l'expert witness n'a pas le même rôle de l'expert désigné par le tribunal. En effet, tandis que l'expert du tribunal est neutre et indépendant de toutes les parties, les experts choisis par les parties tendent à faire connaître au tribunal que leurs parties ont raison d'après les faits qu'ils examinent. Ce qui permet au tribunal de recevoir les résultats des experts de chaque partie et comprendre mieux les faits litigieux du point de vue de chacune des parties pour enfin faire prévaloir un résultat sur l'autre en nommant un expert de son choix pour évaluer le travail des experts des parties.

Une fois chacune des parties désigne ses propres experts, ceux-ci doivent accomplir leur mission. A la fin de ses investigations, l'expert devra présenter le résultat de son travail. A cet effet, l'expert pourra exprimer son opinion suivant deux méthodes : soit il rédige un rapport écrit soit il rend un témoignage oral dans lequel il sera interrogé par les parties et parfois par les arbitres.

2) La préparation de l'expert dans l'arbitrage international

652. Comme on l'a dit, l'expert dans un arbitrage international est un expert-témoin. De ce fait, comme pour le témoin, il est tout à fait normal de se demander, d'une part, à propos de la légitimité de la préparation de l'expert (a) et, d'autre part, à propos de la manière de la préparation de l'expert (b).

a) La légitimité de la préparation de l'expert dans l'arbitrage international

653. A côté de la question des experts witnesses dans l'arbitrage international, une autre question doit se poser, c'est celle du contact des conseils des parties avec les experts qui les ont désignés. Ce point ne fait pas l'unanimité entre les différentes traditions juridiques. Ainsi, dans la majorité des pays issus de la tradition civiliste, les conseils des parties ne sont pas

autorisés à communiquer avec les témoins et à *fortiori* avec les experts. En revanche, dans les pays de Common Law, il est tout à fait normal de voir des contacts entre les avocats et les témoins avant l'audience. Il s'ensuit qu'un avocat civiliste, qui participe à un arbitrage international dans lequel un rapport naîtra entre l'avocat et le témoin, sera moins familiarisé qu'un avocat anglo-saxon quant à ce type de communication.

654. Néanmoins, comme on l'a vu dans le chapitre relatif à la préparation des témoins⁷⁵⁹, les avocats civilistes qui participent à une instance arbitrale internationale sont autorisés à communiquer avec les témoins. Il leur est donc permis de préparer les témoins pour leur interrogatoire ou pour déposer leur déclaration écrite (affidavit) à condition toujours que cette préparation ne dépasse pas les limites dessinées dans les règles déontologiques édictées dans les différents systèmes juridiques c'est-à-dire qu'il est strictement interdit à l'avocat d'encourager le témoin de produire un faux témoignage. Ainsi, bien que prohibé dans les instances internes, la règle de communication et de préparation des témoins est autorisée dans le cadre d'un arbitrage international même pour les parties provenant d'un pays de droit civil tout en respectant la loyauté dans la production des éléments de preuve⁷⁶⁰.

b) La pratique de la préparation de l'expert

655. Comme pour le témoin ordinaire nommé par une partie, la préparation de l'expert-witness dans l'arbitrage international connaît deux phases : une phase consacrée à la préparation du rapport de l'expert et une autre phase relative à la préparation de l'expert pour sa comparution devant le tribunal arbitral.

656. En ce qui concerne la première phase, la préparation de l'expert se fera suite à l'expiration de ses investigations. Ainsi, après l'accomplissement de sa mission, l'expert devra rédiger son rapport qui contient les résultats qu'il a constatés et son avis à propos de ce qu'il a examiné. En effet, le rapport doit répondre seulement aux questions posées à l'expert et celui-ci doit formuler son avis à partir des faits qui lui ont été soumis. De ce fait, plus le rapport est clair, plus son utilité devient plus grande pour le tribunal arbitral.

Dès lors, on se questionne sur la participation de la partie qui a nommé l'expert, en particulier son avocat, dans l'élaboration du rapport d'expertise. En principe, le rapport d'expertise ne doit être rédigé que par l'expert lui-même. Mais dans certains cas, l'avocat estime qu'il est

⁷⁵⁹ - Voir supra, La préparation des témoins, n°431 et s.

⁷⁶⁰ - S'il paraît que l'avocat est suspect de violation des règles déontologiques, il peut être sanctionné.

nécessaire de collaborer à la rédaction du rapport. A cet effet, l'avocat qui connaît bien l'affaire de son client, ne doit pas tarder à supprimer les éléments qui ne sont pas pertinents et qui n'apportent aucune valeur pouvant soutenir la thèse de la partie. De même, l'avocat voit parfois qu'il doit vérifier la forme et le fond avec lesquels l'expert a formulé son avis. Ainsi, l'avocat sera en mesure de modifier la manière que l'expert a utilisée dans la rédaction du rapport pour que ce dernier soit clair et ne porte pas d'équivoque sur la vraie opinion de l'expert. A noter toutefois que l'avocat doit s'abstenir de porter l'expert à rédiger ou à produire un rapport contenant des résultats inexacts. En définitif, un rapport rédigé d'une manière claire et contenant toutes les énonciations nécessaires rend difficile toute contestation présentée par la partie adverse contre son contenu et rend le tribunal arbitral mieux éclairé à propos des faits que l'expert a vérifiés.

657. Quant à la préparation de l'expert pour la phase orale, tout comme la préparation d'un témoin, c'est la phase la plus importante durant laquelle la partie pourra apporter la preuve de ce qu'elle allègue et cela par le biais de la déclaration du technicien spécialisé qui maîtrise bien le sujet des faits pour lesquels il a été choisi pour examiner. De ce fait, il est important que l'expert soit préparé pour cette phase dans laquelle il va comparaître devant le tribunal arbitral et la partie adverse pour subir l'interrogation. Ainsi, l'expert sera préparé à la manière de l'interrogation et à la façon de répondre aux questions. De même, il devra connaître le contenu du rapport de l'expert de la partie adverse afin de le comparer avec son rapport. Le rôle de l'avocat dans cette préparation est important. Il doit donc bien préparer son expert pour pouvoir présenter d'une manière efficace le résultat de ses investigations et par suite apporter la conviction du tribunal arbitral.

Ainsi, après la préparation de l'expert, il sera en mesure de comparaître, comme un autre témoin, pour une phase d'interrogation dans laquelle il répond d'une manière précise aux questions qui lui sont posées par la partie qui l'a nommé en vertu de l'interrogatoire direct puis par la partie adverse en vertu du contre interrogatoire^{761 762}. En plus, le tribunal arbitral aura la possibilité d'interroger l'expert s'il estime que cela est nécessaire. De même, le tribunal peut confronter plusieurs experts-témoins entre eux pour dégager une conclusion qu'il attend. Dans tous les cas, il revient au tribunal arbitral d'apprécier les témoignages déclarés et les rapports déposés par les experts désignés par les parties.

⁷⁶¹ - Voir supra, La pratique de l'audition des témoins dans l'arbitrage international, n°460 et s.

⁷⁶² - La déposition d'un rapport écrit ne dispense pas l'expert-témoin de comparaître pour l'interrogatoire.

Deuxième section – L'évaluation de la preuve par expertise

658. Comme on l'a dit plus haut, la nomination d'un expert est *intuitu personae* en raison d'une part des compétences qu'il possède dans la matière du litige et, d'autre part, parce qu'il a eu la confiance soit du tribunal arbitral soit des parties. Cependant, même en présence de ces critères, l'expert, comme toute autre personne, peut toujours commettre des fautes lors de la réalisation de la mission qui lui a été confiée. L'expert ne peut donc être exonéré d'une responsabilité qu'il doit supporter lorsque son comportement a causé préjudice aux parties ou à un tiers. En revanche, à l'instar de chaque mode de preuve présenté dans l'instance arbitrale, la force probante de la preuve par expertise doit aussi être vérifiée dans le but de permettre au tribunal arbitral de rechercher les différents éléments à partir des vérifications réalisées par le ou les experts pour pouvoir constituer sa propre conviction.

Ainsi, l'évaluation de la preuve par expertise contient deux volets : le premier consiste à envisager la responsabilité de l'expert afin de vérifier s'il a bien accompli la mission d'expertise (§1) et le second consiste à envisager la force probante de l'expertise réalisée pour savoir le degré de son influence sur la conviction du tribunal arbitral (§2).

§1- La responsabilité de l'expert

659. Lorsqu'un expert est désigné pour accomplir une mission d'expertise, il se peut sans doute qu'il commet des fautes lors de la réalisation de l'expertise. La mission d'expertise peut donc être source d'une responsabilité de l'expert avec laquelle il doit être condamné. A cet effet, nous traiterons d'abord le principe de la responsabilité de l'expert (A) pour ensuite envisager les condamnations que peut subir l'expert qui a engagé sa responsabilité (B).

A – Le principe de la responsabilité de l'expert

660. Au cours du déroulement des opérations d'expertise, l'expert peut commettre des fautes et il engagera par suite sa responsabilité. A cet effet, l'expert peut être soumis tantôt à une responsabilité civile (1) tantôt à une responsabilité pénale et disciplinaire (2).

1) La responsabilité civile de l'expert

661. Afin de traiter de la responsabilité civile de l'expert, il faut connaître d'abord le fondement de cette responsabilité (a) et ensuite la gravité de la faute commise par l'expert qui peut engager sa responsabilité (b)

a) Le fondement de la responsabilité civile de l'expert

662. La responsabilité civile de l'expert peut être contractuelle comme elle peut être délictuelle. Dès lors, une distinction doit être faite entre les experts des parties et les experts du tribunal. Pour les experts des parties, comme ils sont désignés pas les seules parties, ils sont donc les mandataires salariés de celles-ci. Ils ne sont responsables envers elles que parce qu'ils accomplissent la mission que les parties lui ont confiée et cela sous leur contrôle et sous leur responsabilité.

Mais, pour les experts désignés par le tribunal arbitral, ils constituent, comme on l'a dit précédemment, les auxiliaires de la justice. Ils n'ont donc aucun lien contractuel avec les parties à l'instance. De ce fait, les experts choisis et désignés par les arbitres ne sont, ni les mandataires des parties, même si ces dernières sont les maîtresses de l'instance arbitrale, ni soumis à une responsabilité contractuelle envers les parties ou quelqu'un d'autre. Ainsi, en vertu de la mission confiée par le seul tribunal arbitral, les experts seront responsables dans le cas d'une faute selon la responsabilité délictuelle qui consiste à réparer le dommage causé par celui qui l'a commis.

Il en résulte que c'est par le retour aux dispositions du droit commun et spécialement l'article 1382 du droit civil que la responsabilité des experts du tribunal est établie et que la preuve de la faute de l'expert doit être apportée par la partie qui allègue qu'elle a subi un préjudice. En plus de l'article 1382 qui exige que la responsabilité doit être basée sur une faute, l'article 1383 du code civil ajoute la négligence et l'imprudence pour établir la responsabilité de l'expert. Mais, à notre avis, la négligence et l'imprudence constituent toutes deux une faute que l'expert ne doit pas la commettre. L'important est que celui qui énonce que l'expert a commis une faute, il doit prouver qu'il a subi un préjudice et que ce préjudice est causé par la faute de l'expert. Il doit donc y avoir un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

663. En revanche, lorsque l'expert accepte la mission qui lui a été confiée, il s'oblige à respecter certaines règles pour que l'accomplissement de la mission soit parfait et qu'à défaut, il commettra des fautes pouvant engager sa responsabilité.

La première obligation imposée à l'expert est celle de commencer les opérations d'expertise et de les poursuivre jusqu'à leur accomplissement dans un délai qui lui a été initialement fixé par les arbitres. A défaut de ce commencement ou de cette poursuite, les parties peuvent souffrir du retard et elles peuvent par suite lui demander de se soumettre à diverses sanctions qui débutent par le remplacement de l'expert et se terminent par des dommages-intérêts qu'il doit payer aux parties lésées. Il doit donc respecter les délais qui lui sont impartis sauf s'il a été démontré que son retard est dû à des raisons involontaires telles qu'une force majeure. L'expert sera aussi responsable du retard dans le dépôt du rapport d'expertise qu'il doit déposer dans un délai fixé s'il n'a pas demandé une prorogation de ce délai. Dans ce cas, il peut être remplacé ou assigné à payer des dommages-intérêts.

De même, l'expert doit respecter le principe du contradictoire tout au long du déroulement des opérations d'expertise. Il doit donc convoquer les parties aux réunions et aux opérations qu'il exécute et il doit soumettre aux parties les documents qu'il a reçus. Encore, l'expert doit se garder dans l'impartialité et dans l'indépendance de fait qu'il ne doit pas prendre parti lors de l'accomplissement de sa mission et il ne doit pas faire prévaloir les intérêts d'une partie sur l'autre, mais il doit exécuter sa mission pour l'intérêt de la justice et pour la manifestation de la vérité.

664. Cependant, à côté des obligations de l'expert durant le déroulement de l'expertise, il faut mentionner que certaines impositions sont incombées sur l'expert choisi avant même de

commencer sa mission. A cet effet, l'expert choisi pour accomplir une mission quelconque, doit avoir les connaissances suffisantes et nécessaires pour pouvoir trancher les questions techniques qui lui sont soumis. Il ne doit donc pas prendre la charge de faire une expertise dans un domaine qui n'a aucun rapport avec le sien. L'expert sera alors responsable parce qu'il ne s'est pas récusé volontairement bien qu'il reconnaisse ne possédant pas les compétences avant le commencement de la mission.

b) L'échelon de la faute de l'expert

665. En ce qui concerne la faute même de l'expert, la question qui semble importante est celle de la gravité de la faute avec laquelle l'expert sera déclaré responsable. En fait, les fautes que peut commettre un expert dans l'accomplissement de sa mission peuvent être légères comme elles peuvent être lourdes ou grossières. Une faute légère ne peut pas engager la responsabilité de l'expert surtout lorsqu'il est prouvé que l'expert a accompli sa mission avec conscience et objectivité ou lorsque cette faute peut être réparée sans difficulté. A cet effet, le juge devant lequel l'action en responsabilité est soulevée détermine les obligations de l'expert en leur intégralité et les compare avec le degré de diligence qu'a l'expert lors de l'exécution de sa mission pour apprécier la gravité de sa faute. Ainsi, s'il trouve que la faute de l'expert est légère, celui-ci ne sera pas responsable. Mais, s'il est apparu que la faute est grave de sorte qu'un homme ayant les compétences de l'expert ne doit pas la commettre, l'expert sera alors sanctionné suivant la gravité de sa faute.

Mais, bien qu'il ne soit pas responsable d'une faute légère, l'expert sera sans doute responsable lorsqu'il commet une faute qu'un technicien de compétence et de diligence moyenne ne l'aurait pas commis. Ainsi, la responsabilité de l'expert sera engagée dans le cas où « *il a manqué aux devoirs que prescrivaient la délicatesse et la prudence dans l'accomplissement de sa mission* »⁷⁶³.

666. Cependant, il ne faut pas confondre la faute avec l'erreur d'appréciation. De ce fait, un avis erroné ne constitue pas une raison pour engager la responsabilité de l'expert parce que, même si le tribunal ne l'a pas suivi, cet avis est soumis à sa propre appréciation et son propre point de vue dans la matière qui lui a été soumise pour trancher. Dès lors, « *l'expert ne sera passible de dommage-intérêt que si, en donnant son avis, il a fait preuve de négligence ; si par exemple il ne s'est pas entouré des renseignements qu'un expert avisé n'aurait pas*

⁷⁶³ - E. Bonnier, op. cit., p.101.

manqué de recueillir »⁷⁶⁴. C'est ainsi que la cour de cassation a décidé de rejeter une action en responsabilité contre un expert en énonçant que, bien il ait commis une erreur dans son appréciation, il avait exécuté sa mission avec conscience et compétence⁷⁶⁵. En définitive, la responsabilité de l'expert ne peut être engagée que si un préjudice est causé directement de la faute de l'expert ou lorsque la sentence des arbitres est la conséquence directe de cette faute. Toutefois, il faut prouver qu'une relation existe entre la faute commise et le préjudice qu'a subi la partie demanderesse de la responsabilité de sorte que quelle que soit la gravité de la faute, si les parties n'ont subi aucun préjudice, l'expert ne sera jamais jugé.

2) La responsabilité pénale et disciplinaire de l'expert

667. La responsabilité civile n'est pas la seule que peut supporter un expert, mais celui-ci peut aussi engager tant sa responsabilité pénale (a) que sa responsabilité disciplinaire (b).

a) La responsabilité pénale de l'expert

668. La responsabilité pénale de l'expert est engagée indépendamment de la responsabilité civile qu'on a examinée ci-dessus et même en dehors de tout préjudice. De ce fait, l'infraction que commet un expert dans l'accomplissement de sa mission suffit pour engager sa responsabilité pénale. A cet effet, l'expert peut être condamné pénalement pour deux causes : d'une part pour sa partialité et, d'autre part, parce qu'il a divulgué un secret professionnel.

669. Pour la partialité de l'expert, celui-ci commet une faute considérée grave lorsqu'il manque de manière intentionnelle à son devoir d'impartialité vis-à-vis des parties. Le manquement à l'impartialité de l'expert apparaît lorsqu'au cours du déroulement de l'expertise, il convoque une partie sans l'autre, il remet les documents à une partie sans l'autre, etc. Aussi, l'expert manque à son impartialité lorsqu'il sera corrompu par l'une des parties pour faire prévaloir ses allégations⁷⁶⁶ ou lorsqu'il falsifie dans son rapport écrit ou son exposé oral les résultats de l'expertise qu'il a accomplie⁷⁶⁷. A cet effet, aux termes de l'article 221 du code pénal, l'expert coupable de fausse déclaration sera puni comme faux témoin.

⁷⁶⁴ - Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, tome 1, 6^{ème} éd. Montchrestien, 1965, n°515-3, p. 603.

⁷⁶⁵ - Cass. 2^{ème} civ., 24 novembre 1966, Bull. civ. II, n°920, cass. 2^{ème} civ, 8 octobre 1970, Bull. civ. II, n°267.

⁷⁶⁶ - Article 434-9 du code pénal.

⁷⁶⁷ - Article 434-20 du code pénal.

670. Quant au secret professionnel, comme on a dit précédemment, l'expert est certainement lié par ce secret. Sans doute, l'expert doit indiquer dans son rapport tout ce qui concerne l'objet de sa mission en s'interdisant de révéler des informations qui ne se rapportent pas aux questions qui lui sont posées même s'il a appris ses informations à l'occasion de l'accomplissement de sa mission. De même, l'expert n'est pas seulement responsable des secrets des parties, mais il en est aussi pour les secrets des tiers. En définitive, d'une part, l'expert ne doit jamais divulguer aux parties et aux tiers des informations qui ne relèvent pas de sa mission et, d'autre part, il ne doit pas divulguer aux tiers les informations qu'il a reçues pendant l'exécution de la mission même si elles relèvent de sa mission. Ainsi, l'expert qui viole le secret auquel il est confié, sera responsable pénalement tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers.

b) La responsabilité disciplinaire de l'expert

671. Concernant la responsabilité disciplinaire de l'expert, il est tout à fait normal qu'il soit soumis à des devoirs que chaque expert soit en mesure d'accomplir et par suite être sanctionné dans le cas de violation. Les fautes disciplinaires que peut commettre un expert peuvent être les mêmes que celles qui engagent sa responsabilité civile ou pénale tel que le non respect du contradictoire ou la violation du secret professionnel ou l'impartialité. De ce fait, aux termes de l'article 6-2 de la loi du 29 juin 1971 modifiée par la loi du 11 février 2004, *toute contravention aux lois ou règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui ont confiées, exposent l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires».*

Les sanctions disciplinaires que peut subir un expert peuvent être d'abord son remplacement dans le cas où il manquerait à ses devoirs (art. 235 CPC) ou la radiation de la liste des experts s'il est choisi d'une liste officielle des experts ou le refus de son inscription sur cette liste pendant une période déterminée, etc.

672. Quant à l'action en responsabilité contre l'expert, qu'elle soit civile, pénale ou disciplinaire, elle ne peut pas être soulevée devant le tribunal arbitral qui tranche le litige des parties mais elle doit être engagée devant la juridiction étatique dans un procès séparé du procès arbitral⁷⁶⁸.

⁷⁶⁸ - Cela peut assurer à l'expert des garanties d'une procédure ordinaire.

B – La condamnation de l'expert

673. Lorsque l'expert est engagé en responsabilité, qu'elle soit civile, pénale ou disciplinaire, il doit être condamné. La première condamnation touche directement l'expert ; c'est lorsqu'il est récusé pour par suite le remplacer par un autre expert (1). La deuxième condamnation touche l'expertise que l'expert a effectuée. Cette sanction consiste à annuler l'expertise et les opérations d'expertise réalisées (2).

1) La récusation et le remplacement de l'expert

674. Lorsque l'expert n'accepte pas de réaliser la mission qui lui a été confiée ou lorsqu'il est prouvé que l'expert ne réalise pas parfaitement la mission qu'il a acceptée, on parle alors de la récusation de l'expert (a) qui entraîne certainement son remplacement et la désignation d'un autre expert (b).

a) La récusation de l'expert

675. En principe, tout technicien attend le moment dans lequel il sera nommé pour exécuter une mesure d'instruction surtout une expertise. Cependant, il est des cas dans lesquels un expert est désigné mais certaines causes apparaissent nécessitant qu'il soit écarté de la procédure. Il y aura donc une récusation pour par suite procéder à le remplacer par un autre technicien.

676. La récusation d'un expert aura lieu de deux manières : soit il se récusé lui-même en énonçant qu'il refuse la mission qui lui a été donnée, soit les parties ou l'une d'elles demande la récusation de l'expert. Dans le premier cas, aussi nommé récusation volontaire, il est un principe que l'expert nommé pour réaliser des opérations d'expertise ne sera jamais obligé d'accepter ce qui lui a été confié. On dit donc qu'il s'est récusé lui-même en renonçant à la mission qui lui a été donnée dans l'instance. A ce propos, l'article 234 du code de procédure civile dispose que *le technicien peut être récusé pour les mêmes causes que les juges [...]*. Mais, si cet article énonce expressément les termes « le technicien peut être récusé », cela ne signifie pas uniquement, à notre avis, qu'il doit être récusé par quelqu'un mais ces causes lui permettent aussi de prendre la décision de son initiative et renoncer à la mission qui lui a été confiée lorsque l'une des causes de récusation existe. A cet effet, l'article 341 du même code énumère les cas de récusation du juge qui peuvent aller de l'intérêt personnel jusqu'à l'intérêt

de l'un de ses proches ou de ses amis en passant par sa connaissance personnelle de l'affaire comme étant un juge ou un arbitre⁷⁶⁹.

Cependant, si les articles 234 et 341 parlent du juge et du technicien dans une instance étatique, par analogie l'expert dans un arbitrage peut être récusé pour les mêmes causes que l'arbitre. Dans cette perspective, l'article 1456 du code de procédure civile dispose *qu'il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il est lui également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission*⁷⁷⁰. A partir de ce texte, tout comme l'arbitre, l'expert choisi pour exécuter une mission d'expertise dans un arbitrage doit s'écarter s'il réunit en lui des conditions qui le rendent dépourvu de cette indépendance et de cette impartialité. Il en résulte que lorsqu'un expert est nommé dans une procédure arbitrale internationale, il peut se référer aux dispositions des articles 341 ou 1456 pour déclarer qu'il refuse la mission qui lui a été donnée.

Cette obligation d'impartialité dérive du fait que les experts sont nommés par le tribunal arbitral qui doit aussi être impartial vis-à-vis des parties. L'expert aura donc le même devoir d'impartialité et ne doit pas intervenir dans l'instance arbitrale, lorsqu'il estime qu'il existe en lui un élément qui met en suspect son impartialité. Il doit donc immédiatement se récuser⁷⁷¹.

Mais la partialité ne constitue pas la seule cause qui oblige l'expert à se récuser, d'autres raisons aussi le rendent tenu de ne pas intervenir. Ainsi, l'expert peut refuser la mission si un empêchement lui interdit de réaliser les opérations d'expertise telle qu'une maladie ou un voyage ou même s'il n'a pas le temps suffisant pour accomplir la mission pour laquelle il a été choisi pour réaliser. De même, lorsque l'expert estime qu'il ne possède pas les connaissances et les compétences nécessaires pour remplir la mission qui lui a été donnée, il doit déclarer son refus afin qu'il y ait nomination d'un autre expert plus qualifié.

677. En revanche, si les parties comptent sur l'expert pour refuser la mission ou pour se récuser, il se peut que l'expert ne prenne pas l'initiative de le faire. A cet effet, les parties peuvent demander la récusation lorsque des causes de récusation se trouvent dans l'expert.

⁷⁶⁹ - Article 341 C.P.C. : La récusation d'un juge:1° Si lui-même ou son conjoint a un intérêt personnel à la contestation; 2° Si lui-même ou son conjoint est créancier, débiteur, héritier présomptif ou donataire de l'une des parties [...]

⁷⁷⁰ - Bien que cet article concerne l'arbitrage interne, mais selon l'article 1506 il s'applique aussi à l'arbitrage international.

⁷⁷¹ - L'amitié ou l'inimitié, le lien de subordination avec l'une des parties, la présence d'un procès avec l'une des parties etc, tous forment des causes pour que l'expert ne soit pas impartial.

Ainsi, récuser un expert, c'est pour les parties « *de proposer contre lui des raisons qui s'opposent à ce qu'il accomplisse la mission pour laquelle il a été nommé* »⁷⁷². La récusation constitue donc la procédure par laquelle les parties ou l'une d'elles demandent que « *soit évincé pour connaître de son affaire un juge ou un technicien qui pourrait manquer d'impartialité à son égard* »⁷⁷³. C'est donc un moyen offert aux parties pour s'opposer à l'accomplissement d'une mission d'expertise exécutée par un expert qui ne remplit pas les conditions d'impartialité.

Comme pour la récusation volontaire, la récusation de l'expert par les parties doit se référer aux articles 234, 341 et 1456 du code de procédure civile. Ainsi, bien que l'article 1456 ne contienne que le cas où l'expert doit de son initiative se récuser sans mentionner le droit des parties de demander la récusation de l'expert, cela ne signifie pas que les parties soient démunies de ce pouvoir et cela en se prévalant des dispositions des articles 234 et 341 qui contiennent le principe général dans la matière de récusation qui doit être appliqué à toute circonstance. Ainsi, comme pour les experts recusés dans une instance étatique, les parties dans une instance arbitrale ont la possibilité de demander la récusation de l'expert dans le cas où l'une des causes de l'article 341 du code de procédure civile est présente.

678. Cependant, la récusation d'un expert dans l'arbitrage international nécessite de distinguer entre l'expert nommé par le tribunal et les experts désignés par les parties (puisque les parties peuvent nommer leurs propres experts dans la procédure arbitrale internationale). Dans le cas où la récusation est soulevée contre l'expert nommé par le tribunal arbitral, les motifs sont les mêmes que ceux de l'article 341 qu'on a cité ci-dessus à savoir toute circonstance de nature à mettre en suspect l'indépendance et l'impartialité de l'expert choisi par le tribunal. De même, les parties peuvent récuser cet expert pour cause de compétence insuffisante à résoudre les problèmes techniques survenus.

Mais la question qui se pose est celle de la récusation de l'expert unique des deux parties. En fait, cet expert est nommé par le tribunal après l'accord des parties. De ce fait, comme sa désignation est faite par un accord commun, à notre avis la récusation de l'expert unique ne peut donc être faite que par un accord entre les parties qui l'ont choisi. Dès lors, les parties ne peuvent récuser l'expert unique que pour des causes graves telles que sa partialité non douteuse ou son refus d'accomplir sa mission ou de réaliser une opération quelconque. Dans

⁷⁷² - L. Mallard, *Traité formulaire de l'expertise judiciaire*, 7^{ème} éd. Refondue par G. Roussel et P. Hertzog, Librairie Technique 1955, p.56.

⁷⁷³ - F. Arbellet et D. Loriferne, *Droit de l'expertise*, op. cit., p.132, 224-94.

tous les cas, lorsque les parties demandent la récusation de l'expert, que ce soit l'expert désigné par le tribunal ou l'expert unique désigné par le tribunal après accord des parties, elles doivent le faire avant le commencement des opérations d'expertise ou au moment où elles ont eu connaissance de la cause de récusation.

679. En ce qui concerne les experts que les parties ont choisis pour remplir une mission d'expertise, on se demande si elles peuvent les dessaisir de leur mission. En fait, lorsque les parties désignent chacune ses propres experts, ceux-ci sont les mandataires de la partie qui les a choisis et non pas de toutes les parties. Ils exécutent donc leur mission sous la responsabilité et sous le contrôle de cette partie. En plus, en désignant son propre expert, la partie tient compte d'une part des connaissances et des compétences de l'expert choisi et, d'autre part, de l'impartialité au moins vis-à-vis de la partie adverse. De ce fait, lorsque le mandant décide de récuser le mandataire, il ne peut le faire sans l'existence des motifs sérieux sinon il peut causer un préjudice à ce mandataire. Mais, lorsque l'expert ne remplit pas sa mission telle qu'elle a été consignée, cela peut entraîner sa récusation par la partie qui l'a choisi. Ainsi, dans le cas où il apparaît que l'expert ne possède pas les compétences qu'il doit avoir pour accomplir sa mission ou lorsqu'il s'est transformé en un expert partial et proche de l'autre partie ou lorsqu'il paraît qu'il ne remplit pas sa mission d'une manière parfaite, la partie peut à tout temps procéder à la récusation de cet expert et mettre fin à sa mission avant qu'il ne dépose un rapport d'expertise qui peut engager ses parties s'il est communiqué au tribunal arbitral et à la partie adverse.

b) Le remplacement de l'expert

680. Aux termes de l'article 235 du code de procédure civile, *si la récusation est admise, si le technicien refuse sa mission ou s'il existe un empêchement légitime, il est pourvu au remplacement du technicien, par le juge qui l'a commis ou le juge chargé du contrôle. Le juge peut également à la demande des parties ou d'office remplacer le technicien qui manquerait à ses devoirs après avoir provoqué ses explications.* Ce texte est clair ; il énumère les cas dans lesquels l'expert doit être remplacé.

D'abord, comme on a dit, l'expert a toujours la liberté de refuser la mission qui lui a été confiée ou de déclarer lors du déroulement des opérations qu'il se récuse pour des empêchements lui interdisant de poursuivre cette mission. Il doit dans ce cas être remplacé par un autre expert qui aura la même mission que son précédent. Ensuite, lorsque les parties ou

l'une d'elles demandent la récusation de l'expert, le tribunal désigne un nouvel expert⁷⁷⁴. Enfin, l'expert doit être remplacé, comme l'article 235 énonce, lorsqu'il manquerait à ses devoirs c'est-à-dire lorsque l'expert n'exécute pas la mission qu'il a acceptée. En effet, dans ce dernier cas, il arrive qu'un expert ne procède pas parfaitement aux différentes opérations d'expertise qu'il est demandé d'exécuter ou parfois il accomplit sa mission mais il ne dépose pas un rapport d'expertise contenant les différentes investigations et son avis. Dans ce cas, les parties peuvent demander au tribunal, qui peut aussi procéder d'office, de remplacer l'expert récalcitrant par un autre expert.

681. Mais, hormis les cas de l'article 235, un expert peut aussi être remplacé pour des causes indépendantes de celui-ci. On parle de l'incapacité et du décès de l'expert. Ainsi, le remplacement de l'expert peut être imposé lorsque des causes involontaires l'empêchent de poursuivre sa mission. De ce fait, dans le cas où l'expert sera atteint d'une incapacité ou lors de son décès, il doit être remplacé par un autre expert pour continuer les vérifications qui lui ont été confiées. A noter toutefois que dans tous les cas de remplacement qu'on a envisagés, le remplacement de l'expert sera fait selon la même façon avec laquelle il a été choisi c'est-à-dire l'expert du tribunal est remplacé par un expert du choix du tribunal et les experts des parties sont remplacés par des experts choisis par celles-ci.

682. On se demande enfin à propos des investigations déjà réalisées avant le remplacement de l'expert. En d'autres termes, est ce que le remplacement de l'expert implique que les opérations déjà faites doivent être refaites par le nouvel expert ou au contraire ce dernier doit commencer à partir du point où l'ancien expert est arrivé ?

La réponse la plus logique à cette question semble donner au nouvel expert le droit de recommencer les opérations dès le début parce qu'il peut considérer que ce qui a été exécuté n'est pas en conformité avec sa manière de travail. De même, il préfère parfois refaire les investigations pour avoir une idée de ce qu'il s'agit à trancher. En plus, comme l'expert désigné est seul responsable des opérations et des investigations relevant de la mission d'expertise, il est donc tout à fait normal qu'il préfère s'assurer lui-même des opérations et des résultats qui figurent dans son rapport.

⁷⁷⁴ - Si la demande de récusation est rejetée, l'autre partie ou parfois l'expert peuvent subir des dommages. Il y aura donc des dommages-intérêts versés à la personne victime.

2) La nullité de l'expertise réalisée par l'expert

683. Avant de procéder à l'annulation de l'expertise, il faut connaître les diverses dispositions qui régissent cette annulation (a). Ainsi, si l'expertise est annulée ou si elle est rejetée par le tribunal arbitral, les arbitres peuvent ordonner une nouvelle expertise ayant le même objet que l'expertise annulée ou rejetée (b).

a) Les dispositions régissant la nullité de l'expertise

684. Après l'accomplissement de la mission et après le dépôt du rapport d'expertise, les parties ou la partie qui considère que le rapport ne lui est pas favorable, pourra demander que celui-ci soit annulé ou au moins demander l'annulation des opérations qu'elle estime qu'elles ne lui sont pas opposables. A cet effet, le régime de la nullité varie selon qu'il s'agisse des vices de fond ou des vices de forme. Mais ce qui importe c'est que toute inobservation qu'elle soit de fond ou de forme peut entraîner l'annulation de ce qui a été vérifié par l'expert.

685. Parmi les irrégularités de fond, on doit inclure le cas dans lequel l'expertise est exécutée par une personne qui jouit d'une incapacité absolue d'être expert. De même, il doit être considéré comme irrégularité de fond le cas dans lequel l'expertise n'a pas été effectuée par l'expert qui a été nommé pour l'accomplir bien que celui-ci soit soumis à une obligation d'exécuter la mission personnellement parce qu'il est choisi *intuitu personae*. A cet effet, ces vices de fond rendent toutes les opérations et, par suite, le rapport d'expertise nuls de nullité absolue. Cette nullité pourra être demandée par toutes les parties mais aussi par le tribunal arbitral qui peut la soulever de sa propre initiative à tout moment du déroulement de la procédure même dans le cas où aucun préjudice n'a été entraîné pour les parties.

686. En revanche, les opérations d'expertise peuvent aussi être annulées lorsque la réalisation de ces opérations est accompagnée par des vices de forme. En effet, aux termes de l'article 175 du code de procédure civile, *la nullité des décisions et actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction est soumise aux dispositions qui régissent la nullité des actes de procédure*. En ce qui concerne les actes de procédure, l'article 114 du code de procédure civile énonce *qu'aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public*. Cependant, aucun texte particulier n'édicte une nullité entraînée par la présence d'un vice de forme. Par conséquent, la nullité ne peut donc avoir lieu que pour irrégularité d'une formalité substantielle ou d'ordre public.

A cet effet, il faut compter de nombreuses irrégularités de ce genre. Il en est ainsi lorsque l'expert accomplit sa mission sans respecter le caractère contradictoire dont sa violation constitue la principale cause pour annuler l'expertise. Dans ce cadre, on peut inclure le cas où l'expert a procédé sans convoquer les parties ou l'une d'elles pour assister au déroulement des opérations. Il peut s'agir aussi du défaut de communication des pièces aux parties lorsque l'expert les reçoit d'une partie ou d'un tiers. Il arrive aussi que l'expert ne réponde pas, même implicitement, aux observations et aux dires des parties. Cependant, ne peut constituer une irrégularité entraînant la nullité de l'expertise le cas où l'expert dépose son rapport à une date postérieure à la date qui lui a été fixée. De même le dépassement de l'expert de sa mission ne peut provoquer l'annulation de toute la procédure d'expertise mais seulement les opérations réalisées au-delà de la mission demandée sauf si toute la mission constitue un tout qu'on ne peut pas diviser.

Cependant, on se demande quel est le critère de la distinction entre les règles substantielles et les règles secondaires ? En fait, aucun texte n'impose de critère. Mais la jurisprudence a considéré que lorsque les intérêts des parties sont atteints, il y aura donc une irrégularité substantielle qui entraîne la nullité⁷⁷⁵.

687. En revanche, si les vices de fond entraînent la nullité absolue de toute l'expertise, l'inobservation des règles de forme ne peut provoquer qu'une nullité relative qui ne peut être invoquée que par la partie dont ses droits sont atteints. Ainsi, cette partie ne doit pas renoncer, expressément ou implicitement, à son droit de relever l'irrégularité commise sans critiquer ce qui est passé ou en discutant les résultats de l'expertise sans soulever la cause de nullité.

688. De même, les irrégularités de forme ne peuvent pas entraîner la nullité de toutes les opérations d'expertise réalisées. En effet, selon l'article 176 du code de procédure civile, la nullité ne frappe que les opérations qui sont effectuées sous l'irrégularité. Ainsi, si par exemple l'expert n'a pas convoqué une partie à une réunion, tout ce qui a déroulé avant cette réunion reste valable. Aussi, si une investigation n'a pas été faite par l'expert personnellement, seule cette opération sera annulée. A partir de là, les irrégularités commises durant l'accomplissement de la mission peuvent être réparées. A cet effet, l'expert peut reprendre ou recommencer les opérations qu'il n'a pas réalisées contradictoirement et il peut

⁷⁷⁵ - Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 2 somm., p.298 ; cass. Soc. 22 mars 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 2 somm., p.328.

effectuer personnellement l'opération réalisée par une autre personne⁷⁷⁶. Dès lors, il sera vrai de dire que les investigations qui n'ont pas été effectuées irrégulièrement persistent pour servir de fondement à la sentence rendue par le tribunal. Par conséquent, serait nulle une sentence fondée uniquement sur une expertise qui a été annulée ou sur des résultats dont leurs opérations sont effectuées irrégulièrement. Cependant, l'expertise annulée peut constituer pour le tribunal un moyen de renseignement sur lequel il peut se référer pour prononcer sa sentence à condition cependant que ces renseignements soient corroborés par d'autres éléments qui ont fait l'objet d'un débat contradictoire.

b) La nouvelle expertise

689. Dans certains cas, lorsque le tribunal arbitral rejette toute l'expertise réalisée, il arrive qu'il décide d'ordonner une nouvelle expertise. Cette nouvelle expertise peut être ordonnée dans deux cas : lorsque la première expertise a été annulée ou lorsque les résultats de l'expertise n'ont pas permis au tribunal de tirer des éclaircissements pour pouvoir statuer. Ainsi, dans le cas où le tribunal considère que l'expertise n'avait pas suffisamment apporté ce qu'il attendait, soit parce qu'elle est annulée soit parce que de nouveaux faits attachés à ceux vérifiés sont apparus, il a la possibilité d'ordonner une nouvelle expertise qui sera confiée à un expert pour exécuter la même mission de l'expertise précédente.

690. Mais la nouvelle expertise doit toujours être distincte de la seconde expertise. Tandis que la nouvelle expertise est ordonnée pour effectuer la vérification des faits qui ont été vérifiés dans la première expertise, la seconde expertise consiste à soumettre aux experts une nouvelle mission qui contient la vérification des faits différents de ceux vérifiés dans l'autre expertise. Les experts dans la nouvelle expertise ont donc la même mission que celle de la précédente expertise⁷⁷⁷. La nouvelle expertise est par conséquent réalisée selon les règles de la première expertise et de toute expertise. Ainsi, le caractère contradictoire doit être respecté, les parties doivent être convoquées, ... etc. Dans tous les cas, comme pour toute expertise, le tribunal arbitral n'est jamais lié par les résultats de la nouvelle expertise et il conserve toujours une pleine liberté d'appréciation.

⁷⁷⁶ - Toutefois, bien que la nullité d'une opération n'engendre pas nécessairement la nullité de toute l'expertise, si celle-ci ne peut pas être divisée, elle sera annulée dans son intégralité et l'expert doit recommencer la mission dès le début.

⁷⁷⁷ - Lorsque l'objet de la nouvelle expertise consiste à vérifier la sincérité des conclusions présentées par les experts, elle sera donc nommée contre-expertise.

§2 – La force probante de la preuve par expertise

691. Lorsque le tribunal arbitral estime nécessaire la désignation d'un expert, cela signifie sans doute que les arbitres attendent du technicien qu'il réalise une mission d'expertise avec laquelle ils pourront éventuellement comprendre les secrets des faits litigieux soulevés. Cependant, pour connaître le degré de la force probante de l'expertise accomplie et pour que les arbitres puissent former une conviction, l'expert doit d'abord leur présenter un rapport d'expertise contenant le résultat de ce qu'il a réalisé (A) pour ensuite dégager la valeur du rapport que l'expert a présenté (B).

A – Le résultat des opérations d'expertise

692. A l'issue de l'accomplissement de sa mission, l'expert doit présenter aux arbitres et aux parties les résultats des opérations réalisées. L'expert doit ainsi élaborer un rapport d'expertise (1) dont sa forme doit être bien présentée et doit aussi contenir tout ce qui intéresse les parties et le tribunal arbitral (2).

1) L'élaboration d'un rapport d'expertise

693. Lorsque l'expert termine toute sa mission, il élabore un rapport d'expertise qu'il doit déposer entre les mains des arbitres et des parties (a). A cet effet, le dépôt du rapport engendre un effet important qui réside dans la poursuite de l'instance arbitrale (b).

a) Le dépôt du rapport d'expertise

694. Lorsque l'expert accomplit toutes les vérifications qui relèvent de sa mission, il dispose alors les résultats de ses investigations et de tous les éléments qu'il a acquis durant l'exécution de l'expertise. Ainsi, à partir de ce que possède l'expert et de ses connaissances et de son expérience, il sera en mesure de constituer un avis qu'il expose dans un rapport contenant toutes les étapes de l'expertise dès le début jusqu'à la formulation de l'opinion définitive qu'il fournit au tribunal arbitral et aux parties. De ce fait, sans excéder les limites de sa mission, l'expert doit délivrer un rapport contenant un avis et apporte un maximum d'informations claires qui ont comme objet essentiel de répondre aux questions techniques posées.

De ce qui précède, il en résulte que la preuve par expertise est normalement suivie par un rapport qui forme le dernier acte de la mission de l'expert et sera communiqué dans l'instance selon l'une des deux méthodes : soit selon les méthodes de la tradition civiliste c'est-à-dire

l'expert produit son rapport au tribunal et aux parties pour le critiquer en donnant au seul tribunal le pouvoir de questionner l'expert à propos des points rédigés dans le rapport ; soit selon les méthodes de la tradition de Common Law dans laquelle le rapport est considéré comme une attestation écrite provenant d'un témoin qui sera par suite soumis à l'interrogatoire des parties (examination et cross-examination).

Cependant, si le tribunal estime qu'un écrit n'est pas nécessaire, il peut autoriser l'expert à exposer son rapport oralement dans une audience dont la date sera fixée. C'est le principe consacré tant dans les pays de droit civil que dans les pays de Common Law. Ainsi, l'article 282 du code de procédure civile français dispose que *si l'avis n'exige pas de développements écrits, le juge (ou bien sûr l'arbitre) peut autoriser l'expert à l'exposer oralement à l'audience, il en est dressé procès verbal*. De même, l'article 35-4 du nouveau code de procédure civil en Angleterre (Procedures Civil Rules) énonce que *la preuve par l'expert est rapportée au moyen d'un rapport écrit à moins que la cour n'en décide autrement*. Cela signifie que lorsque l'expert arrive à terminer ses opérations, il doit transmettre les résultats qu'il a obtenus. C'est donc en principe un rapport rédigé par l'expert et contenant tout ce qui a été fait avec les conclusions. Exceptionnellement cependant, l'écrit n'est pas exigé dans le cas où un exposé oral suffit au tribunal et aux parties pour prendre connaissance de l'avis de l'expert.

Cette dernière exception n'est pas rarement appliquée dans un arbitrage international dans lequel souvent les parties désignent leurs propres experts qui sont considérés comme des témoins qui délivrent des preuves d'opinion⁷⁷⁸. La preuve par expert ne peut dès lors être résumée par un rapport écrit présenté par l'expert mais celui-ci est soumis dans la plupart des cas à une obligation de comparution pour déposer un témoignage avec lequel il transmet les résultats de ses opérations par le biais d'une examination et un cross-examination afin que la partie adverse puisse dégager les conclusions importantes des dires de l'expert.

Cependant, rien n'empêche que les deux méthodes soient appliquées dans l'arbitrage c'est-à-dire que l'expert est tenu d'une part de déposer un rapport écrit et, d'autre part, il sera en même temps soumis à une comparution dans laquelle il dépose d'une manière orale ses déclarations tout comme un témoin ordinaire⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ - S. Rousselle, op.cit., p.68.

⁷⁷⁹ - Voir supra, Examination et cross-examination, n°464 et s.

De même, si un interrogatoire n'est pas prévu, le tribunal arbitral peut, après que l'expert dépose son rapport écrit, convoquer celui-ci pour avoir les explications à propos de quelques points rédigés dans le rapport. Cette dernière hypothèse aura lieu surtout lorsque les experts désignés par les parties se contredisent entre eux. Le tribunal arbitral décide alors de les faire comparaître pour une confrontation avec laquelle il pourra arriver à une conclusion.

695. En plus du rapport, dans certains cas il arrive que l'expert dresse un pré-rapport. En fait, le pré-rapport ne fait pas l'objet d'un texte exprès dans les lois mais l'usage l'a rendu utile. Il s'agit d'un document dans lequel l'expert dresse les investigations réalisées et les résultats qu'il a obtenus puis il le transmet aux parties afin de recueillir leurs observations. C'est donc un projet de rapport définitif que l'expert envoie aux parties avant l'élaboration du rapport final contenant tous les pré-rapports et l'avis définitif de l'expert à propos des points qu'il a examinés.

Le pré-rapport peut être prévu dans la décision ordonnant l'expertise de sorte que le tribunal, en nommant l'expert, lui confie aussi d'élaborer un pré-rapport avant de déposer son rapport final. Mais dans le cas de l'absence d'une telle injonction par le tribunal, les parties et leurs conseils peuvent eux-mêmes demander à l'expert de fournir des pré-rapports contenant chaque opération exécutée par l'expert. Également, l'expert peut de son initiative dresser un pré-rapport sans que le tribunal ou les parties le demandent.

Sans aucun doute, la rédaction d'un pré-rapport présente certains avantages. En premier, il assure le caractère contradictoire des opérations réalisées de sorte qu'à l'issue d'une investigation quelconque, l'expert notifie les parties des résultats et par suite elles pourront formuler leurs observations à propos de ce qui a été réalisé. En second, en vertu du pré-rapport, le tribunal et les parties connaissent l'avis de l'expert à propos de la vérification qu'il a faite ; ce qui peut permettre à ceux-ci de commencer à formuler leurs défenses contre cet avis si l'expert n'a pas pris en compte les observations présentées par les parties⁷⁸⁰.

b) Effet du dépôt du rapport d'expertise – poursuite de l'instance

696. Après le dépôt de rapport contenant l'avis de l'expert, la mission de celui-ci arrive à son terme. Il y a donc dessaisissement de l'expert qui ne peut pas apporter des modifications

⁷⁸⁰ - Le seul inconvénient qu'on pourra le soulever contre le pré-rapport est qu'il participe à retarder l'instance initiale et par suite la solution du litige ; ce qui ne peut être dans l'intérêt des parties.

ou des additions au rapport qu'il a émis. C'est donc à partir du moment où le rapport sera entre les mains des arbitres et des parties que l'expert perd cette qualité⁷⁸¹.

Cependant, bien que le dépôt du rapport finisse la mission de l'expert, deux cas sont admis pour une nouvelle intervention de l'expert. En premier, le tribunal arbitral peut inviter l'expert pour compléter ou pour expliquer les points contenus dans son rapport soit par écrit soit à l'audience. Ce cas est prévu dans l'article 283 du code de procédure civile qui donne au juge, mais aussi à l'arbitre, le pouvoir d'entendre l'expert s'il ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements qu'il a attendus. En second, lorsque le rapport contient une erreur matérielle, il serait à l'expert de signaler la présence de cette erreur afin de la rectifier dans les plus brefs délais⁷⁸².

697. En revanche, comme on l'a dit, lorsque les arbitres sont saisis pour trancher un litige, ils ne peuvent statuer que s'ils possèdent tous les renseignements et toutes les explications d'ordre technique qui concernent les faits litigieux. A cet effet, s'ils n'ont pas les connaissances suffisantes, ils doivent ordonner une mesure d'instruction exécutée par un technicien spécialement un expert pour avoir les éclaircissements nécessaires afin de pouvoir statuer. Ainsi, lorsqu'une expertise est ordonnée, la procédure arbitrale sera suspendue temporairement pour que l'expert accomplisse sa mission. Néanmoins, avec le dépôt du rapport, il faudra poursuivre l'instance. C'est l'application de l'article 153 du code de procédure civile qui précise que *la décision ordonnant une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge (et l'arbitre)*. De ce fait, dès l'accomplissement de la mission de l'expert, l'instance se reprend et les audiences reviennent pour que les parties puissent discuter les divers résultats mentionnés dans le rapport de l'expert.

2) La forme et le contenu du rapport d'expertise

698. Pour que le rapport d'expertise soit compris par tout intéressé, il doit être présenté d'une manière avec laquelle sont respectées tant les conditions de forme (a) que les conditions du fond à savoir le contenu du rapport (b).

a) La forme du rapport d'expertise

699. La forme du rapport d'expertise est très importante parce que celui-ci est destiné à fournir des informations et des renseignements qui doivent être clairs et compris. De ce fait, le

⁷⁸¹ - Bien sûre seulement pour cette affaire.

⁷⁸² - Lorsqu'il dépose son rapport, l'expert restitue aux parties ou aux tiers les documents que lui ont été communiqués.

rapport doit être rédigé d'une manière précise et non équivoque. En effet, l'expert qui est un technicien spécialisé dans son domaine trouve parfois des difficultés dans l'emploi des termes de sorte qu'il a tendance à utiliser des mots techniques qui relèvent de ce domaine mais il a l'inquiétude qu'ils ne soient pas compris tant par le tribunal que par les parties. Ainsi, l'expert doit toujours se rappeler que lui seul est le technicien et les arbitres et les parties ne sont que des personnes étrangères à son domaine. Il doit donc éviter l'utilisation des mots que lui seul connaît le sens avec lesquels le tribunal ne peut trouver facilement les renseignements qu'il cherche. En définitive, le rapport est fait pour être lu et compris par tous. Il doit être un document facile à lire dans son intégralité et non seulement sa conclusion. Ceci suppose alors un langage totalement à portée du lecteur⁷⁸³ qui peut facilement acquérir les éclaircissements et les réponses aux différentes questions que l'expert a à répondre dans son rapport.

700. Après la rédaction du rapport, l'expert doit signer ce qu'il a rédigé afin de supporter toute responsabilité provenant de l'accomplissement de la mission et de l'avis émis⁷⁸⁴. En plus, dans le cas où plusieurs experts ont été commis, ils ne peuvent rédiger qu'un seul rapport même si l'avis de chacun d'eux est différent des autres. Ils ne peuvent dans ce cas qu'indiquer chacun son avis avec les motifs à l'appui. Ils ne peuvent donc pas déposer des rapports autant qu'il y a des avis. Mais dans le cas où cette dernière hypothèse est réalisée, il a été jugé que le dépôt des rapports distincts n'a pas pour effet d'engager la responsabilité des experts envers les parties⁷⁸⁵. A notre avis, dans ce cas les rapports déposés seront annulés et le tribunal oblige les experts à rédiger un seul rapport contenant leur avis distincts.

Quant à la forme proprement dite du rapport, aucune loi ne prescrit un plan ou une présentation déterminée mais il suffit essentiellement que l'expert rende un rapport d'expertise clair, précis et complet tout en délivrant des éléments d'éclaircissements nécessaires. Cependant, l'usage a fait que le rapport soit en principe divisé en deux parties : dans la première partie se trouve tout ce qui se rapporte aux opérations d'expertise et la seconde partie sera consacrée à l'avis de l'expert.

b) Le contenu du rapport d'expertise

701. Comme on l'a déjà mentionné ci-haut, deux parties constituent généralement le rapport d'expertise élaboré par l'expert.

⁷⁸³ - G. Rousseau et P. De Fontbressin, op. cit. p.245.

⁷⁸⁴ - Le rapport doit être rédigé dans la langue de l'arbitrage.

⁷⁸⁵ - Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 1987, Bull. civ. II, n°166.

702. Concrètement, la première partie contient d’abord la personne de l’expert en son nom, son prénom et ses qualifications et les noms, les prénoms des parties et de leurs conseils. En plus, la décision qui a ordonné l’expertise et la mission confiée à l’expert doit aussi être mentionnée dans la première partie. Il est aussi important que l’expert mentionne l’absence ou la présence des parties dans les réunions ou durant les investigations réalisées afin de s’assurer que le principe de contradictoire est bien appliqué.

703. La première partie doit ensuite contenir mention à propos de la documentation sur laquelle l’avis de l’expert est basé c’est-à-dire que l’expert doit mentionner toutes les pièces et tous les documents qui lui ont été fournis ainsi que toutes les informations qu’il a reçues d’un tiers sachant. Aussi, lorsque l’expert a recours à un technicien, dit sapiteur, pour solliciter ses examens dans une spécialité distincte de la sienne, il doit, selon l’article 282 du code de procédure civile, joindre son avis avec son nom et sa qualité. C’est ainsi encore lorsque des collaborateurs aident l’expert à accomplir sa mission sous son contrôle, celui-ci doit indiquer les qualifications des personnes qui l’ont aidé à effectuer les opérations.

704. Enfin et surtout, la première partie du rapport d’expertise doit contenir les observations des parties et les réponses à ces observations. En effet, l’expert n’est pas la seule personne qui assiste aux opérations qu’ils réalisent, mais comme on l’a dit, les parties doivent être convoquées à toutes les opérations. Dès lors, selon l’article 276 du code de procédure civile français et l’article 35-6 du code de procédure civil anglais (Civil Procedures Rules), les parties peuvent adresser à l’expert des observations à propos des investigations réalisées et des résultats obtenus. De ce fait, les parties ont le droit, dès le début de l’expertise jusqu’à la fin, de formuler des observations et des réclamations qu’elles estiment nécessaires à propos des opérations exécutées⁷⁸⁶. Autoriser les parties à présenter leurs observations assure sans doute le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire.

Ces observations et réclamations, qui sont généralement connues sous le nom de « dires », doivent toujours être prises en compte par l’expert qui s’oblige à répondre à tous les points soulevés. De ce fait, l’expert doit mentionner dans son rapport les dires des parties et les réponses qu’il en a données. C’est en résultat l’application de l’article 276 du code de procédure civile selon lequel *l’expert doit prendre en considération les observations et*

⁷⁸⁶ - Ces observations doivent être adressées en même temps à la partie adverse pour que celle-ci aura aussi la possibilité de formuler ses observations. Cette communication à l’autre partie se fait soit par l’auteur des observations soit par l’expert lui-même.

réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à ses avis si les parties le demandent.

En revanche, même si la présentation des dires relève du droit des parties, elle doit toujours être loyale de sorte que les parties ne peuvent pas adresser un nombre élevé de dires. A cet effet, selon le second alinéa de l'article 276, l'expert a la possibilité de fixer aux parties un délai dans lequel elles peuvent formuler leurs observations et il n'est pas tenu de prendre en considération celles présentées après l'expiration de ce délai sauf s'il existe une cause grave qui doit être justifiée. Par conséquent, l'expert doit répondre aux dires qui lui ont été dressés dans les délais fixés préalablement toutefois sans l'obligation de donner une réponse favorable aux remarques formulées. Les dires des parties doivent donc constituer une partie du rapport d'expertise dans laquelle seront affichées les observations et les réponses qui lui ont été données⁷⁸⁷. Dans tous les cas, lorsque l'expert ne répond pas aux dires des parties, cela peut entraîner l'annulation de l'expertise si ce défaut a porté atteinte aux droits des parties que ce soit les droits de la défense ou le droit à une expertise contradictoire⁷⁸⁸.

705. Quant à la seconde partie du rapport, elle contient l'avis de l'expert dans lequel il a répondu d'une manière définitive aux questions qui lui ont été posées lors de sa nomination. En effet, selon l'article 238 du code de procédure civile, *le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis*. Ainsi, l'expert doit fournir un avis sur chaque point relevant de sa mission et cela après avoir accompli toutes les opérations et toutes les investigations nécessaires pour dégager les conclusions attachées à cet avis.

Les conclusions constituant l'avis forment la partie la plus importante du rapport vers lesquelles les regards sont directement dirigés. Pour cela, elles doivent être exprimées et rédigées d'une manière claire et précise comme les autres mentions du rapport afin que le tribunal et les parties puissent comprendre son contenu et le commenter par la suite.

Enfin, lorsque les parties ou au moins l'une d'elles n'ont pas accepté le rapport, elles peuvent soit demander de soumettre l'expert à une procédure d'interrogation si cet expert est désigné par l'une des parties soit elles peuvent désigner elles-mêmes leurs propres experts afin de procéder aux investigations que l'expert du tribunal a réalisées⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ - L'expert lui-même préfère parfois de dresser un annexe qui sera attaché au rapport original et contenant les observations des parties et les réponses à ces observations.

⁷⁸⁸ - Cass. 3^{ème} civ., 19 avril 1972, Bull. civ. III, n°248.

⁷⁸⁹ - Il faut noter que le dépôt d'un rapport écrit ne prive pas l'expert d'être interrogé et contre interrogé par les parties.

B – La valeur du rapport d’expertise

706. Afin de mieux évaluer le rapport d’expertise, il est nécessaire d’abord de connaître la place occupée par ce rapport (1) pour ensuite permettre au tribunal arbitral d’apprécier son contenu (2).

1) La place du rapport d’expertise

707. Avant de vérifier la crédibilité du rapport déposé (b), il est nécessaire d’envisager la nature du document contenant le rapport émis par l’expert (a).

a) La nature du document formant le rapport d’expertise

708. Il a été longtemps admis que le rapport d’expert constitue un acte authentique. Cette qualification prend sa source de la délégation donnée à l’expert pour trancher une question technique et parfois accompagnée de la prestation du serment. La mission de l’expert est donc officielle surtout lorsqu’il est désigné par le tribunal arbitral. Ainsi, la majorité des auteurs ont considéré que dès lors que le rapport d’expertise est rédigé et déposé par l’expert qui a exécuté une ordonnance d’un tribunal, ce rapport fait foi jusqu’à inscription de faux⁷⁹⁰.

Cependant, selon ces auteurs, cette authenticité ne s’étend pas à toutes les énonciations du rapport, mais uniquement aux constatations relatives au déroulement de la mission d’expert telles que la mention de convocation des parties, la présence ou l’absence de celles-ci, la communication des pièces à l’expert etc. Ces constatations ne peuvent être attaquées qu’en vertu d’une inscription de faux. Mais pour les autres énonciations contenues dans le rapport qui ne sont pas directement constatées par l’expert, elles peuvent être prouvées par tous moyens apportés par les plaideurs puisqu’elles peuvent recevoir une preuve contraire.

Néanmoins, notre pensée n’est pas en faveur de l’authenticité du rapport de l’expert. En effet, l’article 1317 du code civil énonce que *l’acte authentique est celui qui a été reçu par officier public*. De ce fait, comme on l’a dit, l’expert est l’auxiliaire du juge et de la justice et ne peut par suite être qualifié d’officier public parce que, d’une part, sa mission est limitée par un délai qui lui est imparti par le tribunal et, d’autre part, le vrai officier public est celui qui est toujours apte à recevoir la mission de rédiger des actes sans limitation temporelle. Ainsi, nous pensons que le rapport d’un expert est celui qui contient uniquement les résultats des

⁷⁹⁰ - P. Catala, « Les suites de l’expertise », in *L’expertise dans les principaux systèmes juridiques d’Europe*, Travaux et recherches de l’institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l’épargne 1969, p.76 ; J. Boulez, op. cit., p.196 ; L. Mallard, op. cit., p.91 ; R.Génin-Méric, « Mesures d’instruction exécutées par un technicien », *JCL* procédure civile, fasc. 662.

investigations réalisées et non pas des énonciations avec lesquelles le rapport sera considéré un acte authentique qui ne peut faire preuve jusqu'à inscription de faux. En plus, aucun texte de loi ne donne une force probante quelconque aux constatations accomplies par l'expert mais par contre c'est à l'expert de prouver les faits qu'il a été désigné pour vérifier.

A l'issue de cette controverse dans les pensées, la cour de cassation a tranché cette contestation et elle a précisé à plusieurs reprises d'une manière définitive que le rapport de l'expert ne constitue pas un acte authentique⁷⁹¹. Dès lors, les énonciations que comporte le rapport de l'expert peuvent être prouvées sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure d'inscription de faux et par suite elles font foi jusqu'à preuve contraire⁷⁹².

b) La crédibilité du rapport d'expertise

709. La question qui doit être posée dans ce cadre est de savoir si le tribunal arbitral est lié par les conclusions que l'expert a élaborées dans son rapport ou s'il peut décider dans un sens contraire ? Pour répondre à cette question, il faut distinguer selon que l'expert est nommé par le tribunal arbitral ou qu'il est nommé par les parties. En fait, dans l'arbitrage international, on a vu que les parties sont autorisées à désigner leurs propres experts afin d'accomplir des missions d'expertise dont les résultats sont produits dans l'instance. Ces expertises sont donc proches des expertises privées qui se réalisent sous le contrôle des parties et parfois sous leur influence qui peut toujours avoir lieu sur l'expert dans l'accomplissement de ses investigations. A partir de là, nul ne peut obliger les arbitres à être liés par les conclusions des experts des parties même si ces experts sont nommés conjointement par les parties.

710. Mais, en ce qui concerne l'expert désigné par le tribunal, il est certainement supposé indépendant des parties et le tribunal ne l'a commis que pour obtenir des éclaircissements sur des questions techniques pour pouvoir résoudre le litige. Mais, bien que l'expert du tribunal soit indépendant et neutre, le principe traditionnel consiste à ne pas lier les arbitres par les conclusions et l'avis de l'expert. Ce principe est consacré par l'article 246 du code de procédure civile selon lequel *le juge n'est pas lié par les constatations et les conclusions du technicien*. Sans doute si le juge n'est pas lié, le tribunal arbitral n'est pas non plus lié par les constatations de l'expert qu'il soit nommé par lui ou à fortiori par les parties.

⁷⁹¹ - Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1998, n°96-14.239, inédit ; cass. 1^{ère} civ., 19 janvier 1999, Bull. civ.I, n°22 ; *Gaz. Pal.*, 13 octobre 2000, p.16, note M. Olivier.

⁷⁹² - CA Paris, 23 mars 2001 ; *Gaz. Pal* 2001 p.12, note M. Olivier.

La principale raison de cette liberté du tribunal arbitrale réside dans l'absence du pouvoir de juger à leur place. Ainsi, comme pour les autres modes de preuve présentés au tribunal, celui-ci possède encore une fois une libre appréciation en matière d'expertise à l'égard des conclusions de l'expert⁷⁹³. Les arbitres sont donc libres d'apprécier souverainement les synthèses de l'expert afin de les prendre, les rejeter, d'adopter ou exclure une partie de ces synthèses. Il en résulte que les arbitres ne sont pas tenus d'interroger l'expert lorsqu'ils ne suivent pas les conclusions contenues dans son rapport⁷⁹⁴. Le tribunal pourra par conséquent rechercher dans le rapport tout ce qui peut établir sa conviction sans toutefois être tenu de choisir certains éléments pour élaborer sa sentence.

711. Cependant, bien que le tribunal possède un pouvoir souverain envers les conclusions contenant dans le rapport de l'expert, il ne peut pas en revanche dénaturer son contenu. En effet, le tribunal arbitral pourra toujours interpréter le rapport d'expertise afin de dégager les conclusions utiles pour la résolution du litige. Mais, cette interprétation ne peut aller jusqu'au point de donner un autre sens aux énonciations et aux conclusions élaborées par l'expert. Les arbitres doivent donc interpréter correctement le contenu du rapport sans faire dire par l'expert ce qu'il n'a pas dit ou dire qu'il a exprimé certaines choses de telle façon bien qu'il n'ait rien dit à ce propos⁷⁹⁵.

2) L'appréciation du contenu du rapport d'expertise

712. L'appréciation du contenu du rapport d'expertise nécessite, d'une part, de savoir à quel degré les énonciations du rapport influent-elles sur la décision des arbitres (a) et, d'autre part, de savoir comment les arbitres se comportent-ils dans la présence des rapports d'expertise contradictoires (b).

a) L'influence du rapport d'expertise sur la décision du tribunal arbitral

713. En admettant que le tribunal ne soit pas lié au rapport de l'expert, celui-ci peut être amené à jouer un rôle important dans la constitution de la conviction des arbitres surtout lorsque le rapport est bien établi de sorte qu'il rend les arbitres intéressés par sa forme ou par son style et même par les résultats qu'il contient. Mais par contre, on ne peut pas non plus nier l'influence d'un mauvais rapport d'expertise sur la suite du procès en général et l'avis des arbitres en particulier. De ce fait, les rapports d'expertise ne sont pas tous identiques, mais

⁷⁹³- I. Hautot, « Rapport introductif », in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p.26 ; J.-F. Poudret, « Rapport de synthèse », in *Arbitrage et expertise*, CCI 1994, p.129.

⁷⁹⁴ - CA Paris, 1^{ère} ch. Civ, 28 novembre 2002, *Rev. arb.* 2003 n°2, p.445, note Ch. Belloc.

⁷⁹⁵ - Cass. Soc, 5 juillet 1972, Bull. civ. V, n°496.

certaines sont bons tandis que d'autres ne le sont pas et certains apportent une conviction pour le tribunal tandis que d'autres sont démunis de la force qui peut influencer sur le tribunal arbitral parce que soit l'expert n'a pas pu arriver aux résultats attendus soit il a manqué à ses devoirs envers le tribunal ou envers les parties.

714. Quelle est donc l'influence des conclusions de l'expert sur la décision définitive du tribunal arbitral ? En principe, il paraît difficile de déterminer à l'avance, lors du dépôt des rapports, quel poids le tribunal accordera à chacun d'eux ou quel rapport sera le plus convaincant pour le tribunal arbitral. En effet, une distinction entre les experts nommés par le tribunal et les experts nommés par les parties doit être faite.

Lorsque les arbitres nomment eux-mêmes un expert pour exécuter une mesure d'instruction, bien qu'ils ne soient pas liés par ses conclusions, ils ne peuvent pas toujours écarter ce qu'il a conclu. Cela peut être justifié doublement : d'une part, parce qu'il a accompli sa mission d'une manière sérieuse et d'autre part, parce que son raisonnement peut paraître logique et sincère par rapport aux énonciations que présentent les autres modes de preuve produits dans l'instance en particulier les avis des experts nommés par les parties. De même, si le tribunal arbitral a nommé un expert avec l'accord de toutes les parties, il paraît dans ce cas que les arbitres sont, d'une manière ou d'une autre, tenus par les résultats de l'expert.

Par contre, lorsque les experts sont nommés par les parties, bien qu'ils ne puissent pas lier le tribunal par leurs avis, ils peuvent parfois impressionner les arbitres. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un expert nommé par une partie, il est tout à fait normal que la partie adverse refuse les résultats de cet expert. Dans ce cas, le tribunal arbitral apprécie souverainement les conclusions et pourra par suite rejeter le rapport pour deux raisons : en premier parce qu'il n'est pas convaincu et en second parce que la partie adverse a présenté le rapport de son propre expert qui paraît plus crédible.

Mais, lorsque l'expert fournit un rapport dans lequel sont mentionnées toutes les informations utiles et un avis clair et apportant les éclaircissements nécessaires, le tribunal ne peut dans ce cas écarter un tel rapport parce qu'il décrit toutes les questions posées et toutes les réponses que l'expert a donné aux différents points soulevés que ce soit par le tribunal ou par les parties. De même, lorsque l'expert explique comment il a obtenu son avis, le tribunal accorde une grande valeur à cet avis parce qu'il présente un lien étroit entre ce qu'il a été demandé et les résultats obtenus à la fin des opérations réalisées.

En plus, un rapport rédigé soigneusement et contenant toutes les réponses nécessaires, laisse les parties en difficulté de rechercher des choses irrégulières. Dans ce cas, surtout lorsque le rapport est une émanation d'un expert désigné par l'une des parties, cela rend l'interrogatoire de la partie adverse difficile de sorte qu'elle ne peut pas trouver des interrogations. De même, un tel rapport peut aider le conseil de la partie à mieux exposer les faits prouvés par l'expert afin de convaincre davantage le tribunal arbitral.

715. En revanche, que l'expert soit désigné par le tribunal ou par les parties, il doit donner le rapport qu'il a élaboré simultanément au tribunal et à toutes les parties. Cependant, si l'expert est nommé par le tribunal, il peut transmettre le rapport au tribunal arbitral et celui-ci transmet à chacune des parties une copie⁷⁹⁶. Mais, si l'expert est commis par l'une des parties, il n'a qu'à communiquer le rapport à sa partie et à la partie adverse et au tribunal sous peine de porter atteinte aux droits de la défense et à l'égalité entre les parties.

b) La contradiction entre plusieurs rapports d'expertise

716. Lorsque les arbitres se trouvent face à des expertises contradictoires provenant des experts witnesses nommés par les parties, il leur appartient de déterminer quel rapport paraît plus crédible et proche de la vérité à partir duquel ils peuvent constituer leur conviction. C'est donc par une comparution des experts devant le tribunal arbitral et devant les parties que les arbitres pourront souvent tester la sincérité et la crédibilité des experts en leur soumettant à une phase d'interrogation qui commence par les questions des parties et se termine par celles posées par les arbitres. Par suite, le tribunal sera en mesure d'apprécier les dires et les résultats de chacun des experts afin d'arriver à des conclusions qui lui sont propres. Il peut à cet effet retenir l'une ou l'autre expertise ou rejeter les deux s'il estime qu'elles ne peuvent pas le convaincre.

717. En pratique, il est rare que les arbitres rejettent tous les résultats de tous les experts nommés par les parties surtout lorsqu'ils ont été choisis par les parties en raison de leur compétence et de leurs connaissances dans la matière du litige. Les arbitres adopteront ainsi l'avis de l'expert qui paraît plus qualifié et mieux adapté à répondre aux questions techniques comme celles posées dans l'instance arbitrale.

718. En plus, le tribunal arbitral prend en compte l'indépendance de l'expert dans son travail. Ainsi, les arbitres recherchent bien si l'expert a été influé par quelqu'un surtout par la partie

⁷⁹⁶ - L. Mallard, op.cit. p.88.

qui l'a nommé. Cela paraît lors de la comparution des experts devant le tribunal arbitral de sorte que celui-ci peut s'assurer de l'existence d'une pression ou d'une influence qui remettrait en cause la sincérité et la crédibilité de l'expert. De ce fait, l'avocat de la partie doit rester le plus loin possible et ne pas intervenir pour influencer sur le contenu du rapport ou sur le témoignage que fera l'expert lors de sa comparution. Dès lors, « *seules les opinions indépendantes et pertinentes émanant d'experts dûment qualifiés sont de nature à être prises sérieusement en compte par un tribunal arbitral* »⁷⁹⁷. Il est à noter toutefois que lorsque le tribunal arbitral a nommé un expert mais les parties ont aussi présenté des rapports d'expertises officieuses, les arbitres peuvent écarter les opinions de leur expert au profit du rapport de l'expert officieux de l'une des parties. Cette hypothèse paraît cependant rare surtout que, lorsque le tribunal choisit un expert, c'est en raison de la confiance dans ses compétences et ses connaissances qu'il a été désigné.

719. Mais, bien que le tribunal arbitral ne puisse pas être lié par les rapports d'expertise qui lui ont été présentés, on se demande s'il est tenu de motiver sa décision lorsqu'il écarte les conclusions d'une expertise. D'une manière générale, lorsqu'un tribunal prononce sa sentence, il devra mentionner les motifs qu'il a retenus pour constituer sa conviction. A partir de là, les arbitres sont aussi tenus d'indiquer les raisons qui leur ont porté à refuser tel rapport ou telle ou telle conclusion. Ainsi, comme pour les autres modes de preuve, le tribunal arbitral possède à l'égard de la preuve par expertise le même pouvoir pour l'écarter s'il n'est pas convaincu à condition cependant de mentionner les raisons dans sa sentence⁷⁹⁸.

720. Enfin, lorsque le tribunal arbitral estime constituer sa conviction à partir d'une expertise réalisée, cette dernière doit être régulière de sorte qu'elle ne peut pas avoir la force probante si elle est exécutée dans des circonstances irrégulières telles qu'une décision qui a ordonné une expertise provenant d'un tribunal arbitral qui, à l'origine, souffre d'une anomalie quant à sa constitution. C'est le cas par exemple d'un tribunal arbitral qui contient un arbitre qui n'a pas la capacité d'être un arbitre et ce tribunal avait pris une décision d'ordonner une expertise avant que l'arbitre incapable ait été remplacé. Les résultats de l'expertise ainsi réalisée ne peuvent être pris en considération par le tribunal arbitral que comme des simples renseignements.

⁷⁹⁷ - M. Feutrill et N. Rubin, op.cit., p.307.

⁷⁹⁸ - Les raisons peuvent résulter par exemple de la crédibilité d'un témoignage ou de la force probante d'un document quelconque présenté à l'instance.

CONCLUSION

721. La notion de l'arbitrage international, le mode de règlement des litiges du commerce international, n'est pas identique dans tous les pays. Chaque législation traite cette notion d'une manière appropriée à ses intérêts économiques ou commerciaux et même d'une manière différente de l'arbitrage interne dans ce même pays. En droit français, par exemple, l'article 1504 du code de procédure civile énonce *qu'est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*. Cela signifie que l'arbitrage est international, selon le droit français, lorsque l'opération économique contenant des biens ou des services traverse les frontières et peu importe tout autre critère externe tels que la nationalité des parties, leurs domiciles ou le lieu où se déroule l'arbitrage.

722. Cependant, bien que l'idée de l'arbitrage international diffère d'un pays à un autre, toutes les législations admettent l'admissibilité des différents modes de preuve afin d'atteindre le but de l'arbitrage qui réside dans la recherche de la vérité. Ainsi, que la loi applicable à la procédure arbitrale dérive du système de Common Law ou du système de Civil Law, toutes les lois n'acceptent pas des dérogations à une bonne administration des preuves qui pourront être produites dans l'instance arbitrale internationale.

723. Si le principe d'admissibilité des preuves fait l'unanimité, un point de différence existe toujours entre les diverses législations. Cette différence ne peut être que celle qui concerne la primauté de certains modes de preuve sur certains autres. En effet, tandis que dans les pays qui suivent la pratique du Common Law, la preuve orale occupe une place très importante lors de l'administration des preuves, on trouve que dans les pays de tradition romaniste, rien ne peut remplacer une preuve écrite pour apporter la conviction des juges qui comptent en premier sur les plaideurs, sinon sur les tiers, pour produire les pièces et les documents qui semblent importants pour la résolution du litige.

Sans aucun doute, les divergences se trouvant entre les deux systèmes juridiques ne peuvent pas être négligées dans une instance arbitrale internationale surtout lorsque celle-ci regroupe des parties et des arbitres issus des différents systèmes. Ces intervenants sont souvent habitués à appliquer les dispositions et les pratiques qu'ils ont apprises dans leurs pays et, par suite, il ne sera pas simple de les priver d'appliquer leurs acquis. En plus, permettre à chaque partie d'appliquer ses propres traditions, l'égalité entre les parties sera certainement violée de fait que la situation d'un plaideur qui apporte et qui prépare un témoin pour déposer un

témoignage sera beaucoup mieux que son adversaire qui demande au tribunal de nommer et d'interroger un témoin.

724. En revanche, afin d'arriver à une procédure arbitrale véritablement internationale, il faut avoir recours à des dispositions dont le but essentiel réside dans l'égalité, voire dans l'équilibre, entre les parties. Ainsi, on a pu constater un consensus suivi dans la majorité des instances arbitrales internationales qui consiste à appliquer des règles provenant des différents systèmes juridiques à savoir les systèmes de Common Law et de Civil Law et cela afin de rendre les différences dans leur niveau le plus bas.

A cet effet, comme les points de divergence qui existent entre les deux traditions concernent spécialement les méthodes d'administration des différents moyens de preuve produits dans l'instance arbitrale, il a été donc admis qu'en ce qui concerne la preuve écrite, celle-ci sera administrée selon les pratiques suivies dans les pays du système de droit civil. Par contre, l'administration de la preuve orale sera réalisée selon les règles appliquées dans les pays du système de Common Law.

725. La preuve écrite, quelle soit sur support papier ou sur support électronique, reste toujours une preuve que nul ne peut contester sa sincérité. Cette sincérité résulte du fait que la preuve écrite se présente sous une forme manuscrite avec laquelle toutes les stipulations que les parties contractantes ont arrêtées sont claires. C'est l'application suivie dans les pays issus de la tradition romaniste dans lesquels la primauté est donnée à la seule preuve écrite pour prouver les droits des litigants⁷⁹⁹.

Ainsi, parce que, d'une part, la procédure arbitrale internationale est une procédure qui a vocation à permettre aux plaideurs de mieux prouver leurs droits à travers les meilleures preuves et parce que, d'autre part, la preuve écrite présente de multiples garanties, l'administration de cette preuve dans l'arbitrage international est souvent influencée par les pratiques appliquées sur la preuve écrite dans les pays du système de droit civil. Ce qui a donné à la preuve écrite dans l'arbitrage international une grande importance parmi les divers modes de preuve produits dans l'instance. Dès lors, chaque plaideur tend à produire une preuve écrite avec laquelle le tribunal arbitral sera convaincu et lui donne gain de cause.

726. Cependant, en dépit de l'importance de la preuve écrite dans l'arbitrage international, cette preuve n'est pas la seule que les parties produisent dans la procédure arbitrale. La preuve

⁷⁹⁹ - Avec cependant certaines exceptions.

orale, par témoins et par expertise, est aussi largement utilisée dans les instances arbitrales internationales en raison des avantages qu'elle peut présenter surtout lors de la phase de la préparation des témoins et de leur interrogatoire par les parties. Cette pratique permet au tribunal arbitral de déduire, d'après les dires des témoins, laquelle des deux parties a bien procédé à la preuve de ses allégations.

727. Néanmoins, bien que les déclarations des témoins et les investigations des experts pèsent lourd dans la recherche de la vérité dans une procédure arbitrale internationale, on ne trouve pas jusqu'à maintenant, dans les droits étatiques ou dans les règlements d'arbitrage, des dispositions permettant de connaître la place des preuves orales parmi les autres modes de preuve présentés dans cette justice internationale. Peut être que les législateurs et les rédacteurs des règlements n'ont pas encore senti la valeur que possèdent ces preuves qui forment des moyens dont les parties ont souvent recours dans une instance arbitrale internationale.

Malgré ce vide dans les droits et dans les règlements, ces derniers ont posé un ensemble de règles qui évoquent d'une manière générale le rôle du témoignage et de l'expertise dans l'arbitrage international. Mais cette généralité dans les règles ne suffit pas à préciser la valeur exacte de ces deux preuves par rapport à d'autres moyens. Ainsi, en plus de ce qui a été codifié dans les lois et les règlements, il a été créé des règles à partir des dispositions édictées dans les textes surtout ceux du droit de Common Law. De ce fait, la pratique de la plupart des mesures réalisées dans le domaine de la preuve orale dans l'arbitrage international s'inspire de ce qui est appliqué sur cette preuve dans le système de Common Law en particulier la préparation des témoins et leur interrogation.

728. La pratique de préparation des témoins a toujours été l'objet des débats qui ont occupé les juristes du système de droit civil qui ont enfin arrêté que « *la préparation du témoin dans l'arbitrage international ne s'oppose pas à la déontologie de la profession des avocats* »⁸⁰⁰. Sans aucun doute, cette disposition s'applique également aux experts choisis par les parties et qui sont considérés comme des témoins et par suite une preuve qui relève de la famille des preuves orales. Ce faisant, les preuves orales sont désormais des preuves avec lesquelles les parties veulent bien présenter des meilleurs témoignages et expertises afin de convaincre le tribunal arbitral pour rendre une sentence arbitrale favorable et conforme à leurs souhaits.

⁸⁰⁰ - Projet de rapport et de résolution sur « Le témoin dans l'arbitrage international – préparation et production », sous commission arbitrage international, 13 novembre 2007.

729. Enfin, dans une procédure arbitrale internationale qui regroupe des parties de divers systèmes juridiques dont l'une appartient à un système où la preuve écrite prévaut sur toutes les autres preuves et l'autre appartient à un système où la preuve orale occupe le premier rang parmi les preuves présentées dans l'instance, on se demande à propos d'un cas dans lequel une partie a produit une preuve écrite qui a apporté la conviction du tribunal arbitral et la partie adverse a, à son tour, présenté une preuve orale qui a convaincu le tribunal mais dans un sens opposé. Dans ce cas, les arbitres doivent certainement rechercher un critère avec lequel ils pourront, d'une part, choisir entre l'une ou l'autre preuve et, d'autre part, faire prévaloir une preuve sur l'autre afin de trancher le litige.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Acceptation, 269, 334.

Agent diplomatique, 407.

Allégation, 6, 8, 10, 12, 15, 19, 23, 47, 84, 103, 110, 131, 142, 172, 221, 243, 295, 298, 389, 503, 516, 519, 539, 565, 620, 669, 726.

Amiable compositeur, 114.

Archivage, 298, 299, 301, 304.

Astreinte, 94, 117, 118, 120, 382, 643, 644.

Avocat, 91, 93, 101, 126, 127, 402, 415 et s., 432 et s., 456, 553, 620, 623, 653, 654, 656, 657, 718, 728.

C

Cautionnement, 169.

Charge de la preuve, 4, 6, 7, 10, 123, 216, 525, 528, 592, 620.

Clause compromissoire, 25, 148, 182, 207, 281, 379, 475.

Collaborateur, 610, 612, 703.

Commission rogatoire, 131, 592.

Contre lettre, 220.

Convention de La Haye, 131, 132, 133, 276, 278, 459, 592.

Conviction, 5, 8, 13, 174, 195, 197, 199, 227, 229, 323, 359, 363, 444, 483, 487, 503, 505, 507, 508, 544, 553, 616, 623, 657, 658, 692, 713, 716, 719, 720, 723, 729.

Créancier, 73, 76, 79, 169, 180, 182, 190, 193.

Cross-examination, 435, 452 et s., 466, 467, 506, 542, 694.

D

Débiteur, 76, 104, 149, 169, 180, 182, 193, 294.

Défendeur, 6, 104, 123, 150, 171, 178, 179, 180, 379, 388, 461, 463, 464.

Demandeur, 6, 110, 123, 149, 150, 170, 171, 174, 178, 179, 180, 181, 187, 372, 388, 461, 463, 464, 562, 563.

Discovery, 91, 92, 96, 100, 102, 114, 328, 372, 448.

Direct-examination, 452, 453, 454, 465, 467.

Dol, 153, 495.

E

Economie, 239, 278, 585.

Erreur, 98, 193, 219, 221, 222, 304, 310, 357, 494, 495, 558, 666, 696.

Etat, 1, 51, 62, 131, 162, 278, 286, 346, 349, 407, 444, 563, 592.

Examination, 375, 694.

Exequatur, 118, 120, 382, 443, 462, 484, 486, 643.

F

For, 111, 133, 200.

Force majeure, 185, 189, 190, 663.

Fraude, 153, 277, 497.

I

Impartialité, 505, 559, 577, 603, 606, 607, 663, 669, 671, 676, 678, 679.

Impérium, 118, 366, 382, 396, 399, 407, 459, 642.

Indépendance, 505, 508, 557, 559, 577, 603, 606, 607, 663, 676, 678, 718.

Investigation, 505, 524, 531, 536, 539, 550, 565, 588, 589, 592, 609, 611, 628, 629, 633, 638, 641, 647, 651, 656, 657, 682, 688, 694, 695, 702, 704, 705, 708, 709, 727.

J

Juge d'appui, 94, 116, 399, 400, 407, 459, 573, 592, 642, 643, 645.

Justice, 1, 3, 6, 33, 46, 91, 107, 123, 126, 161, 162, 176, 232, 243, 255, 295, 353, 366, 375, 388, 394, 400, 407, 413, 415, 417, 418, 421, 424, 428, 440, 442, 445, 446, 471, 488 et s., 495, 545, 607, 627, 635, 662.

L

Leading questions, 454.

Légalisation, 201.

M

Mandant, 170, 183.

Mandat, 170, 183, 556, 558.

Mandataire, 73, 78, 170, 183, 203, 545, 552, 553, 556, 559, 662, 679.

N

Notaire, 51, 52, 56 et s., 126, 128, 145, 201, 203, 205, 206, 256, 286, 287, 290, 303, 330, 352, 365, 415 et s., 620.

O

Objet de la preuve, 6, 7, 192.

Officier public, 23, 48, 50, 51, 59, 60, 61, 63, 65, 66, 68, 72, 170, 171, 198, 203, 205, 208, 261, 285, 286, 287, 348, 365, 418, 427, 620, 708.

Offre, 267, 268, 269, 271, 334, 336.

Ordre public, 97, 100, 126, 135, 162, 163, 276, 277, 297, 306, 307, 311, 329, 415, 497, 498, 552, 686.

P

Pouvoir discrétionnaire, 102, 135, 159, 171, 187, 507, 528.

Préjudice, 62, 170, 180, 211, 221, 421, 494, 558, 628, 631, 658, 662, 666, 679, 685.

Prétention, 2, 5, 6, 7, 9, 100, 107, 110, 119, 123, 142, 149, 179, 207, 339, 514.

R

Récusation, 607, 626, 674, 675 et s.

Redirect examination, 467.

Responsabilité, 6, 62, 123, 379, 410, 418, 425, 436, 481, 492, 499, 552, 553, 558, 559, 576, 610, 612, 616, 623, 631, 658, 659 et s., 679, 700.

S

Sachant, 385, 630, 639, 645, 703.

Sanction, 83, 395, 436, 495, 496, 499, 623, 631, 663, 673.

Sapiteur, 611, 612, 703.

Sentence, 5, 6, 22, 46, 84, 102, 115, 117, 118, 120, 123, 129, 135, 175, 217, 218, 226, 228, 358, 379, 382, 397, 409, 415, 427, 476, 481, 483, 484, 486, 494 et s., 505, 507, 509, 511, 522, 531, 539, 545, 556, 572, 597, 625, 666, 688, 719.

Serment, 8, 10, 124, 366, 391, 392, 393, 398, 399, 400, 475, 489, 492, 493, 496, 499, 604, 605, 609, 639, 708.

Société de fait, 183.

T

Transaction, 2, 187, 231, 234 et s., 245, 249, 254, 276, 280, 307, 311, 331, 597.

V

Vérité, 2 et s., 8 et s., 19, 89, 107, 123, 125, 126, 159, 169, 171, 173, 176, 228, 243, 246, 353, 366, 381, 383, 388, 394, 399, 400et s., 409, 413, 436, 442, 444, 458, 469, 493, 495, 506, 507, 508, 539, 592, 607, 612, 619, 635, 638, 643, 663, 722, 727.

BIBLIOGRAPHIE

1) OUVRAGES GÉNÉRAUX

- **A. Abou Wafa**, *L'arbitrage volontaire et forcé*, Maison des publications universitaires, 2008.
- **J. N. Adams et G. Averley**, *A bibliography of eighteenth century legal literature*, Averro Publication, 1982.
- **A. H. Ahdab**, *L'arbitrage, règlements et sources*, Tome 1, Nawfal 1990.
- **A. H. Ahdab**, *Droit libanais de l'arbitrage*, Sader, 1996.
- **A. H. Ahdab**, *L'arbitrage dans les pays arabe*, tome 1, 1998.
- **M. Antoine, M. Eloy et J.-F. Brakeland**, *Le droit de la preuve face aux technologies de l'information*, Story-scientia, 1991.
- **F. Arbellot et F. Delbano**, *Droit de l'expertise*, sous la direction de Tony Moussa, 2^{ème} éd. Dalloz 2011.
- **Aubry et Rau**, *Droit civil français, action et exception, preuve, chose jugée, prescription*, Tome 12, 6^{ème} éd. Par Paul Esmein, Librairie technique, 1958.
- **G. Baudry-Lacantinerie et M. Houques-Fourcade**, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 2^{ème} éd. 1900.
- **A. Bénabent**, *Droit civil, les obligations*, 12^{ème} éd., Montchrestien 2010.
- **A. Bensoussan**, *L'informatique et le droit de la preuve*, Hermès 1994.
- **A. Bensoussan et Y. Le Roux**, *Cryptologie et signature électronique, aspects juridiques*, Hermes, 1999.
- **J. Bentham**, *Traité des Preuves judiciaires*, tome 1, Bossange 1823.
- **J. Beynet et J. Rousseau**, *Manuel pratique de l'expertise judiciaire*, Journal des notaires et des avocats, 1986.
- **E. Blanc**, *La preuve judiciaire – commentaire du décret du 17 décembre 1973*, Librairie du journal des notaires et des avocats, 1974.
- **É. Bonnier**, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et criminel*, Paris, 1888.
- **J. Boulez**, *Expertises judiciaires*, 15^{ème} éd. Delmas, 2009.
- **G. Bourgeois, P. Julien et M. Zavaro**, *La pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1999.
- **J. Carbonnier**, *Droit civil, les obligations*, Tome 4, 19^{ème} éd. 1995.

- **A. Chaveau, H. Faustin et E. L. Villey-Desmeserets**, *Théorie du code pénale*, tome IV, 6^{ème} éd., Marchel et Billard, 1887-1888.
- **J. Chevalier**, *La charge de la preuve – cours de droit civil approfondi 1958-1959*, Les cours de droit de Paris V 1959.
- **D. Cohen et B. Oppetit**, *Arbitrage et société*, L.G.D.J. 1993.
- **Colin et Capitant**, *Précis de droit civil*, Tome 2, 9^{ème} éd., Dalloz 1947.
- **A. Colin et H. Capitant**, *Cours élémentaire de droit civil français*, 10^{ème} édition par J. de la Morandière, Dalloz 1953.
- **N. Comair-Obeid**, *L'arbitrage en droit libanais*, Delta, Bruylant, 1999.
- **G. Cornu**, *vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, 6^{ème} éd., 1996.
- **R. Daniault et Y. thomas**, *Contentieux de l'entreprise, expertise et arbitrage*, Aengde/Dunod, 3^{ème} éd., 1992.
- **M. D. Dalloz et A. Dalloz**, *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence*, T. 40, Paris, Bureau de la jurisprudence générale 1895, p.343.
- **R. David**, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica 1982.
- **R. David**, *Le droit du commerce international*, Economica 1987.
- **M. De Boissésou**, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2^{ème} éd., GLN, édition JOLY, 1990.
- **J. De Poulpiquet**, *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires*, Dalloz 2009.
- **J. Devèze**, *Contentieux et expertise – expertise comptable*, épreuve n°2, 4^{ème} éd., Litec 1996.
- **L. Ducharme**, *L'administration de la preuve*, 2^{ème} éd., Wilson&Lafleur, 1986.
- **L. Fatout et F. Volante**, *La preuve électronique*, ESC Le havre, 2002.
- **A.-F. Fausse**, *La signature électronique - transaction et confiance sur internet*, Dunod, 2001.
- **P. Feuillet et F. Thorin**, *Guide pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1991.
- **J. Flour et J.-L. Aubert**, *Les obligations, l'acte juridique*, 13^{ème} éd. Par E. Savaux, Sirey Dalloz, 2008.
- **J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux**, *Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation*, 6^{ème} éd. Par E. Savaux, Sirey 2009.
- **R. Floriot et R. Combaldieu**, *Le secret professionnel*, Flammarion 1973.
- **Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

- **R. Garraud**, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, Tome. 5, Sirey 1924.
- **J. Ghestin et G. Goubeaux**, *Traité de droit civil – introduction générale*, 4^{ème} éd. Avec le concours de M. Fabre-Magnan, L.G.D.J., 1994.
- **J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau**, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005.
- **Kh. O. Ghosn**, *L'impérisme de l'arbitre dans l'arbitrage interne*, 2005.
- **F. Gil**, *Preuves*, Aubier, 1988.
- **R. Gori**, *La preuve par parole*, nouvelle édition augmentée d'un prologue, Edition Erès, 2008.
- **F. Gorphe**, *L'appréciation des preuves en justice*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1947.
- **C. Halpern**, *Guide et pratique : droit et internet*, Edition De Vecchi, 2003.
- **J. Héron et T. Le Bars**, *Droit judiciaire privé*, 5^{ème} éd., Montchrestien, 2012.
- **R. Houin, R. Rodière et D. Legeais**, *Droit commercial*, Tome 1, 9^{ème} éd., Sirey 1993.
- **A. Huet**, *Les conflits de loi en matière de preuve*, Dalloz, 1965.
- **J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup**, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd. Dalloz, 2010.
- **R. Japiot**, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3^{ème} éd., A. Rousseau 1935.
- **A. Jauffret**, *Manuel de procédure civile et de voies d'exécution*, 14^{ème} éd., L.G.D.J., 1984.
- **P. Julien et N. Fricero**, *Droit judiciaire privé*, 4^{ème} éd. L.G.D.J. 2011.
- **X. Lagarde**, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, L.G.D.J, 1994.
- **P. Lambert**, *Le secret professionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- **B. Lemesle**, *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.
- **H. Lévy-Bruhl**, *La preuve judiciaire*, Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1964.
- **P. Lurquin**, *Traité de l'expertise*, volume 1, Bruylant, Bruxelles, 1985.
- **D. Majdanski**, *La signature et les mentions manuscrites dans les contrats*, Presses universitaires de Bordeaux, 2000.
- **PH. Malaurie et P. Morvan**, *Introduction au droit*, 4^{ème} éd., Defrénois, 2012.
- **L. Mallard**, *Traité formulaire de l'expertise judiciaire*, 7^{ème} édition refondue par G. Roussel et P. Hertzog, Librairie Technique, 1955.

- **G. Marty et P. Raynaud**, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Tome 1, 2^{ème} éd., Sirey, 1972.
- **A. Morin**, *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, A. Durand 1850.
- **M. J. Mustill et S.C. Boyd**, *The Law and practice of commercial arbitration in England*, 2ème éd., Butterworths Legal Publishers, 1989.
- **G. Niyungeko**, *La preuve devant les juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- **Ch. Nouguier**, *La cour d'assises*, tome III, Cosse Marchal et Cie 1868.
- **A. Perraud-Charmentier**, *Le secret professionnel*, L.G.D.J., 1926.
- **Th. Piette-Coudal**, *La signature électronique, introduction technique et juridique à la signature électronique sécurisée, preuve et écrit électronique*, Litec, 2001.
- **Th. Piette-Coudal**, *Echanges électroniques, certification et sécurité*, Litec 2000.
- **F. Pinchon**, *L'expertise judiciaire en Europe*, Edition d'Organisation, 2002.
- **Planiol et Ripert**, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd. Par P.-E. Esmein, L.G.D.J., 1954.
- **J.-F. Poudret et S. Besson**, *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J., 2002.
- **J.-B. Racine et F. Siirainen**, *Droit du commerce international*, 2^{ème} éd., Dalloz 2011.
- **A. Redfern et M. Hunter**, *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*, traduit de l'anglais par Eric Robine, L.G.D.J. 1994.
- **L. Retail**, *Code annoté de l'expertise et de l'arbitrage*, Recueil Sirey, 1954.
- **G. Ripert et R. Roblot**, *Traité de droit commercial*, 18^{ème} éd. par Louis Vogel, L.G.D.J. 2001.
- **J. Robert**, *L'arbitrage, droit interne et international privé*, 6^{ème} éd. Dalloz, 1993.
- **G. Rousseau et P. de Fontbressin**, *L'expert et l'expertise judiciaire en France*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2008.
- **S. Rousselle**, *La preuve*, Beuxelles, Bruylant, Les éditions Yvon Blais Inc., 1997.
- **J.-C. Royer**, *La preuve civile*, 4^{ème} éd., Editions Yvon Blais, 2008.
- **F. M. Sami**, *L'arbitrage commercial international*, Tome 5, Dar Assakafa pour la publication et la distribution, 1997.
- **J. Sicard**, *Manuel de l'expertise et de l'arbitrage*, nouvelle édition, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1977.
- **M. A. Terro**, *L'impérium de l'arbitre international*, 1992.

- **Ch. Toullier et J.-B. Duvergier**, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Tome 8, 6^{ème} éd. continuée et complétée par J.-B. Duvergier, Paris, J. Renouard, 1843.
- **Vidal et Magnol**, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire*, Rousseau et cie 1934.
- **D. Vidal**, *Droit français de l'arbitrage commercial international*, Gualino, 2004.
- **J. Voulet**, *La pratique des expertises judiciaires*, 9^{ème} éd. Delmas, 1988.
- **R. Vulliemmin**, *De l'arbitrage commercial particulièrement en matière international*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1931.
- **M. M. Zo'bi**, *L'arbitrage sur internet*, Sader, 2007.
- **E. Zola**, *Lettre préface à l'enquête médico- psychologique* du Dr. Edouard Toulouse, Tome1, Introduction générale, Paris, Société d'Edition Scientifiques, 1896.

2) OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIE

- **G. André**, *Le principe de neutralité du juge*, Thèse Paris 1910.
- **Y. Aroux**, *Le recours à l'expert en matière pénale*, PUF 2004.
- **F. Arradon**, *Vers un renouveau des procédés de preuve par les techniques modernes*, Thèse Rennes, 1968.
- **O. Audic**, *Les fonctions du document en droit privé*, L.G.D.J., 2004.
- **G. Auzer**, *Le rôle du juge civil dans la recherche des preuves*, mémoire pour le D.E.S.S., Université de droit et sciences d'Aix-Marseille, 1996.
- **J.-L. Baudouin**, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, Etude de droit Québécois comparé au droit français et à la Common Law, L.G.D.J., 1965.
- **G. Berlioz**, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1976.
- **Th. Colin**, *Le notaire français et suisse face à l'Europe*, L.G.D.J., 1993.
- **J.-J. Daigre**, *La production forcée de pièces dans le procès civil*, PUF 1979.
- **I. Dauriac**, *La signature*, Thèse Paris II, 1997.
- **F. De Bernard**, *De la preuve testimoniale et de la preuve littérale en droit romain, de la preuve testimoniale en droit civil français*, Thèse Toulouse, 1885.
- **A. Delacour**, *De la rétroactivité des lois en matière de compétence, procédure et preuve*, Paris, A. Pedone, 1905.
- **K. Depasse**, *L'obligation du témoigner*, Mémoire en DEA, Bordeaux 2004.
- **G. Desmottes**, *La fidélité du témoignage*, Thèse Caen, 1942.

- **J. Devèze**, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, thèse Toulouse, Service de reproduction des thèses de l'université des sciences sociales de Grenoble, 1980.
- **R. Devismes**, *De la production et de la force probante des pièces d'une procédure pénale devant les juridictions civiles et commerciales*, Librairie du recueil Sirey, 1944.
- **A. Dolbeau**, *Des contrats par correspondance en général*, Thèse Caen, 1896.
- **J. Duclos**, *L'opposabilité – Obligation*, L.G.D.J. 1984.
- **P. Farcet**, *Du faux témoignage*, Thèse Poitiers, 1902.
- **D. Ferrier**, *La protection de la vie privée*, Thèse Toulouse, 1973.
- **E. Fongaro**, *La loi applicable à la preuve en droit international privé*, L.G.D.J., 2004.
- **J. Gasser**, *La preuve et ses concepts fondateurs*, éd. Delval, 1989.
- **M.-A. Guerriero**, *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J. 1975.
- **M. Guiral**, *La valeur de la preuve dans l'expertise des écritures*, Thèse Lyon, 1927.
- **Th. Habu Groud**, *La preuve en droit international privé*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, faculté de droit et de science politique, 2000.
- **J. Hervé-Bazin**, *De la preuve par serment en droit civil*, Thèse Caen, 1907.
- **A. Ichrakieh**, *L'évolution du droit libanais de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information*, A.N.R.T., Université de Lille 3, 2005.
- **F. Jobron-Minier**, *Le témoin devant la justice pénale*, Thèse Poitiers, 2000.
- **D. Lamèthe**, *La signature dans les actes sous seing privé*, Thèse Paris II, 1975.
- **R. Le Ball**, *Des conventions sur le procédé de preuve en droit civil*, Dalloz, 1923.
- **O. Leclerc**, *Le juge et l'expert, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, L.G.D.J., 2005.
- **R. Legeais**, *Les règles de preuve en droit civil, permanences et transformations*, L.G.D.J., 1955.
- **M. Linyer**, *De la preuve écrite en matière commerciale*, Thèse Poitiers, 1898.
- **J. Manuel**, *Le commencement de preuve par écrit*, Thèse Lyon 1937.
- **C. Marraud**, *La notion de dénaturation en droit privé français*, Presses Universitaires de Grenoble 1974.
- **F. Mas**, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, L.G.D.J., 2005.
- **M.- L. Mathieu-Izorche**, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, PUAM 1995.
- **H. Mazeaud**, *La conception jurisprudentielle du commencement de preuve par écrit*, Thèse Amiens 1921.

- **H. Motulsky**, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé*, nouvelle éd., Dalloz, 2002.
- **E. Normand**, *De la signature des actes authentiques et privés*, Thèse Rennes 1930.
- **J. Pellegrino**, *La preuve en droit commercial*, Thèse Aix Marseille, 1967.
- **M. Picard**, *De la preuve par commune renommée*, Thèse Paris, 1911.
- **A. Plas**, *La signature, condition de forme et manifestation de volonté*, Thèse Poitiers, 1935.
- **J. Richani**, *Le témoin dans l'arbitrage international*, Mémoire Master 2, Dijon 2008.
- **R. Rodriguez**, *L'expert en droit international*, A. Pedone, 2009.
- **A. Tabet**, *La preuve testimoniale en droit ottoman*, Université Lyon 3, 2006.
- **C. Tournier**, *L'intime conviction du juge*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2003.

3) ARTICLES ET CHRONIQUES

- **Th. Aballéa**, « La signature électronique en France, état des lieux et perspectives », *D.* 2001, p.2835.
- **Th. Aballéa**, « Signature électronique, quelle force pour la présomption légale ? » *D.* 2004, p.2235.
- **G. Abi Saab**, « De l'arbitrage dans ses rapports avec la justice internationale », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 377.
- **L. Aboucaya**, « Les évolutions du droit de la preuve : perspective et historique », *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, août septembre 2009, supplément au n° 52, p.5.
- **H. Alterman**, « La preuve de la preuve », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2007, p.257.
- **N.-F. Alpi**, « Preuve. Divers modes de preuve : présomptions de fait, aveu, serment », *JCL. Encyclopédie des Huissiers de justice, Preuve*, fasc. 40.
- **D. Ammar**, « Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique », *RTD civ.* 1993, p. 499.
- **D. Ammar**, « De l'épistémologie du droit de la preuve et du lien entre les articles 1315 et 1341 du code civil », *D.* 2000, p. 596.
- **P. Ancel**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771.
- **L. Antonin-Cochin**, « Les exigences du procès équitable posées par la convention européenne des droits de l'homme s'imposent à toutes les juridictions, y compris de cassation », *Les petites affiches* 2000, n°231, p.4.

- **J. Arets et G. Horsmans**, « Rapports nationaux – Belgique », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.113.
- **L. Assaya et V. Baudouin**, « La signature électronique par cryptographie à clé publique », *JCP E* n°4, 23 janvier 2003, p.165.
- **Ch. Atias**, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », *D.* 2009, p. 744
- **Ch. Atias**, « Admissibilité et pertinence ou force des preuves », *D.* 2009, p.2056.
- **J.-L. Aubert**, « La responsabilité civile professionnelle des notaires », *Les petites affiches* 2002, n°116, p. 9.
- **J.-L. Autin**, « Nouvelle technologies de communication- internet télématique », *JCL admin.*, Fasc. 274-12.
- **V. Avena-Robardet**, « Responsabilité du notaire qui annexe à un acte authentique de cautionnement une procuration irrégulière », *D.* 2000, *juris.*, n°43, p.435.
- **L. Aynès**, « La qualité de gérant est un complément de preuve », *D.* 2001, p.690.
- **G. Babitchev**, « Incident de vérification d'écriture ou de faux et contestation relative à un écrit ou une signature électronique », *Rev.arb.* 2003, n°1, p.258.
- **M. Bandrac**, « Les exigences relatives aux mentions manuscrites dans un acte de cautionnement ne sont que des règles de preuve », *RTD Civ.* 1990, p.313.
- **M. Bandrac**, « Il n'y a pas d'instrumentum valable sans la signature de la caution », *RTD Civ.* 1996, p.663.
- **M. Bandrac**, « Le complément de preuve à rapporter quand l'instrumentum irrégulier vaut commencement de preuve par écrit », *RTD Civ.* 1996, p.665.
- **J. Barbet**, « Extension des effets de la clause compromissoire à des parties non signataires du contrat : les juridictions françaises persistent... et signent », *Les petites affiches* 2009, n° 159, p.10.
- **H. Batiffol**, « Observations sur la preuve des faits », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.303.
- **A. Batteur**, « La théorie du mandat apparent et la protection des tiers contractants », *Les petites affiches* 1996, n°51, p.13.
- **P. Bellet**, « Les opérations d'expertise », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.61.
- **P. Bellet**, « Des arbitres neutres et non neutres », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.399.

- **Ch. Belloc**, « arbitre, indépendance et impartialité », *Rev. arb.* 2003, n°2, p. 445.
- **A. Bensoussan**, « Informatique et droit de la preuve » in *Informatique et droit de la preuve*, Travaux de l'A.F.D.I. sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, éd. des parques, 1987, p.74.
- **P. Bernardini et G. Aksen**, « La décision d'avoir recours à un expert et la composition du tribunal arbitral. Le choix de l'expert », Table ronde 1, in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p. 45.
- **G. Bernini et P. Frank**, « Rôle of the expert witness: independent or subordinate », Table ronde 3, in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p.79.
- **E. Bertrand**, « Confidentialité de l'arbitrage : évolution ou mutation après l'affaire Esso/Bhp V Plowman », *RDAI* 1996, n°2, p.169.
- **A. Bertrand**, « L'informatique et le droit de la preuve en droit anglo-saxon », in *Informatique et droit de la preuve*, Travaux de l'A.F.D.I. sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, éd. des Parques, 1987, p. 85.
- **J.-G. Betto et J. Fry**, « Nouvelles tendances de l'arbitrage international », Table ronde, *RDAI* 2006, n°3, p.371.
- **J. Billemont**, « Qualification d'arbitrage et l'intention des parties », *Rev. arb.* 2011, n°2, p. 434.
- **L. Birnbaum-Sarcy et F. Darques-Lane**, « La signature électronique - Comparaison entre les législations française et américaine », *RDAI* 2005, n°1, p. 543.
- **Y. Bismuth**, « L'expertise informatique comme mode de preuve », *Comm. Comm. Electr.* 2010, n°1, p.1.
- **C. Bloud-Rey**, « La responsabilité du tiers mandataire désigné en application de l'article 1592 du code civil », *D.* 2004, p. 2330.
- **K.-H. Boeckstiegel et H. Lloyd**, « L'instruction de la cause. Les difficultés particulières de l'expert du tribunal », Table ronde 2, in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p.59.
- **M. Bogdan et K. Hober**, « Reconnaissance et exécution des sentences arbitrales », *JDI (Clunet)*, avril-mai-juin 2006, p. 742.
- **P. Boivin**, « La consécration attendue d'une règle matérielle en matière d'engagement des sociétés à l'arbitrage : l'écho de la jurisprudence Dalico », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°6, *Les petites affiches* 2010, n°202, p.17.
- **G. Bolard**, « Les principes directeurs du procès arbitral », *Rev. arb.* 2004, n°3, p. 511.
- **J. Boré**, « Un centenaire, le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD civ.* 1972, p.249.

- **F. Bortolotti**, « La preuve par témoins vue par l'arbitre international », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p.125.
- **G. Bolard**, « Principe de la contradiction », *Rev. arb.* 1998, n°4, p. 684.
- **M. V. Bouilhol**, « Quels marchés pour les experts juridiques de tradition civiliste ? », *RDAl* 2006, n°5, p.663.
- **B. Boulloc**, « Agent commercial, preuve du contrat, écrit », *RTD com.* 2003, p.169.
- **B. Boulloc**, « Expert-comptable, personnes agissant à titre indépendant », *RTD com.* 2003, p.178.
- **B. Boulloc**, « Mandat de se rendre caution, acte sous seing privé, complément de preuve », *RTD com.* 2003, p.361.
- **B. Boulloc**, « Preuve par écrit signé en blanc », *RTD com.* 2006, p.904.
- **B. Boulloc**, « Fraudes, absence d'expertise contradictoire, indication inexacte des produits », *RTD com.* 2005, p. 431.
- **B. Boulloc**, « Recel d'abus de confiance par un expert-comptable », *RTD com.* 2005 p.180.
- **B. Boulloc**, « Fraudes et falsifications, expertise contradictoire », *RTD com.* 2008, p.199.
- **P. Bourtez**, « La preuve, rationalisation et désenchantement : autour de Max Weber », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.99.
- **L. Boy**, « Les utilités du contrat », *Les petites affiches* 1997, N°109, p.3.
- **A. Brahmi**, « La reconnaissance de la preuve électronique a-t-elle épuisé la question de la dématérialisation ? », *Les petites affiches* 2002, n°36, p. 4.
- **J.-D. Bredin**, « Remarques sur la transparence », in *La transparence*, Colloque de Deauville organisé les 19 et 20 juin 1993 par l'association Droit et commerce, *Rev. de Juris. Com.*, n° spécial, novembre 1993, p.175.
- **J.-D. Bredin**, « Le doute et l'intime conviction », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.21.
- **C. Breval**, « La rémunération des techniciens, taxation ou fixation ? », *Les petites affiches* 1996, n°144, p.23.
- **S. Brondel**, « Qui le juge peut-il appeler à une expertise ? », *AJDA* 2008, p.1801.
- **Ch. Brower**, « Discovery et production de la preuve aux Etats-Unis : théorie et pratique », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n° 8, 1989, p. 21.
- **M. Bühler**, « La production de documents dans l'arbitrage commercial et international », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p.79.

- **M. Bukler et C. Dorgan**, « Witness testimony pursuant to the 1999 IBA Rules of evidence in international commercial arbitration – novel or tested standards? » *Journal of international arbitration*, 2000, p.11.
- **N. Bunni et Y. Derains**, « Les conclusions de l’expert du tribunal arbitral », Table ronde 4, in *Arbitrage et expertise* – CCI, 1994, p. 97.
- **J. Burda**, « La participation des tiers à l’arbitrage en droit suisse », *RTDAI* 2001, n°5, p. 515.
- **O. Cachard**, « Droit du commerce électronique », *RTDAI*, 2004 n°5, p. 678.
- **G. Canivet**, « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *RTD civ.* 2005, p.33.
- **E. A. Caprioli**, « Preuve et signature dans le commerce électronique », *Dr. et Patr.*, n°55, décembre 1997, P.56.
- **E. A. Caprioli**, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique », *Rev. arb.* 1999, n°2, p.225.
- **E. A. Caprioli**, « La loi française sur la preuve et la signature électronique dans la perspective européenne, dir. 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999 », *JCP G*, n°18, 3 mai 2000, p.787.
- **E. A. Caprioli**, « Vérification d’écriture et courrier électronique », *Comm. Comm. Electr.* 2010, n°12, p. 129.
- **M. Caratini**, « De quelques propositions tendant à améliorer l’expertise judiciaire », *Gaz. Pal.* 1984, I, doct., p.215.
- **M. Caratini**, « Experts et expertise dans la législation civile française », *Gaz. Pal.* 1985, doct. P.43.
- **C. Castets-Renard**, « Gare aux SMS », *D.* 2007, p.2284.
- **P. Catala**, « Les suites de l’expertise », in *L’expertise dans les principaux systèmes juridiques d’Europe*, Travaux et recherches de l’institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l’épargne 1969, p.75.
- **P. Catala**, « Le juge et l’ordinateur », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, in *Mélanges en l’honneur de Roger Perrot*, *Dalloz* 1996, p. 19.
- **P. Catala**, « Ecriture électronique et actes juridiques », in *Mélanges Michel Cabrillac*, *Dalloz*, Litec, 1999, p. 91.
- **P. Catala, I. De Lamberterie et P.-Y. Gautier**, « L’introduction de la preuve électronique dans le code civil », *JCP G*, n°47, 24 novembre 1999, I 182, p. 2069.
- **P. Catala**, « Le formalisme et les nouvelles technologies », *Défrénois* 2000, n°15-16, p.897.
- **P. Catala**, « L’engagement électronique de l’entreprise », *Rev. soc.* 2001, P.258.

- **E. Causin**, « La preuve et l'interprétation en droit privé », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.197.
- **G. Cavalier**, « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », *D.* 2005, p.46.
- **G. Chabot**, « La cyberjustice : réalité ou fiction ? », *D.* 2003, p.2322.
- **G. Chabot**, « Arbitrage et mesures d'instruction in *futurum* », *Les petites affiches* 2006, n°127, p.18.
- **C. Chainais**, « L'arbitre, le droit et la contradiction, l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre », *Rev. arb.* 2010, n°1, p.3.
- **F. Chamoux**, « La preuve par écrit : un anachronisme pour les entreprises », in *Informatique et droit de la preuve, Travaux de l'A.F.D.I.* sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, éd des Parques, 1987, p. 129.
- **O. Chambaud**, « Les avocats français doivent s'adapter aux nouvelles pratiques internationales pour rester dans la course », *Les petites affiches* 2008, n°250, p.3.
- **M. Chanaron**, « Rapport », in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Grenoble 1989, p. 20.
- **M. Charageat**, « Témoins et témoignages en aragon au XV^e-XVI^e siècles », in *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*, sous la direction de Bruno Lemesle, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 149.
- **C. Charbonneau et F.-J. Pansier**, « La signature électronique, signature sans surveillance », *Les petites affiches* 2001, n°69, p.3.
- **J. Charlin**, « L'acte notarié électronique », *Dr. et Patr.*, n°148, mai 2006, p.40.
- **Y. Chartier**, « La désignation d'un expert en vertu de l'article 1843-4 du code civil », *Rev. soc.* 2004, p.93.
- **S. Chassagnard**, « L'entrée en vigueur d'une loi nouvelle durant une instance en cours », *Les petites affiches* 2005, n°145, p.12.
- **F. Chauvaud**, « Le sacre de la preuve indiciale. De la preuve orale à la preuve scientifique », in *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*, sous la direction de Bruno Lemesle, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p.221.
- **J. Chevallier**, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », *RTD Civ*, 1962, p.5.
- **R. Chotin**, « XV^eme congrès des experts judiciaires : de l'évolution des conflits à leur devenir », *Les petites affiches* 1996, n°148, p.3.
- **G. Clamour**, J.-C. Ricci et J. Trémeau, « Impartialité d'un expert et garantie d'un procès équitable », *AJDA* 2008, p.2415.

- **G. Clamour**, J.-C. Ricci et J. Trémeau, « Quand le juge peut utiliser une expertise irrégulière », *AJDA* 2009, p. 1735.
- **Th. Clay**, « Compte rendu du premier colloque européen organisé par les jeunes praticiens de l'arbitrage (Paris, 28 mars 2003) : l'actualité des règles transnationales dans l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2003, n°2, p. 591.
- **Th. Clay**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges : panorama 2005 » *D.* 2005, p. 3050.
- **Th. Clay**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2006, p. 3026.
- **Th. Clay**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2008, p. 3111.
- **Th. Clay**, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », *D.* 2009, p. 2959.
- **D. Cohen**, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française », *Rev. arb.* 1991, n°2, p.155.
- **D. Cohen**, « Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts », *Rev. arb.* 2011, n°3, p. 611.
- **F. Cohet-Cordey**, « Preuve et acte de vente d'un bien immobilier », *AJDI* 2002, p.331.
- **F. Cohet-Cordey**, « Irrégularité de l'acte authentique d'hypothèque », *AJDI* 2005, p.845.
- **P. Conte**, « Rapport », in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Grenoble 1989, p.34.
- **P. Crocq**, « Le cautionnement et la télécopie », *RTD Civ.* 2000, p.874.
- **H. Croze**, « Informatique, preuve et sécurité », *D.* 1987, chron. p. 165
- **G. Cuniberti**, « Juridiction compétente pour connaître des mesures provisoires ou conservatoires, et incidences d'une procédure d'arbitrage au fond », *D.* 2000, jurisprudence, p. 378.
- **G.-A. Dal et S. Davidson**, « La preuve du dommage dans l'arbitrage », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p. 197.
- **J. Daleau**, « Valeur probante de la facture dans le cadre d'un acte mixte », *D.* 2000,2, juris, p.135.
- **L. Dargent**, « Acte authentique électronique », *D.* 2008, p.2711.
- **J. Debeaurain**, « Les caractères de l'expertise civile », *D.* 1979 chron., p. 143.
- **A. Debeaurain, G. Fau et R. Porte**, « Guide de l'expertise judiciaire et de l'arbitrage », in *Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière*, 1990. p.97.

- **M. De Boissesson**, « Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de Common Law et les pays de tradition romaniste », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n° 8, 1989, p. 85.
- **M. De Boissesson**, « L'arbitrage et la fraude », *Rev. arb.* 1993, p.3.
- **J.-P. Decorps**, « La loi sur la signature électronique ne modifie aucun critère de l'authenticité », *Les petites affiches*, n°72, 11 avril 2000, p.3.
- **N. Dedessus-Le Moustier**, « Expertise de gestion et principe de contradictoire », *Rev. soc.* 1998, p.45.
- **M. de Fontmichel**, « L'inapplicabilité de la législation sur les clauses abusives au compromis d'arbitrage », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°6, *Les petites affiches* 2010, n°202, p.22.
- **L. Degos**, « La consécration de l'arbitrage en tant que justice international autonome », *D.* 2008, p. 1429.
- **J.-L. de Grandcourt**, « Les compétences respectives du juge des référés et de l'arbitre international », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, Dalloz 1994, p.203.
- **G. Deharo**, « Expertise et estimation du prix de cession par un expert : analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD com.* 2007, p.643.
- **I. De Lamberterie**, « La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la C.E.E. », *RIDC*, vol.44 n°3, juillet-septembre 1992, pp.641-685.
- **Ph. Delebecque**, « La preuve par tous moyens du cautionnement suppose que son caractère commercial soit établi et que la caution ait la qualité de commerçant », *Bulletin Joly sociétés*, 1 septembre 1996, n°9, p.665.
- **Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et Th. Vasseur**, « Droit de la preuve », *D.* 2007, p.1901.
- **Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et Th. Vasseur**, « Droit de la preuve », *D.* 2008, p. 2820.
- **Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et Th. Vasseur**, « Droit de la preuve », *D.* 2009, p.2714.
- **M. Delmas-Marty**, « La preuve pénale », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.53.
- **A. De Lotbinière Mcdougal et N. Bouchardie**, « L'arbitrage international et la preuve documentaire », *RDAI* 2008, n°4, p.509.
- **C. L. de Leyssac**, « Les conventions sur la preuve en matière informatique », in *Informatique et droit de la preuve, Travaux de l'A.F.D.I.* sous la direction de Xavier Linant de Bellefonds, éd des Parques, 1987, p. 143.
- **X. Delpech**, « Définition de l'arbitrage international », *D.* 2007, p. 949.

- **X. Delpech**, « Opposabilité de la clause compromissoire à un non-signataire », *D.* 2007, p. 1024.
- **F. De Ly**, « La pratique de l'arbitrage commercial international et la vente internationale », *RDAI* 2001, n°3/4, p.465.
- **M.-Ch. De Montecler**, « Le référé-expertise interrompt le délai de recours », sous Conseil d'Etat du 13 mars 2009, *AJDA* 2009, p.510.
- **V. Depadt-Sebag**, « Les conventions sur la preuve », in *Preuve - Etudes Juridiques*, sous la direction de Catherine Puigelier, Economica, 2004, p.13.
- **Y. Derains**, « Le choix du lieu de l'arbitrage », *RDAI*, 1986, n°2, p.109.
- **Y. Derains**, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, n°4, p.782.
- **Y. Derains**, « Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux - un point de vue continental », in *Production des documents dans l'arbitrage international*, Bulletin de la cour d'arbitrage CCI, spécial supplément 2006, p. 89.
- **J. B. De Saint Affrique**, « Preuve, Succession », *Défrénois* 1995, art.36122, p. 876.
- **E. Desmons**, « La preuve des faits dans la philosophie moderne », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.13.
- **Ph. Devésa**, « La rétention de documents : contribution à la notion générale de rétention », *Les petites affiches* 1995, n°73, p.11.
- **J.-L. Devolvé**, « L'influence des conventions internationales sur le droit français de l'arbitrage », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p.95.
- **Ch. Dieryck**, « Procédure et moyens de preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 1988, n°2, p.267.
- **Ch. Dominicé**, « L'arbitrage et les immunités des organisations internationales », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.483.
- **J.-C. Dubarry**, « De l'obligation faites aux arbitres de faire discuter par les parties les informations d'ordre général recueillis téléphoniquement par l'un des arbitres », *RTD Com.* 1999, p. 376.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « De la validité des clauses d'arbitrage par référence dans les contrats internationaux », *RTD Com.* 1991, p. 580.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « La compétence du juge des référés saisi sur le fondement de l'article 145 NCPC en présence d'une clause compromissoire », *RTD com.* 1996, p. 664.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « la preuve de la violation du principe de la contradiction », *RTD Com.* 1997, p. 635.

- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « La partie à l'arbitrage n'est pas un sachant », *RTD com.* 2000, p.334.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « Le principe du contradictoire en matière d'arbitrage », *RTD Com.* 2000, p. 337.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « La clause d'arbitrage internationale s'impose à toutes parties venant aux droit de l'un des contractants », *RTD Com.* 2000, p. 596.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « L'expert désigné en application de l'article 1592 du code civil peut-il trancher un désaccord existant entre les parties ayant pour objet l'interprétation de la clause qu'il doit mettre en œuvre ? », *RTD com.* 2005, p.260.
- **C. Duclercq**, « Le principe du contradictoire : l'incertitude persiste », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°6, *Les petites affiches* 2010, n°202, p.25.
- **M.-P. Dumont**, « Preuve d'un bail commercial verbal », *AJDI* 2002, p.453.
- **F. Dupuis-Toubol**, « Commerce électronique, comment en apporter la preuve ? », *RDAI*, 1998, n°3, p.329.
- **F. Dupuis-Toubol et M.-H. Tonnelier**, « Le commerce électronique vaut bien une réforme du droit de la preuve », *JCP E*, n°51, 17 décembre 1998, p.2011.
- **B. Dutour**, « Convention de preuve et télécopieurs », *Les petites affiches* 1996, n°124, p. 17.
- **W. El-Masri**, « Le dépôt des conclusions ou la production des pièces de dernière heure et les droits de la défense », *Les petites affiches* 1994, n° 104, p.11.
- **B. Fages**, « Valeur probante de la mention dactylographiée de la somme en lettres et en chiffres », *RTD Civ.* 2008, p.302.
- **M. Falaise**, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité) », *Les petites affiches* 1997, n°103, p.5.
- **F. Favennec-Héry**, « La date certaine des actes sous seing privé », *RTD Civ.* 1992, p.1.
- **D. Ferrier**, « La preuve et le contrat », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p.105.
- **M. Feutrill et N. Rubins**, « La préparation des preuves expertales en arbitrage commercial international : aspects pratiques », *RDAI* 2009, n°3, p.307.
- **G. Flecheux**, « La preuve dans les arbitrages internationaux », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p. 321.
- **N. Fletcher**, « Utilisation de solutions technologiques pour la production des documents », in *Production des documents dans l'arbitrage international*, Bulletin de la cour d'arbitrage CCI, spécial supplément 2006, p.109.

- **P. Foriers**, « Introduction au droit de la preuve », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p. 7.
- **P. Foriers**, « Considérations sur la preuve judiciaire », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.315.
- **Ph. Fouchard**, « L'arbitrage internationale en France après le décret du 12 mai 1981 », *JDI* 1982, p. 388.
- **P.-A. Fouque**, « Les technologies de l'écrit électronique », *Les petites affiches*, 2 avril 2001, n°65, p.8.
- **M. Gadria**, « Les conditions de recevabilité par un tribunal arbitral des demandes incidentes », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°5, *Les petites affiches* 2009, n°144, p.14.
- **E. Gaillard**, « Arbitrage commercial international. Instance arbitrale. Organisation et développement de la procédure arbitrale. Intervention du juge étatique », *JCL. Procédure civile*, fasc. 1068.
- **E. Gaillard**, « Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international », *D.* 1987, chron., p.153.
- **Th. Gallanis**, « La preuve en Common Law : Wigmore aujourd'hui », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.79.
- **L. Gamet**, « L'écrit électronique et le droit français de la preuve », *Revue de la recherche juridique*, 2001-2 (volume 1), p.535.
- **L. Garnerie**, « Acte authentique électronique, c'est parti », *Dr. et Patr.* 2008, n°175, p.22.
- **P.-Y. Gautier**, « En l'absence d'écrit, il faut croire tout ce que déclare le dépositaire : indivisibilité de l'aveu », *RTD Civ.* 2005, p.615.
- **P.-Y. Gautier**, « Le bouleversement du droit de la preuve : vers un mode alternatif de conclusion des conventions », *Les petites affiches* 2000, n°90, p.14.
- **P.-Y. Gautier et X. Linant de Bellefonds**, « De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent », *JCP E*, n°31-34, 3 août 2000, I 236, p. 1273.
- **Ch. Gavalda**, « La signature électronique en matière de cartes de crédit », *D.* 1990, p.369.
- **V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef**, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la lex electronica », *RDAL* 1997, n°5, p. 547.
- **P.-Y. Gautier**, « Erreur grossière de l'expert chargé de déterminer le prix et limites des pouvoirs du juge », *RTD civ.* 2004, p.308.
- **P.-Y. Gautier**, « Du pouvoir du tiers expert de l'article 1592 d'interpréter le contrat », *RTD civ.* 2005, p.154.

- **P.-Y. Gautier**, « Rapports entre l'expert sur le prix et l'expert judiciaire : respect du principe du contradictoire », *RTD civ.* 2005, p.613.
- **R. Genin-Méric**, « Mesures d'instruction exécutées par un technicien, intervention du technicien dans l'instruction du litige », *JCL Procédure civile*, fasc. 660.
- **R. Genin-Méric**, « Mesures d'instruction exécutées par un technicien, éléments d'un statut du technicien auxiliaire du juge », *JCL procédure civile*, fasc. 661.
- **R. Genin-Méric**, « Mesures d'instruction exécutées par un technicien, les trois modalités de l'intervention du technicien », *JCL procédure civile*, fasc. 662.
- **S. Ginossar**, « Eléments du système anglais de la preuve judiciaire », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.99.
- **K. Glezakou**, « La preuve des actes juridiques électroniques en droit anglais », *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, août septembre 2009, supplément au n° 52, p.27.
- **R. Goff**, « La présentation de la preuve en droit anglais », *Rev. arb.* 1974 n°3, p. 123.
- **B. Goldman**, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1981, n°4, p.469.
- **B. Goldman**, « l'action complémentaire du juge et des arbitres en vue d'assurer l'efficacité de l'arbitrage commercial international », in *Arbitrage international. Soixante ans après*, Paris 1984, p. 255.
- **A. Goldsmith**, « Requets for the production of electronic documents in international arbitration: some threshold issues », *RNAI* 2010, n°3, p.313.
- **G. Goubeaux**, « Le droit à la preuve », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.277.
- **J.-L. Goutal**, « L'arbitrage et les tiers : le droit des contrats », in *L'arbitrage et les tiers*, *Rev. arb.* 1988, n°3, p.439.
- **J.-P. Gridel**, « La valeur du témoignage en droit civil », *RIDC* 1992, 2, p. 437.
- **M. Grimaldi et B. Reynis**, « L'acte authentique électronique », *Les petites affiches* 2003, n°222, p.3.
- **L. Grynbaum**, « La preuve littérale et la signature à l'heure de la communication électronique », *Comm. Com. Elect.* 1999, p.9.
- **L. Grynbaum**, « Les équivalents électroniques des écrits exigés *ad validitatem* », *Comm. Comm. Elect.* n°9, septembre 2005, p.32.
- **L. Grynbaum**, « La preuve littérale, dispositions générales, écrit électronique », *JCL code civil*, 2006, fasc. 10, art. 1316 à 1316-4.

- **D. Guével**, « Contrats et Obligations, preuve testimoniale, commencement de preuve par écrit », *JCL Code civil*, Art. 1341 à 1348, fasc. 5.
- **D. Guével**, « Preuve, divers mode de preuve : preuve testimoniale », *JCL Huissiers de justice*, Preuve, fasc.30.
- **D. Guével**, « Contrats et Obligations, preuve testimoniale, commencement de preuve par écrit », *JCL Notarial*, Contrats et Obligations, fasc.154-2.
- **D. Guével**, « Contrats et Obligations, preuve testimoniale, liberté des preuves en matière commerciale », *JCl. Code civil*, art. 1341 à 1348, fasc.40.
- **E. Guigon**, « Le mot du garde des Sceaux », in *Le contrat*, 94^{ème} congrès des notaires de France, Lyon 17-20 mai 1998, *Les petites affiches* 1998, n°54, p.3.
- **S. Guinchard**, « Le procès équitable : droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 191.
- **S. Guinchard**, « L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire », *Rev. Arb.* 1997, n°2, p. 185.
- **D. Gutmann**, « A propos du principe nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », *Les petites affiches* 1997, n°11, p. 19.
- **V. Hamilton**, «La production de documents dans l'arbitrage de la CCI », in *Production des documents dans l'arbitrage international*, Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI, spécial supplément 2006, p.68.
- **B. Hanotiau**, « Quand l'arbitrage s'en va-t-en guerre : les perturbations par l'Etat de la procédure arbitrale », *Rev. arb.*, 2003, n°3, p. 805.
- **B. Hanotiau**, « La production de documents dans l'arbitrage international essai de définition des meilleures pratiques », in *Production des documents dans l'arbitrage international*, Bulletin de la cour d'arbitrage CCI, spécial supplément 2006, p. 121.
- **B. Hanotiau**, « Faut-il abandonner le contrôle de la sentence arbitrale au regard de l'ordre public ? », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°6, *Les petites affiches* 2010, n°202, p.6.
- **D. Hasher**, « note sous ordonnance rendue dans l'affaire 7170 en 1991, cour internationale d'arbitrage CCI », *JDI* 1993, n°2, p. 1062.
- **I. Hautot**, « Rapport introductif », in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p. 11.
- **P. Hébraud**, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz Sirey 1960, p.419.
- **S. Helot**, « L'étendue de l'obligation contractuelle née d'une convention d'arbitrage », *Les petites affiches* 1994, n°135, p.5.
- **R. Henrion**, « La preuve en droit romain », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.59.

- **J. Héron**, « Rapport », in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Grenoble 1989, p. 10.
- **J. Héron**, « Localisation de l'autorité de la chose jugée ou rejet de l'autorité positive de la chose jugée », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p.131.
- **M. Henry**, « L'obligation de l'indépendance de l'arbitre ou le mythe d'Icare », in *Chronique de droit de l'arbitrage n°5*, *Les petites affiches* 2009, n°144, p.4.
- **H. Heugas-Darraspen**, « Opposabilité de l'expertise judiciaire et demande d'extension », *AJDI* 2003, p.683.
- **H. Heugas-Darraspen**, « Relevé de caducité du défaut de consignation de la provision pour expertise et ordonnance sur requête », *AJDI* 2007, p.399.
- **P. Hollander**, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratique sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoins », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloque du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p.137.
- **H. Holtzmann et R. Coulson**, « L'administration de la preuve dans les arbitrages commerciaux américains », *Rev. arb.* 1974 n°3, p. 128.
- **S. Hotte**, « Droit au juge et arbitrage international », *D.* 2005, p. 2727.
- **J. Huet**, « Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique », *D.* 2000, chron. p.95.
- **J. Huet**, « L'acte authentique électronique, petit mode d'emploi », *D.* 2005, chron., p.2903.
- **J. Huet**, « Encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique, Loi LCEN n2004-575 du 21 juin 2004 », *JCP G*, n°47, novembre 2004, I 178, p. 2081.
- **Ch. Imhoos**, *Les Brèves*, *RDAI* 2003, n°8, p. 939.
- **R. Irra de la Cruz**, « Le contrôle prima facie et les contours de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », in *Chronique de droit de l'arbitrage n°6*, *Les petites affiches* 2010, n°202, p.20.
- **O. Iteanu**, « Les contrats du commerce électronique », *Dr.et Patr.*, décembre 1997, n°55, p.52.
- **A. Jacquin**, « L'impartialité objective de l'expert judiciaire et sa récusation », *Gaz. Pal.* 2003, 1, doct., p. 142.
- **L. Jacques**, « L'authenticité de l'acte authentique électronique », *Comm., comm. électr., chron.*, janvier 2003, p.11.

- **I. H. Jacob et G.S.A. Wheatcroft**, « Rapports nationaux – Grande Bretagne », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.233.
- **B. Jaluzot**, « Transposition de la directive « signature électronique » : comparaison franco-allemand », *D.* 2004, p.2866.
- **Ch. Jarrosson**, « L'apport de l'arbitrage international à l'arbitrage interne », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p. 233.
- **Ch. Jarrosson**, « Compte rendu du colloque sur l'arbitrage en Amérique latine (Paris, 23 juin 2003) », *Rev. arb.* 2003, n°4, p. 1405.
- **Ch. Jarrosson**, « Responsabilité de l'arbitre et délai de l'arbitrage : vers une généralisation de l'obligation de moyen ? », *Rev. arb.* 2011, n°4, p. 943.
- **S. Jarvin**, « Les décisions de procédure des arbitres peuvent-elles faire l'objet d'un recours juridictionnel ? », *Rev. arb.* 1998, n°4, p. 611.
- **E. Jeuland**, « L'expertise commerciale », *D.* 2000, chon., p. 209.
- **J. A. Jolowicz**, « La production forcée des pièces : droits français et anglais », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz 1996, p.167.
- **L. Kaczmarek**, « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *Les petites affiches* 2010, n°225-226, p.11.
- **Ph. Kahn**, « L'interprétation des contrats internationaux », *JDI* 1981, p. 5.
- **Ph. Kahn**, « Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce internationaux », *JDI* 1989, p. 305.
- **S. Kallel**, « Arbitrage et commerce électronique », *RDAl*, 2001, n°1, p.13.
- **B. Knapp**, « Unification internationale des règles et désignation du droit applicable », in *L'internationalisation du droit*, *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 219.
- **P. Karrer**, « La preuve dans l'arbitrage international » in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p. 219.
- **C. kessedjian**, « Principe de la contradiction et arbitrage », *Rev. arb.* 1995, n°3, p. 381.
- **L. Kimmelman et D. MacGrathin**, « La production de documents aux Etats-Unis », in *Production des documents dans l'arbitrage international*, *Bulletin de la cour d'arbitrage de la CCI*, spécial supplément 2006, p.45.
- **X. Lagarde**, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.31.

- **P. Lalive**, « Les règles de conflit appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse », *Rev. arb.* 1976, p. 155.
- **P. Lalive**, « Ordre public international et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 329
- S. Lambert-Wiber, « Dol d'un tiers et nullité du contrat pour erreur », *Les petites affiches* 1997, n°62, p.17.
- **C. Landais et F. Lenica**, « La nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date de sa conclusion », *AJDA* 2006, p.2382.
- **O. Lando**, «Conflicts of law rules for arbitrators», *Festschrift fur K. Zweigert* 1981, p.157.
- **V. Larribau-Terneyre**, « La responsabilité de l'expert judiciaire : à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile », *Les petites affiches* 1998, n°144, p.7.
- **J. Larrier**, « Les nouveaux moyens de preuve pour ou contre l'identification des documents informatiques, *Cahier Lamy*, nov. 1988, p. 2090.
- **L. Laurette**, « Téléx, télécopie, télégramme : valeur juridique et force probante », *Les petites affiches* 1996, n°57, p.5.
- **Ph. Lauzeral et M. Boulfroy**, « Qui peut engager une procédure d'arbitrage ? », *D.* 2008, p. 1100.
- **A. Leborgne**, « L'impact de la loyauté sur la manifestation de la vérité ou le double visage d'un grand principe », *RTD civ.* 1996, p. 535.
- **P. Leclercq**, « Le nouveau droit civil et commercial de la preuve et le rôle du juge », *Comm. Com. Electr., chron*, mai 2000, p.11.
- **J.-P. Le Gall**, « Le statut fiscal de l'arbitre international en Europe », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p. 331.
- **D. Legeais**, « Ordonnance du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », *RTD com.* 2005, p. 815.
- **G. Legier**, « Contrats. Formes du contrat », *JCL. Contrats, distribution*, fasc. 100.
- **M. Lemonde**, « La protection de témoins devant les tribunaux français », *Rev.sc.crim.*, oct.-dec. 1996, n°4, p.815.
- **Ch. Le Stanc**, « De l'absence d'effets d'une signature scannée », *D.* 2003, p.2827.
- **P. Level**, « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p.259.
- **J.-Ph. Lévy**, « Les classifications des preuves dans l'histoire du droit », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.27.

- **J.-Ph. Lévy**, « L'apport de l'antiquité au droit de la preuve », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.3.
- **A. Lienhard**, « Expertise de la valeur des droits sociaux : mission de l'expert, rôle du juge », *D.* 2003, n°44, p. 3053.
- **X. Linant de Bellefonds**, « L'internet et la preuve des actes juridiques », *Expertises*, 1997, p. 225.
- **X. Linant de Bellefonds**, « L'acte authentique électronique, entre exégèse des textes et expérimentation », *Comm., comm. électr., chron.*, octobre 2002, p.9.
- **X. Linant de bellonfonds**, « Notaires et huissiers face à l'acte authentique électronique », *JCP N*, n°10, 7 mars 2003, p.382.
- **E. Loquin**, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *JDI*, 1983, p.293.
- **E. Loquin**, « De l'obligation de transparence de l'arbitre », *RTD Com.* 2002, p. 657.
- **E. Loquin**, « Le principe -le criminel tient le civil en l'état- n'est pas applicable en matière d'arbitrage international », *RTD Com.* 2003, p. 63.
- **E. Loquin**, « Principe du contradictoire et introduction dans la cause d'un moyen de fait ou de droit », *RTD Com.* 2003, p. 476.
- **E. Loquin**, « Application de la loi choisie par les parties et respect par l'arbitre de sa mission », *RTD Com.* 2003, p. 487.
- **E. Loquin**, « Les parties peuvent-elles écarter l'application des règles matérielles françaises de validité de la clause compromissoire internationale en soumettant expressément la clause à une loi étatique étrangère ? », *RTD Com.* 2004, p. 443.
- **E. Loquin**, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2006, n°2, p. 323.
- **E. Loquin**, « De la distinction entre l'expertise et l'arbitrage », *RTD com.* 2009, p.537.
- **E. Loquin**, « De la distinction entre arbitrage et tiers chargé de compléter un contrat », *RTD com.* 2009, p.539.
- **E. Loquin**, « De la bonne gestion de l'instance arbitrale par les arbitres », *RTD Com.* 2007, p. 689.
- **M. Luby**, « Commerce électronique, signatures électronique », *RTD com.* 2000, p.523.
- **C. Lucas de Leyssac**, « Plaidoyer pour un droit conventionnel de la preuve en matière informatique », *Expertises* 1987, p. 260.

- **C. Lucas de Leyssac**, « Le droit fondamental de la preuve, l'informatique et la télématique », *Les petites affiches* 1996, n°65, p. 3.
- **C. Lucas de Leyssac**, « Evolution depuis 1804 des différents moyens de preuve », *Dr. et Patr.* 2005, n°135, p.62.
- **J. Madden**, « How to present witness evidence in an arbitration – American style », *Bull. ASA* 1993, p. 438.
- **D. Mainguy**, « Des délais de l'arbitrage et de la responsabilité des arbitres », *D.* 2009, p. 538.
- **Ph. Malaurie**, « L'erreur », *Les petites affiches* 2006, n°247, p.5.
- **M.-H. Maleville**, « Pratique arbitrale de l'interprétation des contrats commerciaux internationaux », *RDAI* 1999, n°1, p.100.
- **Ph. Malinvaud**, « L'impossibilité de la preuve écrite », *JCP N*, 1972, I, p. 2468
- **C. Manara**, « Un commerçant électronique n'est pas tenu par un prix erroné résultant d'un bogue informatique », *D.* 2003, p.2434.
- **S. Mansour**, « La preuve électronique dans le droit libanais », *Al Adl* 2001, p. 157.
- **X. Marchand**, « Déclaration des tiers, introduction, règles générales, notion de tiers pouvant déclarer, déclarations recevables », *JCL procédure civile*, fasc. 638.
- **X. Marchand**, « Déclaration des tiers, attestation, recevabilité, portée, régime », *JCL procédure civile*, fasc. 641.
- **X. Marchand, Ph. Savatic et J. Audouy**, « Mesures d'instructions exécutées par un technicien, intervention du technicien dans l'instruction du litige », *JCL, procédure civile*, fasc. 660.
- **Ph. Marchandise**, « Qui doit signer l'accord de confidentialité ? », *RDAI* 2002, n°7, p.741.
- **L. Marcovici**, « Impartialité d'un expert et garantie d'un procès équitable », *Les petites affiches* 2009, n°245, p.8.
- **L. Marcovici**, « La charge des frais d'expertise en l'absence d'action au fond », *AJDA* 2009, p.45.
- **H. Marganne**, « L'expert judiciaire et le droit, à propos de l'article 238 NCPC », *JCP* 2007, n°3, 17 janvier 2007, I, 103, p. 20.
- **J-P. Marguénaud**, « Le droit à l'expertise équitable », *D.* 2000 n°7, chron. Doct., p.111.
- **D. Martel**, « Le contrôle de la mission de l'arbitre », *RTD Com.* 2007, p. 1.
- **N. Mathey**, « Contrats et obligations- des contrats sous formes électronique », *JCL code civil*, article 1369-1 à 1369-11, fasc. 10.

- **J. D. Mathias**, « L'authenticité électronique, » *Les petites affiches*, 2 avril 2001, n°65, p.25.
- **L. Matray**, « Les traits caractéristiques de l'administration de la preuve dans certaines procédures de type romaniste », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n° 8, 1989, p. 113.
- **D. Matray et G. Matray**, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p. 17.
- **L. Mauger-Vielpeau**, « La force probante du procès-verbal de vente », *D.* 2007, p.626.
- **Z. Mavrogordato**, « Les pièces produites lors d'une procédure d'arbitrage peuvent-elles être utilisées dans des procédures connexes ? », *RDAI* 2006, n°6, p.860.
- **Y. Mayaud**, « Faux témoignage, éléments constitutifs », *JCl pénal*, Article 434-13 et 434-14, fasc. 20.
- **P. Mayer**, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.543.
- **P. Mayer**, « L'application par l'arbitre des conventions internationales en droit privé », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn, *Dalloz* 1994, p.275.
- **P. Mayer**, « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure ; une analyse comparative des systèmes de Civil Law et de Common Law », *Rev. arb.* 1995, n°2, p.163.
- **S. Mercoli**, « Incertitudes sur la date des actes sous seing privé », *JCP N*, 2001, n°2, p.44.
- **S. Mercoli**, « Incertitudes sur la date des actes sous seing privé (de l'écrit papier à l'écrit électronique) », *Les petites affiches* 2001, n°26, p.4.
- **J. Mestre**, « Bilan de l'année 1989 pour l'article 1341 du code civil », *RTD Civ.* 1990, p.79.
- **J. Mestre**, « Le commencement de preuve par écrit peut émaner du mandataire de celui à qui on l'oppose », *RTD Civ.* 1990, p.286.
- **J. Mestre**, « De la nécessité et des moyens de compléter un commencement de preuve par écrit », *RTD Civ.* 1991, p.749.
- **J. Mestre**, « Des usages professionnels dispensant de la preuve écrite », *RTD Civ.* 1992, p.105.
- **J. Mestre**, « De l'exemplaire unique d'un acte sous seing privé », *RTD Civ.* 1994, p.610.
- **J. Mestre**, « De l'acte notarié à la photocopie », *RTD Civ.* 1996, p.170.
- **J. Mestre et B. Fages**, « Actes notariés et signatures des parties », *RTD Civ.* 2004, p.737.
- **R. Meurisse**, « Le déclin de la preuve par écrit », *Gaz. Pal.* 1951 (2^e sem.), p. 50.

- **E. Montero**, « La preuve des actes juridiques privés électroniques en droit belge », *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, août septembre 2009, supplément au n° 52, p.19.
- **D. Montoux et J.-F. Pillebout**, « Acte notarié, Notions sur la preuve », *JCl. Notarial*, Acte Notarié, fasc. 10.
- **B. Moreau**, « L'intervention du tribunal au cours de la procédure arbitrale en droit français et droit comparé », *Rev. arb.* 1988, p. 323
- **B. Moreau**, « Introduction, in L'arbitrage et les tiers », *Rev. arb.* 1988, n°3, p.431.
- **B. Moreau**, « Intérêt de l'arbitrage pour les litiges de propriété intellectuelle », in *Arbitrage et propriété intellectuelle*, colloque organisé par l'institut de recherche en propriété intellectuelle, Henri Dubois, Paris 26 janvier 1994, Librairie Technique, 1994, p. 7.
- **B. Moreau**, « L'influence du modèle français sur l'arbitrage international », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p.213.
- **J.-L. Morier**, « L'acte authentique, une force dans les contrats commerciaux », *Les petites affiches* 1997, n°141, p.4.
- **L. Moriet-Haïdara**, L'indépendance de l'expert judiciaire en question, *D.* 2008, p.2635.
- **H. Motulsky**, « Notions générales », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridique d'Europe*, Travaux et recherche de l'institut de droit comparé de Paris, Edition de l'épargne, 1969, p.13.
- **A. Mourre**, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspectives d'évolution », in *Les arbitres internationaux*, colloque du 4 février 2005, Centre français de droit comparé, société de législations comparées, 2005, p.153.
- **J. Moury**, « Jeux d'ombre sur la détermination du prix par les tiers estimateurs des articles 1592 et 1843-4 du code civil », *Rev. soc.* 2005, p.513.
- **J. Moury**, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et juridiction », *RTD civ.* 2009, p.665.
- **C. Mouly-Guillemaud**, « La sentence nul ne peut se constituer de preuve à soi même » ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », *RTD Civ.* 2007, p.253.
- **D. Mouralis**, « Application à l'arbitrage des principes d'estoppel et de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite », in *Chronique de droit de l'arbitrage n°5*, *Les petites affiches* 2009, n°144, p. 17.
- **C. Muller**, « La confidentialité de l'arbitrage commercial international : un trompe-l'œil ? », *ASA BULLETIN*, 2005, n°2, p. 216.
- **S. Munoz**, « La loi applicable aux contrats "On line" au regard de la directive commerce électronique : la tentative d'une approche pragmatique », *Les petites affiches* 2000, n°247, p.18.

- **H. Naôn**, « Production de documents dans l'arbitrage commercial international: une perspective latino-américaine », in *Production des documents dans l'arbitrage international, Bulletin de la cour d'arbitrage de la CCI*, spécial supplément 2006, p. 16.
- **J. Nieva-Fenoll**, « La preuve des actes juridiques électroniques en droit espagnol, » *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, août septembre 2009, supplément au n° 52, p. 32.
- **C. Noblot**, « En l'absence de toute convention d'arbitrage, l'expert n'a pu statuer en qualité d'arbitre au sens de l'article 1442 du NCPC », *JCP G*, 9 février 2005, n°6, II 10017, p. 273.
- **J. Normand**, « Les limites des référés probatoires », *RTD civ.* 1990 p.134.
- **J. Normand**, « Organisation judiciaire et juridiction », *RTD civ.* 1992, p. 447.
- **X. Normand-Bodard**, « La préparation des témoins en arbitrage international », *Les petites affiches* 2008, n°87, p.4.
- **Y. Nouvel**, « Rapport de l'organe d'appel : indépendance et impartialité », *Rev. arb.* 2008, n°4, p. 818.
- **M. Olivier**, « Condition de recevabilité d'une demande d'expertise », *AJDI* 2004, p. 745.
- **B. Oppetit**, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé », in *Xème colloque des instituts d'études judiciaires*, Poitiers 26-28 mai 1975, PUF, 1976.
- **B. Oppetit**, L'évidence, *RTD civ.* 1986, p.485.
- **B. Oppetit**, « Présentation générale », in L'arbitrage et les tiers, *Rev. arb.* 1988, n°3, p.433
- **B. Oppetit**, « Les modes alternatifs de règlement des différends de la vie économique », *Justices* 1995, n°1, janvier/juin, p.53.
- **M. Oudin**, « Contrats et Obligations, preuve testimoniale, généralités », *JCL code civil*, art.1341 à 1348, fasc.10.
- **M. Oudin**, « Contrats et obligations. Preuve. Règles générales », *JCL code civil*, art. 1315 et 1315-1, fasc. 10.
- **M. Oudin**, « Contrats et obligations. Recevabilité des différents procédés de preuve. Actes juridiques dont l'objet excède la valeur de 1500 euros », *JCL code civil*, art. 1341 à 1348, fasc. 20.
- **M. Oudin**, « Contrats et obligations, recevabilités des différents procédés de preuve, prohibition de la preuve contre et outre le contenu des actes », *JCL code civil*, art 1341 à 1348, fasc. 30.
- **M. Oudin**, « Contrats et Obligations, recevabilité des différents modes de preuves », *JCL Code civil*, art. 1341 à 1348, fasc.30.

- **G. Palisse**, « Rapport », in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Grenoble 1989, p.46.
- **P. M. Patocchi et I. L. Meakin**, « La procédure et l'obtention de la preuve dans l'arbitrage commercial international – interaction des procédures en droit civil et dans la Common Law », *RDAI* 1996, n°7, p.895.
- **J. Passa**, « Commerce électronique et protection du consommateur », *D.* 2002, n°6, p.555.
- **A. Penneau**, « La certification des produits et systèmes permettant la réalisation des actes et signatures électroniques », *D.* 2002, p.2065.
- **Ch. Perelman**, « La preuve en droit, essai de synthèse », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.357.
- **V. Perrocheau**, « Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves », *Les petites affiches* 2002, n° 99, p.6.
- **R. Perrot**, « La décision qui ordonne l'expertise », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.49.
- **R. Perrot**, « Le rôle de l'avocat dans la société moderne », conférence prononcée à Tunis, *Rev. Tun. de droit*, 1974, p. 67.
- **R. Perrot**, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve) », *Rev. arb.* 1974 n°3, p.159.
- **R. Perrot**, « Dernières écritures et aveu judiciaire », *RTD Civ.* 2003, p.543.
- **R. Perrot**, « Expertise : récusation de l'expert », *RTD civ.* 2004, p.555.
- **V. Perruchot-Triboulet**, « Le nouveau statut des experts-judiciaires », *D.* 2005, P.3045.
- **R. Perrot**, « Le droit de la preuve et les secrets de la vie privée », *RTD Civ.* 2007, p.637.
- **R. Perrot**, « Expertise : défaut de communication aux parties d'une pièce détenue par un expert », *RTD civ.* 2009, p.573.
- **A. Philip et J.-P. Ancel**, « Rapport des arbitres avec l'expert du tribunal », Table ronde 5, *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p. 109.
- **M.-Ch. Piatti**, « Commerce électronique et propriétés intellectuelles- l'impacte des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques », *RTD com.* 2006, p.1.
- **F. Pinchon**, « Point de procédure expertale concernant les sapiteurs », *Gaz. Pal.* 2003, 1, doct., p. 189.
- **S. Porcheron**, « Erreur matérielle et force probante des actes authentiques », *AJDI* 2006, p.47.

- **S. Porcheron**, « Expertise *in futurum* et motif légitime », *AJDI* 2006, p.918.
- **J.-F. Poudret**, « Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Faculté de droit de l'université de Genève Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.607.
- **J.-F. Poudret**, « Rapport de synthèse », in *Arbitrage et expertise*, CCI, 1994, p.119.
- **J. Pradel**, « Un témoin qui a prêté serment ne peut être entendu dans la même affaire à titre de simple renseignement », *D.* 1999, p.322.
- **S. Prigent**, « Renonciation à un droit », *AJDI* 2008, p. 224.
- **A. Prûm**, « L'acte sous seing privé électronique : réflexions sur une démarche de reconnaissance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 255.
- **J.-B. Racine**, « L'arbitrage face aux pratiques illicites du commerce international », *Les petites affiches* 2010, n°201, p.8.
- **D. Randoux**, « La fixation du prix des parts sociales par l'expert », *Rev. soc.* 1993, p.578.
- **D. Randoux**, « La double qualité du signataire n'implique pas une double signature », *Bulletin Joly sociétés*, 1 février 2004, n°2, p.217.
- **J. Raynard**, « Signature électronique, valeur probante, cryptologie et tiers certificateur », *RTD civ.* 2000, p.449.
- **A. Raynouard**, « Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et à la signature électronique », *Défrénois* 2000, n°10, art. 37174, p.593.
- **A. Raynouard**, « Preuve », *Défrénois* 2002, n°21, p.1394.
- **A. Raynouard**, « Le droit de l'écrit électronique », *Les petites affiches* 2001, n°65, p.15.
- **A. Raynouard**, « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Défrénois* 2003, art. 37806, p. 1117.
- **C. Reymond**, « Conclusions », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, publication CCI n° 8, 1989, p. 157.
- **C. Reymond**, « Des connaissances personnelles de l'arbitre à son information privilégiée », *Rev. arb.* 1991, n°1, p. 3.
- **B. Reynis**, « La conception du rôle du notaire dans les pays de l'union européenne », *Les petites affiches*, 20 avril 1998 n°47, p.5.
- **B. Reynis**, « L'acte authentique n'est que l'aboutissement du rôle du conseil du notaire », *Les petites affiches* 2001, n°81, p.3.
- **B. Reynis**, « Signature électronique et acte authentique : le devoir d'inventer... », *JCP N*, n° 41, 12 octobre 2001, p.1494.

- **E. Robine**, « La nouvelle anglaise sur l'arbitrage », *RDAl* 1997, n°5, p.608.
- **J. Rochfeld**, « Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique », *RTD civ.* 2000, p.423.
- **J. Rochfeld**, « Droit des contrats et des obligations – économie numérique », *RTD civ.* 2004, p.574.
- **J. Rochfeld**, « Droit des contrats – formalités contractuelles – ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique », *RTD civ.* 2005, p.843.
- **N. Rontchevsky**, « Défense et illustration du principe de la contradiction dans la procédure », *Bulletin Joly Sociétés*, 1décembre 1995 n°12, p. 1053.
- **G. Rouhette**, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de Common Law », *Rev. arb.* 1974 n°3, p. 237.
- **J.-P. Rousse**, « Le respect du principe du contradictoire dans le déroulement des opérations d'expertise », *Gaz. Pal.* 1978, 2, doct. P.627.
- **J. Roussel**, « Pour une cross-examination à la française », *Les Petites affiches* 2006, n°32, p.4.
- **G. Rouzet**, « Jusqu'où va la responsabilité du notaire ? », *Bulletin Joly sociétés*, 1 février 1998, n°2, p.159.
- **L. Ruet**, « Quelques remarques sur l'office du juge et la preuve en droit commercial », *RTD com.* 1991, p.151.
- **F. Ruhlmann et O. Gukes**, « L'absence de règles de preuve spécifiques dans les arbitrages internationaux : remèdes souhaitables », *RDAl* 1995, n°4, p.437.
- **E. Schaeffer**, « De la recherche et de l'obtention des preuves à l'étranger en matière de droit civil », *Rev. jur. et pol., ind. et coop.*, 1985, p. 664.
- **A. V. Schlaepfer et Ph. Bartsch**, « Quelques réflexions sur l'appréciation de la preuve par l'arbitre international », *RDAl* 2010, n°3, p. 211.
- **P. Schlosser**, « L'arbitrage : la contradiction et le droit d'être entendu en droit allemand, suisse et français », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p.455.
- **V. Sédallion**, « Actualités du droit du commerce électronique », *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, septembre 2005, n°8, p.33.

- **R. Seraîche**, « L'e-mail n'échappe pas aux exigences du code civil pour bénéficier de la présomption de fiabilité reconnue aux écrits électroniques », *Les petites affiches* 2011, n°1, p. 10.
- **Ch. Seraglini**, « Du bon usage des principes d'unidroit dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 2003, n°4, p. 1101.
- **A. Sériaux**, « L'engagement unilatéral en droit positif français actuel », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica 1999, p.7.
- **Ph. Simler**, « Contrats et Obligations, remise de dette », *JCL code civil*, contrats et Obligations, fasc. 105.
- **A. Sinay-Cytermann**, commentaire à propos de l'ouvrage de Dominique Vidal (Droit français de l'arbitrage commercial international), *RTD Civ.* 2005, p. 502.
- **J. Stevenson**, « Regarding selection of arbitrators », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.691.
- **D. St. J. Sutton**, « La procédure de la discovery et l'administration de la preuve dans les procédures arbitrales- les différences entre le droit anglais et le droit des Etats-Unis », in *L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, CCI n° 8, 1989, p. 69.
- **Ph. Stoffel-Munck**, « La réforme des contrats du commerce électronique », *JCP E*, 16 septembre 2004, n°38, p.1428.
- **E. Tarnynck**, « La preuve électronique, figure des errances et des doutes du législateur », *Les petites affiches* 2011, n°215, p.7.
- **G. Tarzia**, « Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuve », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Dalloz 1996, p.469.
- **F. Terré**, « Les experts », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.35.
- **F. Terré**, « Rapports nationaux – France », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de Paris XII, Ed. de l'épargne 1969, p.211.
- **F. Terré**, « L'internationalité du juge dans l'arbitrage », in *Etude offerte à Alain Plantey*, Edition A. Pedone, 1995, p. 219.
- **Ph. Terneyre et C. Vérot**, « Le projet de réforme de l'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques est tout à fait viable », *AJDA* 2008, p. 905.
- **E. Ternynck**, « La preuve électronique, figure des errances et des doutes du législateur », *Les petites affiches*, 28 oct. 2011, n°215, p.7.
- **F.-X. Testu**, « Présentation générale », in *L'expertise*, Dalloz 1995, p. 3.

- **B. Teyssié**, « La preuve en droit du travail », in *Preuve - Etudes Juridiques*, sous la direction de Catherine Puigelier, Economica, 2004, p.73.
- **Ph. Théry**, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p. 41.
- **J. Théry**, « Fama : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire », in *La preuve en justice de l'antiquité à nos jours*, sous la direction de Bruno Lemesle, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p.119.
- **Ph. Théry**, « Arbitrage forcé et justice étatique », *RTD Civ.* 2004, P. 340.
- **Ph. Théry**, « Le juge et la convention d'arbitrage ou l'instrumentalisation des notions juridiques », *RTD Civ.* 2006, p. 143.
- **Ph. Théry**, « Les conditions de recevabilité des demandes incidentes dans une procédure arbitrale », *Rev. arb.* 2010, n°1, p. 85.
- **J. Thorens**, « L'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la Common Law », in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p.693.
- **S. Thouret**, « Impossibilité morale de la preuve écrite et aveu », *Procédures – Editions du Juris-classeur*, mars 1999, p.14.
- **J. Tillhet-Pretnar**, « La preuve en droit de la sécurité sociale », in *Preuve - Etudes Juridiques*, sous la direction de Catherine Puigelier, Economica, 2004, p.89.
- **J.-F. Tossens**, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes de colloques du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, 2009, p.55.
- **P. Tranchet**, « Rapport », in *Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve*, XVII Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Grenoble 1989, p. 25.
- **F. G. Trébulle**, « La réforme du droit de la preuve et le formalisme », *Les petites affiches* 2000, n°79, p.10.
- **Ch. Tse**, « Mais jusqu'où ira-t-on ? Après les arbitres et les centres d'arbitrage, on s'en prend au juge de l'annulation », in *Chronique de droit de l'arbitrage* n°5, *Les petites affiches* 2009, n°144, p. 20.
- **E. Tyan**, « La règle locus régit actum et le régime international de la preuve en droit libanais », *Revue* 1947, p. 73.
- **B. Van de Moortel**, « Confidentialité et secret professionnel pour en finir avec la conclusion », *Gaz. Pal.* 2003, 2, doct., p. 1359.
- **A. Vanwelkenhuyzen**, « Preuve et secret en droit public », in *La preuve en droit*, études publiées par Chaïm Perelman, Bruxelles, 1981, p.257.
- **D. Veaux**, « Transactions – Preuve », *JCL code civil*, art. 2044 à 2058, fasc. 50.

- **D. Veaux**, « Contrats et Obligations, preuve littérale, écrits non signés, livres de commerce, registres et papiers domestiques », *JCI Notarial*, Contrats et Obligations, fasc. 143.
- **R. Verdier**, « signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale », in *Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, PUF, 1996, p.91.
- **F. Vermeille**, « Le choix de l'expert et le déroulement de l'expertise », *Bull. ASA* 1994, p. 192.
- **D. Randoux**, « La nécessaire indépendance de l'arbitre de l'article 1592 du code civil », sous cass 1^{ère} civ. du 2 décembre 1997, *Rev. soc.*1998, p.332.
- **A. Viandier**, « Articulation des règles de l'arbitrage et des règles gouvernant l'expertise permettent une évaluation lors d'une cession de droits sociaux », *JCP G*, 21 juillet 1999, n°29, II 10136, p. 1421.
- **J. Viatte**, « Communication et production des pièces en justice », *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 406.
- **M. Videau**, « Aspects techniques de la preuve littérale reposant sur l'écrit électronique », *Revue Lamy, droit de l'immatériel*, août septembre 2009, supplément au n° 52, p.15.
- **M. Vivant**, « Commerce électronique cherche droit », *Dr.et Patr.*, n°55, décembre 1997, p.50.
- **M. Vivant**, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *D.* 2003, p.674.
- **G. Von-Segesser**, «Witness preparation in international commercial arbitration », *ASA Bull*, 2002, volume 2, p.222.
- **G. Wiederkehr**, « Droits de la défense et procédure civil », *D.* 1978, chron., p.36.
- **A. Zanobetti**, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », *RDAl* 2000, n°5, p. 533.
- **R. Ziadé et Ch.-H. De Taffin**, « Les témoins dans l'arbitrage international », *RDAl* 2010, n°2, p.115.

4) NOTE SOUS ARRÊTS

- **V. Avenat-Robardet**, sous cass. 1^{ère} civ, 7 novembre 2000, *Bull. Civ.* 2000, I, n° 282, p. 182 ; *D.*, 2000 n°43, p.435.
- **V. Avena-Robardet**, « Cautionnement : portée du défaut de mention manuscrite », sous cass. 1^{ère} civ., 25 juin 2009, *D.* 2009, p.1820.
- **J. Barbet**, sous Appel Paris, 7 mai 2009, *Les petites affiches* 2009 n° 159-160, p.10.

- **J.-F. Barbière**, « Refus de désigner un expert sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil : pas de recours ! », sous cass. Com., 11 mars 2008, *Rev. soc.* 2008, p.355.
- **B. Beignier**, « Preuve, écrit, impossibilité morale, usage professionnel », sous Trib. de Grande Instance de Saintes, 2 juillet 1991, *D.* 1992, p.466.
- **Ch. Belloc**, sous Appel Paris, 1^{ère} ch. Civ, 28 novembre 2002, *Rev. arb.* 2003 n°2, p.445.
- **J.-G. Betto**, « Principe de la contradiction », sous cass. 2^{ème} civ. du 23 mars 1999 et sous cass. 2^{ème} civ., 30 septembre 1999, *Rev. arb.* 2000, n°2, p. 267.
- **G. Bolard**, « Principe de la contradiction », sous cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, *Rev. arb.* 2006, n°3, p.653.
- **Bonneau**, sous Appel. Paris, 25^{ème} ch., 17 septembre 2004; *JCP E* 2005 n°134.
- **B. Boulloc**, sous cass. 1^{ère} civ., 27 juin 1995, Bull. Civ. I, n°286, *RTD com.* 1996, p.323.
- **B. Boulloc**, « Dépôt », sous cass. 1^{ère} civ., 6 février 1996, *RTD com.* 1996, p.515.
- **B. Boulloc**, « Acte de commerce », sous cass. 1^{ère} civ., 8 février 2000, *RTD com.* 2000, p.704.
- **B. Boulloc**, « Vices cachés, réduction du prix, fixation par expert », sous cass. 1^{ère} civ. 3 mai 2006, *RTD com.* 2007, p.221.
- **D. Bureau**, sous cass. 1^{ère} civ., 19 décembre 1995, Bull. civ. I, n°463, p. 322 ; *Rev. Arb.* 1996, p.49.
- **D. Bureau et Y. Derains**, « Arbitre, indépendance », sous Appel Paris 1^{ère} ch. Civ., 12 décembre 1996, *Rev. arb.* 1998, n°4, p. 699.
- **M. Cabrillac**, « Chèque. Preuve », sous cass. 3^{ème} civ., 10 mai 1995, *RTD com.* 1995, p.627.
- **M. Cabrillac**, « Crédits. Intérêts », sous cass. 1^{ère} civ., 14 février 1995, *RTD com.* 1995, p.629.
- **A. Cerati-Gauthier**, « Expertise de gestion : précisions sur les conditions de désignation d'un expert », sous cass. Com., 11 octobre 2005, *Rev. soc.* 2006, p.570.
- **C. Champaud et D. Danet**, « Cession de parts », sous appel Versailles 1^{ère} ch. A, 11 mai 2000, *RTD com.* 2000, p.938.
- **A. Chapelle**, sous Appel Paris, 1^{ère}, 2 octobre 1983, *Rev. arb.* 1984.
- **Y. Chartier**, sous cass. 1^{ère} civ. 14 février 1995, *JCP* 1995, II, 22402.

- **Y. Chartier**, « La notion d'erreur grossière d'un expert de l'article 1843-4 du code civil et les pouvoirs consécutifs des tribunaux », sous cass. 1^{ère} civ., 25 janvier 2005, *Rev. soc.* 2005, p.608.
- **G. Clamour, J.-C. Ricci et J. Trémeau**, « Dans quels cas une expertise doit-elle être rendue commune ? », Ordonnance rendue par Trib. Adm. De Caen, 6 novembre 2008, *AJDA* 2009, p. 334.
- **D. Cohen**, sous Appel Paris, 11 janvier 1990, *Rev. arb.* 1992, p.99.
- **Y. Dagorne-Labbe**, « La notion de force majeure », sous cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2008, *Les petites affiches* 2009, n°128, p.19.
- **J.-J. Daigre**, « L'expert de l'article 1843-4 du code civil s'impose à tous », sous cass. 1^{ère} civ., 28 juin 2007, *Rev. soc.* 2007, p.832.
- **Y. Derains et Th. Bernard**, sous Appel Paris 1^{ère} ch. C, 21 janvier 1997, *Rev. Arb.* 1997, n°3, p. 429.
- **J. Derruppé**, « Actes de commerce, commerçant, preuve », sous cass. 1^{ère} civ., 8 février 2000, *RTD com.* 2000, p.327.
- **J.-C. Dubarry**, sous cass. 2^{ème} civ., 7mai 1980, *Bull. civ.* 1980, II, n°98 ; *RTD com.* 1981 p.523.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, sous cass. 2^{ème} civ, 11 octobre 1995, *Bull. civ* 1995, II, n°23 ; *RTD. Com.* 1996 p.664.
- **J.-C. Dubarry et E. Loquin**, « L'unité du régime de l'arbitrage judiciaire », sous cass. 2^{ème} civ., 23 février 1994, *RTD com.* 1994, p.481.
- **M. Dubertret**, « La propriété d'actions non inscrites en compte », sous cass. Com., 5 mai 2009, *Revue des sociétés* 2009, p.580.
- **J. El Ahdab**, sous cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *JDI* 2007, p.968, note C. Legros et *Rev. arb.* 2007, p.788.
- **Ferrand et Moussa**, sous cass. 3^{ème} civ, 26 février 1992, *Bull. civ* III, n°65 ; *Gaz. Pal.* 1993, somm., p.9.
- **G. Flécheux**, sous Appel Paris, 1^{ère} ch. Suppl, 18 fevrier 1986, Aîta c/ Ojjeh, *Rev. arb.* 1986, p.583.
- **G. Flécheux**, « Principe de la contradiction », sous Appel de Paris 1^{ère} ch. Civ., 12 mars 1998, *Rev. Arb.* 1999, n°1, p. 95.
- **Ph. Fouchard**, sous cass.1^{ère} civ., 24 mars 1998, *Rev.arb.*1999, p.255.
- **M. Gadria**, sous cass.1^{ère} civ., 25 mars 2009, *Les petites affiches* 2009, n°144, p.14.

- **P.-Y. Gautier**, sous cass. Com. 4 février 2004, Bull. Civ, IV n°23; *RTD. Civ.* 2004 p.310.
- **P.-Y. Gautier**, sous cass. 1^{ère} civ. 9 mai 1996, Bull. Civ. I, n°190; *RTD civ.* 1997, p.165.
- **Gavalda**, sous cass. 1^{ère} civ., 8 novembre 1989, Bull civ I, n°342 ; *D.* 1990, juris., p.369.
- **Ch. Gavalda**, « Le cautionnement illimité, la mention manuscrite insuffisante et la qualité du garant : un revirement de jurisprudence », sous cass. Com., 1^{er} juin 1993, *Rev. soc.* 1993, p.783.
- **J.-L. Goutal**, sous cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1988, *Rev.arb.*1989, p.51.
- **Ph. Grandjean**, « Arbitre, indépendance », sous Appel Paris 1^{ère} ch. Civ., 28 octobre 1999 et sous Appel de Paris 1^{ère} ch. Civ., 30 novembre 1999, *Rev. arb.* 2000, n°2, p. 299.
- **L. Grynbaum**, sous cass. Com, 2 décembre 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 315 p. 271; *JCP G*, II, 10097.
- **Guinchard et Moussa**, sous cass. 2^{ème} civ., 30 novembre 1988, Bull. civ. II, n°236 ; *Gaz. Pal.* 1990, I, somm, p.4.
- **M. Henry**, sous Appel Paris 1^{ère} ch. Civ, 29 janvier 2004.
- **M. Henri**, sous Appel Paris 1^{ère} ch. Civ, 10 février 2005.
- **M. Henri**, sous Appel Paris 1^{ère} ch. Civ du 17 février 2005.
- **M. Henri**, sous tribunal de commerce de Paris, 6 juillet 2004, *Rev. arb.* 2005, n°3, p. 709.
- **Ch. Imhoos**, sous Appel Paris, 1^{ère} ch. Civil, 15 juin 2006, *RDAI*, 2006 n°5, p.724.
- **Ch. Jarrosson**, sous Appel Paris, 19 mai 1998, *Rev. arb.* 1999, n°3, p.60.
- **S. Lambert-Wiber**, « Dol d'un tiers et nullité du contrat pour erreur », sous cass. 1^{ère} civ., 3 juillet 1996, *Les petites affiches*, 1997 n°62, p.16.
- **S. Laporte-Leconte**, « De la preuve de l'existence d'un bail verbal », sous cass. 3^{ème} civ., 12 juin 2001, *AJDI* 2001, p.976.
- **Laynes**, sous cass. 1^{ère} civ., 31 mai 1988, Bull. civ., I, n° 163, *D.* 1989, p.289.
- **C. Legros**, pas de titre, sous Appel de Paris 1^{ère} ch. Civ., 27 juin 2002, *Rev. arb.* 2003, n°2, p. 426.
- **R. Libchaber**, « Le rôle probatoire des lettres missives et le consensualisme dans la cession des parts sociales », sous cass. Com., 10 mars 1992, *Rev. soc.*1992, p.732.
- **Libchaber**, sous cass. 1^{ère} civ., 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n°399 ; *Défrénois* 2006, art.38365, n°21.
- **A. Lienhard**, sous cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, *D.* 2001, p. 1950.

- **E. Loquin**, sous Appel Paris 2^{ème} ch., 11 février 1971, *Rev.arb.* 1973, n°1, p.29.
- **E. Loquin**, sous cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 18 mars 1980, Bull I, n° 87, *JDI* 1980, p.874.
- **E. Loquin**, sous Appel Paris, 13 novembre 1980, *Rev. Arb.* 1984, p. 129.
- **E. Loquin**, sous Appel Paris, 1^{ère} ch. Civ., 22 janvier 2004, *Rev.Arb.*, 2004, p. 646.
- **E. Loquin**, sous Appel Paris, 25ème ch., 17 septembre 2004 ; *RTD Com.* 2005, p.260.
- **E. Loquin et J.-C. Dubarry**, « Droit de la défense et principe du contradictoire », sous cass. 2^{ème} civ., 25 mars 1999, *RTD com.* 2000, p.334.
- **P. Mayer**, sous Appel Paris 1^{ère} ch. C, 6 février 1997, *Rev. arb.* 1997, n°4, p. 556.
- **J. Mestre**, sous cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 1984, *RTD civ.* 1985, p. 733.
- **J. Mestre**, sous cass. 1^{ère} civ., 16 juin 1993, Bull. civ 1993, I, n° 219 ; *RTD civ.* 1994, p.361.
- **J. Mestre**, sous cass. Com. 28 février 2006, Bull. civ. IV, n°54, p. 54; *RTD civ.* 2006, p. 769.
- **J. Mestre**, « Contestation de la force probante d'un acte authentique : la procédure d'inscription de faux, sinon rien », sous cass. 1^{ère} civ., 11 juin 2003, *RTD civ.* 2003, p.503.
- **J. Merstre et B. Fages**, sous cass. com., 8 février 2005, Bull. Civ IV n°22, *RTD. Civ.* 2005 p.384.
- **J. Mestre et B. Fages**, sous cass. 1^{ère} civ., 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n°399 ; *RTD civ* 2006, p.767.
- **J. Mestre et B. Fages**, sous cass. 1^{ère} civ, 10 mai 2005, Bull. civ. 2005, I, n°205; *RTD civ.* 2005, p.596.
- **Moreau**, sous cass. Com., 15 novembre 1978, Bull., n°262, p. 217, *Rev. arb.*, 1980, p.60.
- **J. Moury**, « Cession de droits sociaux et responsabilité de l'expert de l'article 1592 du code civil », sous cass. Com., 4 février 2004, *Revue des sociétés* 2004, p.863.
- **Pasqualini**, sous cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, Bull. civ., I, n° 393, *D.* 1997, p.368.
- **R. Perrot**, sous cass. 3^{ème} civ., 14 mars 1978, Bull. civ. III n°117 ; *RTD civ.* 1978, p.731.
- **R. Perrot**, « Expertise, contradiction, pièces communiquées à l'expert par l'une des parties à l'insu de l'autre », sous cass. 2^{ème} civ, 25 mars 1999, *RTD civ.* 2000, p.158.
- **R. Perrot**, « Constat d'huissier de justice et attestation : le rôle de la contradiction », sous cass. 3^{ème} civ., 3 avril 2001, *RTD civ.* 2001, p.659.

- **R. Perrot**, « Expertise judiciaire : documents non soumis à l'expert », sous cass 3^{ème} civ., 13 janvier 2009, *RTD civ.* 2009, p. 364.
- **Ph. Pinsolle**, « Liberté et contraintes de l'arbitre », sous Appel Paris 1^{ère} ch. C, 26 octobre 2000, *Rev. arb.* 2001, n°1, p. 203.
- **S. Porcheron**, « Expertise et présomption d'instance », sous Appel Paris 16^{ème} ch. A, 25 janvier 2005, *AJDI* 2005, p.481.
- **S. Porcheron**, « Amiante et demande d'expertise », sous Appel Paris 14^{ème} ch. B, *AJDI* 2008, p. 867.
- **S. Porcheron**, « Défaut de caractérisation du bail verbal », sous Appel Paris 14^{ème} ch., 9 avril 2004, *AJDI* 2004, p.548.
- **S. Porcheron**, « Mission d'expertise en matière d'appréciation de la conformité d'un hôtel », sous Appel Paris 14^{ème} ch. B, 30 janvier 2009, *AJDI* 2009, p.374.
- **M. Olivier**, sous cass. 1^{ère} civ., 19 janvier 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 22, p. 15. *Gaz. Pal.*, 13 octobre 2000, p.16.
- **M. Olivier**, sous Appel Paris, 23 mars 2001 ; *Gaz. Pal* 2001 p.12.
- **B. Saintourens**, « Acte mixte, preuve », sous cass 1^{ère} civ, 2 mai 2001, *RTD Com.* 2001, p.867.
- **E. Savaux**, sous cass. 3^{ème} civ, 27 février 2008, Bull. civ. III, n°35; *Défrénois* 2008, art. 38795.
- **Ph. Smiler**, sous cass. 1^{ère} civ., 29 février 2000, Bull. Civ. 2000, I, n°68, *JCP* 2000, I, p.257.
- **P.-Y. Tscahnz**, sous Appel Paris 1^{ère}, 30 novembre 1988, *Rev. arb.* 1989, p.691.
- **P.-Y. Tscanz et I. Fellrath Gazzini**, sous Tribunal Fédéral suisse, 29 août 2006 et 2 février 2006, *Rev. arb.* 2007, n°4, p.878.
- **P.-Y. Tscanz et I. Fellrath Gazzini**, sous Tribunal Fédéral suisse, 28 mars 2007, *Rev. arb.* 2008, n°4, p.755.
- **M. Uribarri**, sous cass. 1^{ère} civ. 27 mai 1986, Bull. civ. I, n°141; *JCP* 1987, II, 20873.
- **A. Viandier**, note sous Appel Paris 1^{ère} ch. A , 21 mai 1996 et Appel Paris 1^{ère} ch. C, 25 juin 1996, *Rev. arb.* 1996, n°4, p. 625.
- **J. Viatte**, sous cass. 2^{ème} civ., 7 mai 1980, Bull. civ. 1980, II, n°98 ; *Gaz. Pal.* 1981 p.38.
- **H. M. Watt**, sous cass 1^{ère} civ., 1^{er} février 2005, *Rev. arb.* 2005, n°3, p. 693.

5) ARRÊTS DE JURISPRUDENCE

- Cass. 1^{ère} civ., 17 mai 1965, Bull. civ. I, n°321.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 juillet 1966, Bull. civ. 1966, I, n°429.
- Cass. 1^{ère} civ., 26 juin 1968, Bull. Civ. 1968, I, n°320.
- Cass. 1^{ère} civ., 30 avril 1969, Bull. civ. n° 158.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 février 1970, Bull. civ. I, n°48.
- Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 10 novembre 1971, Bull. civ. I, n°287.
- Cass. 1^{ère} Civ., 26 mai 1984, Bull. civ. I, n°164.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 avril 1985, *Bull. civ. I*, n°131.
- Cass. 1^{ère} civ., 21 juillet 1987, Bull. civ 1987, I, n°248, p. 181.
- Cass. 1^{ère} civ., 18 décembre 1990, Bull. civ.1990, I, n°301, p. 210.
- Cass. 1^{ère} civ., 29 janvier 1991, Bull. civ., 1991, I, n° 36 p.22.
- Cass. 1^{ère} civ., 23 octobre 1991, Bull. civ. I, n°275.
- Cass.1^{ère} civ., 17 décembre 1991, Bull. civ., I, n° 359.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 juillet 1992, Bull. civ. 1992, I, n°232, p. 153.
- Cass. 1^{ère} civ., 20 octobre 1992, Bull. civ. I, n°259.
- Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, bull. civ. 1994, I, n°209, p.152.
- Cass. 1^{ère} civ., 10 janvier 1995, Bull. civ. 1995, I, n°27, p. 19.
- Cass. 1^{ère} civ, 10 mai 1995, Bull. civ 1995, I, n° 201 p. 144.
- Cass. 1^{ère} civ., 5 décembre 1995, Bull. civ. 1995, I, n°449, p. 313.
- Cass. 1^{ère} civ., 26 mars 1996, Bull. civ. 1996, I, n°148, p.103.
- Cass. 1^{ère} civ., 9 mai 1996, Bull. civ. I, n°191.
- Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1996, Bull. civ. 1996, I, n°270, p. 190.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 1996, Bull. civ. 1996, I, n°398, p.278.
- Cass. 1^{ère} civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, Bull. civ. 1997, I, n° 374, p. 253.
- Cass. 1^{ère} civ., 13 janvier 1998, n°96-14.239, inédit.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 1998, Bull. civ. 1998, I, n°188, p. 129.

- Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 1998, Bull. civ. 1998, I, n° 220, p. 152.
- Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 35, p. 23.
- Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2000, n°98-13.347, inédit.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 mai 2000, Bull. civ., I, p.71 n°106.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 mai 2001, Bull. civ. 2001, I, n°108, p. 71.
- Cass. 1^{ère} civ., 19 juin 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 180, p. 115.
- Cass. 1^{ère} civ. du 19 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 101.
- Cass. 1^{ère} civ., 2 mars 2004, Bull. civ. 2004, I, n°71, p. 57.
- Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2004, Bull. civ. 2004, I, n°306, p. 256.
- Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 289 p. 240.
- Cass. 1^{ère} civ. du 12 juillet 2005, Bull. civ. 2005, I, n°328, p. 272.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2005, Bull. Civ 2005, I, n°360.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 décembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n°462, p.390.
- Cass. 1^{ère} civ., 21 février 2006, Bull. civ. 2006, I, n°85, p. 80.
- Cass. 1^{ère} civ., 14 mars 2006, Bull. civ 2006, I, n°145, p.139.
- Cass. 1^{ère} civ., 11 juillet 2006, Bull. civ, I, n° 365.
- Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2006, Bull.civ 2006, I, n°440., p.377.
- Cass. 1^{ère} civ., 16 janvier 2007, Bull. civ. 2007, I, n°23, p. 21.
- Cass. 1^{ère} civ., 12 juillet 2007, Bull. civ. 2007, I, n°267, p. 236.
- Cass. 1^{ère} civ, 30 septembre 2010, n° 109-68.555.
- Cass. 2^{ème} civ., 20 février 1964, Bull. civ. II n°168.
- Cass. 2^{ème} civ., 24 novembre 1966, Bull. civ. II, n°920.
- Cass. 2^{ème} civ, 8 octobre 1970, Bull. civ. II, n°267.
- Cass. 2^{ème} civ., 3 juin 1977, *Gaz. Pal.*1977, 2 somm., p.298.
- Cass. 2^{ème} civ, 17 mai 1977, Bull. civ. 1977, II, n° 133, p. 92.
- Cass. 2^{ème} civ., 30 novembre 1978, *Rev arb.* 1979, p.355.
- Cass. 2^{ème} civ., 17 novembre 1982, Bull. civ. 1982, II, n°146.

- Cass. 2^{ème} civ., 14 mars 1984, Bull. civ. 1984, II, n°49.
- Cass. 2^{ème} civ., 25 novembre 1987, *Bull. civ. II* n°245.
- Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 1987, Bull. civ. II, n°166.
- Cass. 2^{ème} civ., 22 avril 1992, Bull. civ II, n°137.
- Cass. 2^{ème} civ., 16 juillet 1992, Bull. civ. 1992, II, n° 213, p. 106.
- Cass. 2^{ème} civ., 5 avril 1993, *Bull. civ. II*, 1993, n°140, p.74.
- Cass. 2^{ème} civ., 20 octobre 1993 n°91-21.915, inédit.
- Cass. 2^{ème} civ., 17 novembre 1993, Bull. civ. 1993, II, n° 330, p. 184.
- Cass. 2^{ème} civ., 26 octobre 1994, Bull. civ. 1994, II, n° 207, p. 119.
- Cass. 2^{ème} civ., 11 janvier 1995, Bull. civ. 1995, II, n°13, p. 8.
- Cass. 2^{ème} civ., 21 juin 1995, Bull. civ. 1995, II, n° 189 p. 109.
- Cass. 2^{ème} civ., 25 octobre 1995, Bull. civ. II, n°258.
- Cass. 2^{ème} civ., 10 novembre 1998, Bull. civ. 1998, II, n° 266, p. 160.
- Cass. 2^{ème} civ., 18 janvier 2001, Bull civ II, n°11, p. 7.
- Cass. 2^{ème} civ., 20 décembre 2001, Bull. civ. 2001, II, n°202.
- Cass. 2^{ème} civ., 23 septembre 2004, Bull. civ. 2004, II, n°414, p.351.
- Cass. 2^{ème} civ, 8 février 2006, Bull. civ. II, n°44, *D.* 2006 p.532.
- Cass. 3^{ème} civ., 21 mai 1969, Bull. civ. 1969, III, n°407.
- Cass. 3^{ème} civ., 19 avril 1972, Bull. civ. III, n°248.
- Cass. 3^{ème} civ., 15 mai 1974, Bull. civ., 1974, III, n°201.
- Cass. 3^{ème} civ., 16 novembre 1977, Bull civ III, n°393.
- Cass. 3^{ème} civ., 21 janvier 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 19.
- Cass. 3^{ème} civ., 17 avril 1991, Bull. civ. 1991, III, n° 124, p. 72.
- Cass. 3^{ème} civ., 15 avril 1992, Bull. civ. 1992, III, n° 131 p. 81.
- Cass 3^{ème} civ. Du 9 juin 2004, n° 02-20.292, inédit
- Cass. 3^{ème} civ, 27 février 2008, Bull. civ. 2008, III, n° 35.
- Cass. Com, 11 mars 1968, Bull. civ. IV n°101.

- Cass. Com., 19 décembre 1978, Bull. civ. 1978, IV, n° 320.
- Cass. com., 13 mars 1984, Bull. Civ. 1984, IV, n°99.
- Cass. Com., 18 février 1986, Bull. civ. IV n°26.
- Cass. com. 11 juillet 1988, Bull. Civ. 1988, IV, n° 247.
- Cass. Com., 20 novembre 1990, Bull. civ. 1990, IV, n°202, p. 292.
- Cass. Com., 11 décembre 1990, Bull. civ. 1990, IV, n° 315 p. 217.
- Cass. com. 31 mai 1994, Bull. Civ. IV, n° 192, p. 154.
- Cass. Com., 22 juin 1999, Bulletin 1999, IV, n° 136, p. 113.
- Appel Rouen 1^{ère}, 15 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1986 somm., p.285.
- Appel Paris, 12 février 1993, *Rev. arb.* 1993, p.255.
- Appel Versailles, 3^{ème} ch., 13 octobre 1995, D. 1995, p.260.
- Appel Rouen, 1^{ère} ch. Civ., 8 décembre 1999.
- Appel Paris, 1^{ère} ch. civ., 26 octobre 2000, *Rev. arb.* 2001 n°1, p.200.
- Appel Paris, 7 mai 2002, *Rev. arb* 2002, n°3, p.783.
- Appel Paris, 27 février 2003, *Rev. arb.*, 2003, n°2, p.547.
- Appel Poitiers, 25 mars 2003, juris-data n° 2003-218605.
- Appel Agen, 20 février 2006, juris-data n°2006-300696.
- Appel Orléans, 8 avril 2007, juris-data n° 2007-330829.
- Appel Paris, 19 juin 2008, Légifrance 27 août 2008, *RDAI* 2008 , n°5 p.729.
- Trib. Féd. Suisse, 23 octobre 1989, *Bull. ASA* 1990, p.51.
- Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} cour civil, 10 juin 1996, *Bulletin ASA*, 2000 n°4, p.764.
- Trib. Féd. Suisse, 9 février 1998, *Bull. ASA* 1998, n°3 p. 653.
- Trib. Féd. Suisse, 1^{ère} cour, 25 juillet 1997, *RDAI* 1998, n°4/5, p.545.
- Tri. Féd. Suisse, 1^{ère} cour civil, 25 avril 2002, *Bull. ASA* 2002 n°3, p.548.
- Trib. Féd. Suisse, 7 janvier 2004, 4 P.196/2003, *ASA, Bull*, 2004, p.600.
- Cass. Soc, 5 juillet 1972, Bull. civ. V, n°496.
- Cass. Soc. 22 mars 1979, *Gaz. Pal.*, 1979, 2 somm., p.328.

6) RESSOURCES ÉLECTRONIQUES

- www.larevue.ssd.com
- www.legifrance.gouv.fr
- www.lexisnexus.fr
- www.courdecassation.fr

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
Première partie – Les preuves écrites	19
Titre I – La preuve écrite sur support papier	21
Premier chapitre – La formation de la preuve écrite	23
Première section – Le contenu de la preuve écrite	24
§1 – De l’écrit et de la preuve écrite	25
A – De l’écrit et de la preuve écrite en général.....	25
1) Notion de l’écrit.....	25
a) Définition et contenu de l’écrit.....	25
b) La finalité de l’écrit : pour preuve ou pour validité.....	26
2) La notion de la preuve écrite.....	27
a) Définition de la preuve écrite	27
b) Histoire de la preuve écrite	28
B – De la preuve écrite dans l’arbitrage international	30
1) Le rôle de la preuve écrite dans l’arbitrage international	30
2) Le mérite de la preuve écrite.....	31
§2 – La preuve écrite dans les actes instrumentaires	33
A – Les actes authentiques	33
1) L’organisation de l’acte authentique	33
a) La notion d’acte authentique	33
b) L’utilité de l’acte notarié.....	35
2) Les formalités de l’acte notarié.....	36
a) Rôle du notaire	36
b) La validité de l’acte notarié	39
B – Les actes sous seing privé.....	41
1) Notion de l’acte sous seing privé.....	41
a) Présentation de l’acte sous seing privé.....	41
b) Signature de l’acte sous seing privé	42
2) La validité de l’acte sous seing privé	43
a) Les formalités de l’acte sous seing privé	43

b) L'opposabilité de l'acte sous seing privé	46
Deuxième section – La communication des pièces en matière d'arbitrage international.....	48
§1 – La communication des pièces : traditions et pratique de l'arbitrage	49
A – La pluralité des systèmes juridiques	49
1) Diversité des différents systèmes de procédure.....	49
2) Les caractéristiques de la preuve écrite dans les différents systèmes juridiques	50
a) La preuve écrite dans le système de Common Law	50
b) La preuve écrite dans les pays du système de droit civil.....	52
B – La pratique de la communication des écrits dans l'arbitrage international	54
1) Choix de la procédure.....	54
2) L'application de la procédure choisie à la preuve écrite dans l'arbitrage international	57
§2 – La communication et la production des pièces : principe et dérogations...	59
A – Le principe de la communication et de la production des pièces.....	59
1) Le contenu de la communication et de la production des pièces	59
a) La signification de la communication et de la production des pièces	59
b) Objet de la communication et de la production des pièces	61
2) La mise en œuvre de la communication des pièces dans l'arbitrage international.....	62
a) Communication et production des pièces par les parties	62
b) La communication et la production des pièces par les tiers	66
B – Les dérogations au principe de la communication et de la production des pièces	69
1) Les dérogations attachées aux plaideurs.....	69
a) Les sentences « Nul n'est tenu de prouver contre soi » et « Nul ne peut se constituer une preuve à soi même »	69
b) Le secret professionnel	71
2) Les dérogations attachées aux éléments de preuve.....	73
a) Preuve écrite se trouvant à l'étranger.....	73
b) Le principe de la contradiction.....	75
Deuxième chapitre – L'administration de la preuve écrite dans l'arbitrage international	77

Première section – La preuve écrite entre principes et exceptions	78
§1 – La preuve écrite et la réalité de l’arbitrage international	79
A – La primauté de la preuve écrite dans l’arbitrage international	79
1) L’obligation de préconstituer une preuve écrite.....	79
a) La pratique de préconstitution d’une preuve écrite dans l’arbitrage international	79
b) Une obligation influencée par la tradition romaniste.....	81
2) Les règles de l’article 1341 du code civil.....	82
a) La preuve d’un acte dont la valeur dépasse une certaine somme	82
b) La preuve d’un acte écrit	84
B – La situation réelle des preuves dans l’arbitrage international	87
1) La preuve dans les actes commerciaux	87
2) Les conventions sur la preuve	89
§2 – Les exceptions à l’obligation de préconstituer une preuve écrite	93
A – Les exceptions provenant des plaideurs à l’instance	93
1) Le commencement de preuve par écrit	93
a) Les conditions du commencement de preuve par écrit	93
b) Les pièces émanant d’autres instances	98
2) La preuve par les étrangers à l’instance	101
a) La preuve par les tiers à l’instance.....	101
b) La preuve d’un contrat apparent.....	105
B – Les exceptions de l’article 1348 du code civil français.....	107
1) Impossibilité de se procurer une preuve écrite	107
a) L’impossibilité contemporaine à la formation de l’acte – impossibilité matérielle et morale	107
b) L’impossibilité postérieure à la formation de l’acte – perte de l’acte.....	109
2) La preuve des titres inexistants	110
a) La preuve des quasi-contrats	111
b) Les dispositions relatives aux copies	111
Deuxième section – La place de la preuve écrite sur support papier	114
§1 – Valeur des actes instrumentaires	115
A – La valeur de l’acte authentique	115
1) Force probante de l’acte authentique	115

2) Inscription de faux	118
B – La valeur de l’acte sous seing privé	122
1) Force probante de l’acte sous seing privé	122
2) La vérification d’écriture	124
§2 – La preuve écrite et le rôle de l’arbitre	127
A – Le conflit dans les énonciations des actes.....	127
1) Cas où il y a deux écrits instrumentaires	127
2) Erreur matérielle d’un acte.....	129
B – L’arbitre, appréciateur des preuves	131
1) L’utilisation par les arbitres de leurs connaissances personnelles	131
2) L’appréciation des preuves	132
TITRE II – La preuve écrite sur support électronique	135
Premier chapitre – La formation de la preuve électronique.....	137
Première section – L’origine de la preuve électronique	138
§1 – L’évolution simultanée du commerce et de la preuve écrite	139
A – L’évolution du commerce vers le commerce électronique	139
1) La naissance du commerce électronique.....	139
2) La définition du commerce électronique	140
B – L’évolution de la preuve littérale	142
1) La nouvelle notion de la preuve littérale.....	142
2) La nouvelle pratique de la preuve écrite dans les différents systèmes juridiques	144
§2 – Le contenu de l’acte électronique.....	146
A – La notion de l’écrit électronique.....	146
1) La nature de l’écrit électronique	146
2) Les caractéristiques essentielles de l’écrit électronique.....	148
B – La notion de la signature électronique	151
1) La définition de la signature électronique	151
2) Le rôle de la signature électronique	152
Deuxième section – La conclusion des contrats dans le commerce électronique.	155
§1 – La spécificité des contrats du commerce électronique	156
A – Les modalités de conclusion des contrats du commerce électronique....	156

1) La rencontre des volontés dans les contrats du commerce électronique.....	156
2) La certification des contrats du commerce électronique.....	158
B – La réglementation des contrats conclus par voie électronique	160
1) La loi applicable aux contrats du commerce électronique.....	160
2) La relation entre l’arbitrage et le commerce électronique.....	162
§2 – La diversité des actes conclus dans le commerce électronique.....	165
A – Les actes authentiques électroniques.....	165
1) La notion d’acte authentique électronique	165
2) L’établissement de l’acte authentique électronique.....	166
B – Les actes sous seing privé électroniques	169
1) Les conditions de l’acte sous seing privé électronique.....	169
2) Les formalités de l’acte sous seing privé électronique	170
Deuxième chapitre : L’administration de la preuve électronique.....	172
Première section – Les dispositions organisant la preuve électronique	173
§1 – La preuve électronique entre conservation préalable et conventions sur les preuves	174
A – L’archivage des documents électroniques pour l’utilisation ultérieure comme preuve.....	174
1) Les modalités de l’archivage des documents électroniques	174
2) Les risques de l’archivage des documents électroniques.....	176
B – Les conventions sur les preuves	177
1) L’admission du principe des conventions sur les preuves.....	177
2) Le contenu des conventions sur les preuves	179
§2 – L’écrit électronique entre équivalence et conflit avec l’écrit papier.....	181
A – L’équivalence entre l’écrit papier et l’écrit électronique	181
1) Le fondement juridique de l’équivalence entre écrit papier et écrit électronique.....	181
2) Les effets de l’équivalence entre écrit papier et écrit électronique	183
B – Le conflit entre écrit sur papier et écrit électronique	185
1) La reconnaissance d’un conflit entre diverses preuves littérales	185
2) La solution du conflit entre écrit sur papier et écrit électronique.....	185
Deuxième section – La mise en œuvre de la preuve électronique dans l’arbitrage international.....	187
§1 – La pratique de la preuve électronique dans l’arbitrage international	188

A – Les principes régissant la preuve électronique.....	188
1) La preuve électronique dans les différents systèmes juridiques.....	188
2) L'application de l'article 1341 du code civil français à l'écrit électronique.....	189
B – Les exceptions à la primauté de la preuve littérale électronique	193
1) L'exception de l'article 1347 du code civil – le commencement de preuve par écrit	193
2) Les exceptions de l'article 1348 du code civil	194
§2 – La place de la preuve électronique dans l'arbitrage international	196
A – La contestation de l'acte électronique	196
1) Le fondement juridique du principe de la contestation de l'acte électronique.....	196
2) Les procédures de contestation de l'acte électronique	197
B – La valeur de l'acte dressé par voie électronique	200
1) La mérite de la signature électronique apposée sur l'écrit	200
2) La force probante de l'écrit électronique	202
Deuxième partie – Les preuves orales	204
Titre I – La preuve par témoin.....	206
Premier chapitre – Les dispositions générales liées au témoin et au témoignage ...	208
Première section – La preuve par témoin en général	209
§ 1 – La portée de la preuve par témoin	210
A – Notion de la preuve par témoin	210
1) Définition de la preuve par témoin.....	210
2) La teneur de la preuve par témoin	211
B – La preuve testimoniale dans les différents tribunaux.....	213
1) La preuve testimoniale dans les différents systèmes juridiques	213
2) La preuve testimoniale dans l'arbitrage international.....	216
§ 2 – L'admissibilité de la preuve par témoin dans l'arbitrage international .	218
A – L'effet relatif de la convention d'arbitrage	218
1) L'arbitrage et les tiers.....	218
2) Rôle des arbitres et du juge d'appui dans la citation des témoins.....	219
B – Les personnes admises à témoigner	222
1) Les conditions générales d'admissibilité des témoins	222

2) Les conditions spécifiques d'admissibilité des témoins	223
Deuxième section – Les obligations pesant sur les intervenants de l'arbitrage...	227
§ 1 – Les obligations de forme pesant sur le témoin	228
A – Les actes préalables à la déposition du témoin	228
1) L'obligation de comparaître	228
2) L'obligation de prêter serment	230
B – L'obligation de déposer	234
1) Le principe de l'obligation de déposer	234
2) Les exceptions au principe de déposer	235
§ 2 – Les obligations de fond pesant sur le témoin et les autres intervenants ..	239
A – Le secret professionnel.....	239
1) La notion du secret professionnel	239
2) Le secret professionnel de certaines personnes	241
B – La confidentialité de l'arbitrage et de la preuve orale.....	244
1) Le principe de la confidentialité	244
2) L'étendue de la confidentialité.....	246
Deuxième chapitre – Les dispositions spécifiques liées au témoin et au témoignage	249
Première section – L'audition du témoin dans l'arbitrage international	250
§ 1 – Les mesures préalables à l'audition des témoins	251
A – La préparation des témoins dans l'arbitrage international	251
1) Le rôle des parties dans la préparation des témoins.....	251
2) La divergence dans les règles déontologiques des différents systèmes juridiques quant à la préparation du témoin.....	255
B – Les agissements envers la personne du témoin.....	260
1) La contrainte du témoin	260
2) La protection du témoin	262
§ 2 – La déposition des témoins à l'audience.....	265
A – Les règles générales régissant l'audition des témoins dans l'arbitrage international	265
1) L'influence des règles applicables dans les différentes traditions juridiques sur l'audition des témoins dans l'arbitrage international.....	265
2) Les règles applicables dans le cas de l'impossibilité pour le témoin de se présenter à l'audience	268
B – La pratique de l'audition des témoins dans l'arbitrage international ...	270

1) Rôle des parties dans l'audition des témoins	270
2) Rôle du tribunal arbitral dans l'audition des témoins	273
Deuxième section – La valeur de la preuve par témoin dans l'arbitrage international.....	275
§ 1 – Le double caractère de l'arbitrage.....	276
A – Les règles ayant un caractère supplétif.....	276
1) Les conventions sur les preuves	276
2) Rétroactivité des lois	278
B – Les règles ayant un caractère impératif	280
1) Les principes fondamentaux régissant la preuve testimoniale	280
2) Délai de l'arbitrage et preuve nouvelle	282
§ 2 – La place de la preuve par témoin dans l'arbitrage international	284
A – Le faux témoignage	284
1) Notion du faux témoignage	284
2) Les effets du faux témoignage.....	288
B – L'appréciation de la preuve par témoin.....	291
1) Les connaissances personnelles de l'arbitre	291
2) Force probante de la preuve par témoin.....	293
Titre II – La preuve par expertise.....	296
Premier chapitre – L'admissibilité de l'expertise dans l'arbitrage international ..	298
Première section – L'expertise, un mode de preuve dans l'arbitrage international.....	299
§ 1- La période pré-expertise	300
A – Les connaissances personnelles du tribunal et le besoin d'un technicien	300
1) Les connaissances techniques et professionnelles du tribunal arbitral.....	300
2) Le besoin d'une mesure d'instruction exécutée par un technicien.....	302
B – Les mesures d'instructions exécutées par un technicien	304
1) Le pouvoir des arbitres d'ordonner des mesures d'instruction exécutées par un technicien	304
2) Les diverses mesures d'instruction exécutées par un technicien	306
§2 – L'expertise	310
A – Notion de l'expertise	310

1) Définition de l'expertise.....	310
2) Expertise et arbitrage	313
B – Les traits caractéristiques de l'expertise	315
1) L'expertise dans les différents systèmes juridiques et dans l'arbitrage international.....	315
2) Le caractère facultatif et subsidiaire de l'expertise	316
Deuxième section – L'organisation de la preuve par expertise.....	318
§1 – La diversité des expertises	319
A – Les expertises ordonnées à titre subsidiaire	319
1) Les expertises ordonnées à l'occasion d'un procès	319
a) Expertise judiciaire et expertise extrajudiciaire	319
b) Expertise amiable et expertise officieuse	320
2) Les expertises ordonnées hors le cadre d'un procès – les expertises du code civil.....	322
a) L'expertise de l'article 1592 du code civil (vente).....	322
b) L'expertise de l'article 1843-4 du code civil (cession)	324
B – L'expertise ordonnée à titre principal – expertise de l'article 145 du code de procédure civil.....	325
1) L'étendue de l'application de l'article 145 dans l'arbitrage.....	325
2) Les conditions de l'application de l'article 145 du code de procédure civil	327
§2 – Le recours à la preuve par expertise.....	329
A – Le déclenchement de la preuve par expertise.....	329
1) La décision ordonnant l'expertise	329
a) Le contenu de la décision ordonnant l'expertise.....	329
b) Le recours contre la décision ordonnant l'expertise	331
2) La nomination de l'expert	332
a) La nomination de l'expert dans les différents systèmes juridiques et dans l'arbitrage international.....	332
b) Les modalités de nomination des experts	336
B – L'objet de la preuve par expertise	340
1) L'étendue de la mission de l'expert	340
a) L'extension de la mission de l'expert	340
b) Des missions spéciales données à l'expert.....	341
2) Les limites de la mission de l'expert	344

a) La mission de l'expert concerne uniquement les faits et non le droit – l'expert donne un avis technique et non juridique	345
b) Conciliation	347
Deuxième chapitre – L'administration de la preuve par expertise dans l'arbitrage international	348
Première section – La mise en œuvre de la preuve par expertise	349
§ 1 – Les obligations incombées sur l'expert	350
A – Les obligations de forme	350
1) Les obligations de forme attachées à l'expert.....	350
a) Serment de l'expert.....	350
b) Impartialité et indépendance de l'expert.....	351
2) Les obligations de forme attachées à la mission d'expertise	353
a) L'expert doit accomplir personnellement la mission d'expertise....	353
b) Délai de l'expertise.....	357
B - Les obligations de fond	359
1) L'expertise et le secret professionnel de l'expert	359
a) Le secret professionnel en général.....	359
b) Le secret professionnel de l'expert.....	361
2) L'expertise et le principe de la contradiction	362
a) L'expert et le respect du principe de la contradiction.....	363
b) Les applications du principe de la contradiction	365
§2 – Le rôle des intervenants de l'arbitrage dans le déroulement de l'expertise	368
A – Le pouvoir de l'expert et des autorités compétentes.....	368
1) Le pouvoir de l'expert	368
a) Le pouvoir de l'expert envers les parties	368
b) Le pouvoir de l'expert envers les tiers	369
2) Le recours aux autorités compétentes.....	371
a) Le pouvoir de l'arbitre	371
b) Le pouvoir du juge étatique	373
B – L'expertise et le pouvoir des parties dans l'arbitrage international	376
1) Le témoignage de l'expert dans l'arbitrage international.....	376
a) La distinction entre l'expert et le témoin.....	376
b) Le statut de l'expert dans l'arbitrage international	376

2) La préparation de l'expert dans l'arbitrage international	378
a) La légitimité de la préparation de l'expert dans l'arbitrage international	378
b) La pratique de la préparation de l'expert	379
Deuxième section – L'évaluation de la preuve par expertise	381
§1- La responsabilité de l'expert	382
A – Le principe de la responsabilité de l'expert	382
1) La responsabilité civile de l'expert	382
a) Le fondement de la responsabilité civile de l'expert.....	382
b) L'échelon de la faute de l'expert	384
2) La responsabilité pénale et disciplinaire de l'expert	385
a) La responsabilité pénale de l'expert.....	385
b) La responsabilité disciplinaire de l'expert	386
B – La condamnation de l'expert	387
1) La récusation et le remplacement de l'expert	387
a) La récusation de l'expert.....	387
b) Le remplacement de l'expert	390
2) La nullité de l'expertise réalisée par l'expert	392
a) Les dispositions régissant la nullité de l'expertise	392
b) La nouvelle expertise	394
§2 – La force probante de la preuve par expertise	395
A – Le résultat des opérations d'expertise.....	395
1) L'élaboration d'un rapport d'expertise.....	395
a) Le dépôt du rapport d'expertise	395
b) Effet du dépôt du rapport d'expertise – poursuite de l'instance.....	397
2) La forme et le contenu du rapport d'expertise	398
a) La forme du rapport d'expertise	398
b) Le contenu du rapport d'expertise.....	399
B – La valeur du rapport d'expertise.....	402
1) La place du rapport d'expertise	402
a) La nature du document formant le rapport d'expertise	402
b) La crédibilité du rapport d'expertise.....	403
2) L'appréciation du contenu du rapport d'expertise	404

a) L'influence du rapport d'expertise sur la décision du tribunal arbitral.....	404
b) La contradiction entre plusieurs rapports d'expertise.....	406
CONCLUSION.....	408
INDEX ALPHABETIQUE.....	412
BIBLIOGRAPHIE	416

RÉSUMÉ

L'arbitrage est un mode de résolution des litiges par l'intermédiaire d'un tribunal arbitral composé d'un ou plusieurs arbitres. Il permet, comme devant les tribunaux étatiques, de régler un litige en vertu d'une sentence rendue à l'issue d'une procédure arbitrale dans laquelle chacune des parties doit prouver ce qu'elle allègue afin d'établir la conviction des arbitres. C'est par le recours aux divers modes de preuve inspirés des différents systèmes juridiques notamment du système de Common Law et du système de droit civil que les plaideurs pourront atteindre cette finalité.

En revanche, parce que l'arbitrage international ne possède ni for ni législation spéciaux, l'administration des preuves dans une instance arbitrale internationale revêt un caractère sui generis de fait que l'arbitrage international a reconnu un système de preuve qui a utilisé les avantages des divers systèmes juridiques. Ainsi, on retrouve que la preuve écrite, qu'elle soit sur support papier ou sur support électronique, est administrée selon le model civiliste qui donne la primauté à une preuve préconstituée à l'avance. Mais, en ce qui concerne la preuve par témoin, l'influence des droits de Common Law paraît claire surtout que dans la plupart des cas, le pouvoir de nommer et d'interroger les témoins revient aux plaideurs qui utilisent la méthode d'Examination lors de l'interrogation des témoins. C'est aussi le cas de l'expertise qui est souvent considérée comme une preuve orale dans laquelle il revient aux parties le pouvoir de désigner les experts et de les interroger suivant l'interrogatoire direct et le contre interrogatoire tout comme des témoins. Ainsi, les preuves dans l'arbitrage international peuvent être réparties en preuves écrites et preuves orales dont les premières sont constituées de l'écrit sur support papier ou sur support électronique et les secondes sont formées par la preuve par témoin et la preuve par expertise.

SUMMARY

The arbitration is a method of resolving disputes through an arbitration tribunal composed of one or several arbitrators. He allows resolving a dispute under a sentence delivered after an arbitration procedure in which all parties have to prove what they adduce to convince the tribunal. It is by using various modes of proof inspired specially from the system of Common Law and the system of Civil Law that parties can achieve this purpose.

On the other hand, because the international arbitration has neither a territory nor legislation, it was created a system which combines between best practices of Common Law and Civil Law. So, the written evidence is produced according to the practice of Civil Law which gives primacy to a proof written in advance. But for the oral testimony, it is the common Law which dominates the administration of this proof by giving parties the right to nominate and interrogate witnesses. This is also what happens when arbitrators decide to use an expertise in which the parties have the power to nominate experts and interrogate them as witnesses. So, the evidence in international arbitration can be divided into written evidence made up by the writing on paper medium and electronic medium and oral evidence formed by proof by witness and proof by expertise.