

AMÉRICANISATION DU DROIT SUISSE DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL?

par

JUAN CARLOS LANDROVE

Doctorant à l'Université de Lucerne, Assistant à l'Université de Genève,
LL.M. in Comparative Jurisprudence, New York University, Avocat aux
barreaux de Genève, Madrid et New York

I.	Introduction	295
II.	L'influence américaine au niveau législatif <i>lato sensu</i>	297
	A. LDIP.....	297
	B. Traités internationaux conclus par la Suisse.....	299
III.	L'influence américaine sur la pratique arbitrale	300
	A. Maxime accusatoire – maxime inquisitoire: <i>adversial – inquisitorial</i>	301
	B. Production de preuves par pièces documentaires: <i>discovery</i>	303
	C. Témoignages: <i>witness testimony</i>	305
	D. Audiences, plaidoiries: <i>hearings</i>	309
	E. La tenue du procès-verbal d'audience: <i>the record</i>	310
	F. Secrétaire du Tribunal arbitral: <i>secretary of the arbitral Tribunal</i>	311
	G. Déclarations par les arbitres: <i>disclosures</i>	312
	H. Participation aux frais d'avocat: <i>lawyer's costs</i>	313
IV.	Conclusion	314

I. Introduction

La globalisation et son corollaire, l'accroissement des transactions internationales, ont engendré une croissance rapide des litiges vidés par le

truchement des procédures internationales d'arbitrage au cours des vingt dernières années¹.

D'une part, les parties issues de cultures différentes ont, dans la plupart des cas, jugé préférable qu'un litige contractuel survenant avec leur contrepartie soit résolu par la décision d'un ou plusieurs arbitres internationaux (selon un droit parfois anational ou supranational) plutôt que par le juge du domicile de sa contrepartie selon son propre droit².

D'autre part, le succès de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 (ci-après Convention de New-York), aisément mesurable par le nombre de ratifications, a certainement amélioré les possibilités d'exécution forcée de la sentence. L'absence, pour l'instant, de pendant au niveau international pour les décisions judiciaires nationales a certainement également joué le rôle de catalyseur des méthodes alternatives de résolution des litiges telles l'arbitrage³.

Deux pays jouent un rôle important sur la scène internationale de l'arbitrage:

¹ En 2003, la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (ci-après CCI) à Paris a noté 593 nouvelles affaires à son rôle. Ces affaires ont impliqué 1584 parties provenant de 123 pays différents, cf. Rapport statistique 2003, in : 15 Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, pp. 7s. (n° 1, 1^{er} semestre 2004). En 1984, les nouvelles affaires s'élevaient au nombre de 293 seulement, Bulletin Officiel de l'Assemblée fédérale, 6 octobre 1986, p. 1364. Cf. également, NEWMAN L. W., *International Arbitration – Unfinished Business*, New York Law Journal, 3rd April 2001, p. 3; CREMADES B. M., *Introductory Remarks*, in: VAN DEN BERG A. J., *International Dispute Resolution: Towards An International Arbitration Culture*, International Council for Commercial Arbitration Congress Series n° 8, The Hague, Kluwer, 1998, p. 17.

² REYMOND C., Le droit applicable au fond dans l'arbitrage commercial international, in: ROVERSI-MONACO F./CARPI F., *L'arbitrato commerciale internazionale in Svizzera e in Italia*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 8; BUCHER A., Le nouvel arbitrage international en Suisse, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1989, p. 13.

³ Sur la future Convention de La Haye relative à la compétence et aux jugements étrangers en matière civile et commerciale, cf. *inter alia*, BAUMGARTNER S.P., *The Proposed Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003; LOWENFELD A.F./SILBERMAN L.J., *The Hague Convention On Jurisdiction and Judgments*, Juris Publishing, Inc., Yonkers, N.Y., 2001; KESSEDJAN C., *Jurisdiction and Foreign Judgements in Civil and Commercial Matters: the Draft Convention proposed by the Hague Conference on Private International Law*, Forum Internationale, n° 26, July 2000, pp. 41-65; les derniers développements peuvent être consultés sur le site <http://www.hcch.net>.

La Suisse, en raison de sa longue tradition arbitrale, de sa stabilité politique et de sa neutralité, a su attirer bon nombre de parties souhaitant qu'en cas de litige, le for arbitral soit situé sur le territoire helvétique. Le droit suisse a souvent été appliqué au fond du litige en tant que droit choisi par les parties alors même qu'aucune des parties au litige n'avait de lien avec la Suisse, ce en raison de la flexibilité du droit suisse des obligations et de sa disponibilité en trois langues: allemand, français, italien⁴.

Les méthodes alternatives de résolution des litiges ont pris une ampleur considérable outre-Atlantique à tel point que l'arbitrage fait partie du quotidien des praticiens. En particulier, les Etats-Unis d'Amérique ont développé un cadre juridique autour de l'arbitrage et une abondante jurisprudence. La disponibilité des textes de loi et des décisions en anglais a joué un rôle important dans la pénétration internationale de la pratique arbitrale américaine.

La présente contribution tente de déterminer si le droit suisse de l'arbitrage commercial international a été influencé par le droit américain au niveau des textes législatifs et conventionnels (II), puis au travers de l'examen comparatif de certains principes de procédure et étapes clé d'une procédure arbitrale (III).

II. Influence américaine au niveau législatif *lato sensu*

Un examen d'une éventuelle influence américaine sur le droit positif suisse de l'arbitrage commercial international se doit d'inclure non seulement la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (ci-après LDIP)⁵, mais aussi tout traité international bi- ou multilatéral sur le sujet.

A. LDIP

Le droit suisse de l'arbitrage commercial international est contenu au chapitre douze de la LDIP.

⁴ REYMOND C., *op. cit. ad note 2*, pp. 7s.

⁵ RS 291, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

Il ne ressort nullement des travaux préparatoires ou de la doctrine autorisée une influence américaine⁶. La seule influence étrangère clairement exprimée s'est manifestée au stade de l'examen du réel besoin de l'insertion d'un chapitre sur le droit de l'arbitrage international dans la LDIP⁷: le Conseil fédéral a notamment motivé la nécessité d'une telle insertion au regard de principes de concurrence internationale mentionnant le fait qu'au cours des années précédant l'avant-projet de la LDIP divers pays comme la France, l'Angleterre, la Suède, l'Autriche et l'Italie avaient modernisé leur législation et s'étaient rendus plus attractifs comme place d'arbitrage international⁸.

Le projet initial du Conseil fédéral (ci-après CF) fut largement remanié par une commission *ad hoc* constituée de cinq experts (dont quatre issus du Comité de l'association suisse d'arbitrage, ci-après ASA)⁹. Ces derniers ont rédigé un nouveau projet précisant le projet initial du CF et le complétant par des dispositions nouvelles, souvent inspirées du Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 août 1969 ou de législations étrangères les plus récentes, notamment sur la nomination et la récusation des arbitres, sur les principes fondamentaux de la procédure (égalité, principe du contradictoire) et sur le droit applicable¹⁰.

Quatre des experts étant de fêrus praticiens de l'arbitrage international, il est possible que leurs expériences américaines aient eu un impact inconscient sur les solutions retenues dans leur projet, sans probablement prédominer sur l'impact de leurs éventuelles expériences asiatiques, africaines ou sud-américaines.

De plus, la LDIP se voulait souple et libérale. Son projet s'est volontairement écarté d'une caractéristique américaine (ou anglo-saxonne en général) visant à tout réglementer et prévoir, et a pris soin de ménager les

⁶ Cf. en général, Feuille Fédérale 1983 I, pp. 255-501 (ou tiré à part 82.072 de 255 pages avec table des matières), Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé du 10 novembre 1982 (ci-après Message); LALIVE P./POUDRET J.-F./REYMOND C., *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Payot, Lausanne, 1989. Cf. également, BUCHER A., *op. cit. ad note 2*, pp. 18ss.

⁷ En lieu et place de l'application du Concordat intercantonal du 27 août 1969 sur l'arbitrage aux procédures arbitrales internationales, (RS 279).

⁸ Cf. Message, *supra* note 6, n° 134, p. 278 (ou p. 24 du tiré à part); LALIVE P. *et al.*, *op. cit. ad note 6*, p. 260.

⁹ Bulletin Officiel du Conseil National 1986, p. 1364. Les membres ASA étaient les Prof. Anton Heini, Pierre Lalive et Claude Reymond ainsi que Me Marc Blessing. Le Prof. Hans Ulrich Walder officiait en tant que spécialiste de la procédure civile interne.

¹⁰ LALIVE P. *et al.*, *op. cit. ad note 6*, p. 267.

garanties procédurales de base que l'on retrouve dans tous les codes de procédures nationaux et dans les législations et conventions en matière d'arbitrage¹¹.

Enfin, la dernière modification du chapitre 1 du *Federal Arbitration Act* (ci-après *FAA*) date de 1990. Elle a donc été édictée à une date postérieure à l'entrée en vigueur de la LDIP et n'a pu servir de base aux réflexions ayant présidé à l'élaboration du texte de la LDIP¹².

En définitive, aucune influence américaine ne transparaît quant au contenu des articles 176 à 194 de la LDIP.

B. Traités internationaux conclus par la Suisse

La Suisse a ratifié un grand nombre de conventions internationales bi- ou multilatérales relatives à la reconnaissance et à l'exécution des sentences arbitrales étrangères ou comportant des dispositions en matière d'arbitrage¹³. Dans le cadre limité de cet article nous nous bornerons à examiner la plus importante de ces conventions.

La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères conclue à New York en 1958 a été, ainsi que mentionné dans notre introduction, le catalyseur de la globalisation de l'arbitrage international¹⁴. D'aucuns considèrent cette Convention comme le pilier individuel sur lequel l'édifice de l'arbitrage international repose¹⁵. L'arbitrage doit en partie son essor phénoménal durant les vingt-cinq

¹¹ *Ibid*, pp. 273s.

¹² 9 U.S.C. §§ 1-307. La première version datait de 1925 et ne contenait que le premier chapitre de l'actuel *FAA*. Le chapitre 2 a été ajouté le 31 juillet 1970 et le chapitre 3 le 31 mai 1990 suite à la ratification par les USA respectivement de la Convention de New York de 1958 et de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international conclue à Panama le 20 janvier 1975, à laquelle la Suisse n'est pas partie. Pour de plus amples informations sur l'histoire du *FAA*, cf. RIVKIN D.W./KELLNER F.L., *In Support of the F.A.A.: An Argument Against U.S. Adoption of the UNCITRAL Model Law*, 1 *The American Review of International Arbitration*, pp. 535-539 (1990) et références citées note 8.

¹³ Cf. liste établie par HAHN D., in: LALIVE P. *et al.*, *op. cit. ad note 6*, Annexe II, pp. 500-503.

¹⁴ La Convention de New York (RS 0.277.12) est entrée en vigueur pour la Suisse le 30 août 1965 et pour les USA le 30 septembre 1970, et a, à ce jour, été adoptée par 134 Etats (état au 31.12.2003).

¹⁵ Cf. REDFERN A., *Having Confidence in International Arbitration*, 57 *Dispute Resolution Journal*, pp. 60s., 2003; cf. également les commentaires de SIQUEIROS M., in: LOWENFELD A.F./SILBERMAN L.J., *op. cit. ad note 3*, p. 161.

dernières années à l'effet combiné de l'existence de la Convention de New York et de l'absence de traité multilatéral équivalent en matière de reconnaissance et d'exécution de décisions judiciaires nationales étrangères¹⁶.

Les USA n'ont pas participé activement à l'élaboration du texte de la Convention de New York. Les USA ont même brillé par leur absence ainsi que par leur ratification tardive¹⁷.

Ainsi, l'on n'a point décelé d'influence majeure américaine dans les textes qui constituent le droit positif suisse de l'arbitrage international. Tout au plus les principes américains ont-ils été intégrés par le législateur suisse, au même titre que ceux de tout autre pays de tradition de *Common Law* ou de droit civil, afin de s'assurer que les garanties minimales de procédure soient acceptables indépendamment de l'origine des utilisateurs potentiels de la LDIP.

III. L'influence américaine sur la pratique arbitrale

Depuis l'avènement des gigantesques études d'avocats américaines au début des années 1980 et en raison des multiples fusions transatlantiques qui s'ensuivirent¹⁸, les arbitres suisses et européens ont été confrontés à un

¹⁶ Cf. toutefois le projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, *supra* note 3.

¹⁷ Cf. ALFORD R.P., *The American Influence on International Arbitration*, 19 Ohio State Journal on Dispute Resolution, pp. 71s. (2003) et références citées. Cf. également, BAUMGARTNER S.P., *op. cit. ad* note 3, p. 23, note 64.

¹⁸ Cette conquête du marché juridique continental, notamment celui de l'arbitrage, par les gros cabinets anglo-saxons a fait l'objet d'une excellente étude sociologique: DEZALAY Y./GARTH B.G., *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, 1996. Cf. également, des mêmes auteurs, *Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes*, 29 Law & Society Review, pp. 27-64 (1995). L'ouvrage de 1996 existait déjà en français, sous la seule plume de DEZALAY Y., *Marchands de Droit*, Fayard, Paris, 1992. DEZALAY s'était penché sur la question dans un article: *Juristes purs et marchands de droit*, in: *Politix: travaux de science politique*, n^{os} 10-11, (2^{ème} et 3^{ème} trimestres 1990), pp. 70-91. Cf. également, ALFORD R. P., *op. cit. ad* note 17, p. 70; LALIVE P., *Principe d'inquisition et principe accusatoire dans l'arbitrage commercial international*, *Revue de Droit Uniforme*, 2001-4, pp. 888s.; GALANTER M., *Law abounding: Legalisation Around the North Atlantic*, 55 *The Modern Law Review*, pp. 1-24 (January 1992).

nombre croissant de mécanismes de procédure américains tels que la production de pièces à large échelle (*document discovery*), requêtes (*motions*) et objections de tout acabit à des fins stratégiques¹⁹.

A notre connaissance, c'est en 1986 déjà que l'on a pour la première fois parlé d'«américanisation» de l'arbitrage afin de qualifier un phénomène relevant plutôt de la «judiciarisation» de l'arbitrage²⁰.

Dans le cadre restreint de cette étude nous nous limiterons à l'examen de l'influence américaine éventuelle dans les domaines procéduraux connus pour leur haute différenciation entre les systèmes de droit commun et de droit civil²¹.

A. Maxime accusatoire – maxime inquisitoire: *adversarial* – *inquisitorial*

La maxime accusatoire s'entend aux Etats-Unis comme une procédure au cours de laquelle chacune des parties au litige présente sa version des faits et

¹⁹ Tous prévus à l'art. 26 des *United States Federal Rules of Civil Procedure* (règles édictées par la Cour Suprême des Etats-Unis en vertu du pouvoir conféré par le titre 28 U.S.C. §§ 2071ss du recueil officiel des lois américaines). Cf. également, BROWER C.N./BROWER C.H./SHARPE J.K., *The Coming Crisis in the Global Adjudication System*, 19 *Arbitration International*, p. 418 (2003); COE, J.J.Jr., *From Anecdote to Data: Reflections on the Global Center's Barcelona Meeting*, 20 *Journal of International Arbitration*, p. 16 (2003); SHORE L., *What Lawyers Need to Know About International Arbitration*, 20 *Journal of International Arbitration*, p. 73 (2003); ULMER N.C., *A Comment On "The 'Americanization' of International Arbitration?"*, 16 *Mealey's International Arbitration Report*, p. 24 (June 2001); REED L./SUTCLIFFE J., *The 'Americanization' of International Arbitration?*, 16 *Mealey's International Arbitration Report*, p. 38 (April 2001); NOTTAGE L., *The Vicissitudes of Transnational Commercial Arbitration and the Lex Mercatoria. A View from the Periphery*, 16 *Arbitration International*, p. 64 (2000); ULMER N.C., *Winning the Opening Stages of an ICC Arbitration*, 8 *Journal of International Arbitration*, p. 33, n° 3 (1991). Pour un aperçu comparatif de procédure arbitrale datant de 1986: cf. SANDERS P., *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, in: *International Council for Commercial Arbitration Congress Series n° 3*, Kluwer, Deventer, 1987.

²⁰ Cf. BOND S. R., *Guest Editorialist: Meeting the Challenges of a Changing World*, 3 *Journal of International Arbitration*, p. 6 (1986). Cf. également, ROVINE A.W., *Fast-Track Arbitration: A Step Away from Judicialization of International Arbitration*, in: LILlich R.B./BROWER C.N., *International Arbitration in the 21st Century: Towards 'Judicialization' and Uniformity?*, Transnational Publishers, New York, 1994, pp. 45-57.

²¹ Dans le cadre de cet article nous utiliserons les vocables «*Common Law*» et «*droit commun*» comme synonymes. De même, «*Civil Law*» sera indifféremment traduit par «*droit civil*» ou «*droit continental*».

son interprétation du droit au juge. Dans sa version la plus pure, il n'incombe au juge qu'à opérer un choix entre les deux versions qui lui sont présentées, à l'exclusion de tout apport personnel²².

La maxime inquisitoire helvétique, implique que le juge mène sa propre investigation, tant en fait qu'en droit, en ce sens qu'il conduit les enquêtes et substitue son point de vue juridique à celui exprimé par les parties lorsque cela s'avère nécessaire (s'écartant ainsi des théories que les parties lui auraient présentées) en application du principe *jura novit curia*²³.

Cela étant, un décideur (juge ou arbitre) de tradition de droit commun adoptera un rôle plus passif que son homologue de droit civil²⁴.

Le caractère consensuel d'un arbitrage international a pour corollaire l'autonomie de la volonté des parties. En vertu de cette autonomie les parties peuvent décider de l'approche qu'elles entendent donner à la procédure qui les oppose.

Dans le cas de figure où les parties ont opté pour un règlement d'arbitrage donnant la faculté aux arbitres de déterminer la procédure à suivre, ces derniers pourront choisir soit l'une ou l'autre des approches susmentionnées, soit un mélange des deux. L'origine des conseils des parties et la formation suivie par les arbitres auront une grande influence sur ce choix.

²² Cf. pour l'approche équivalente en droit anglais, STAUGHTON L., *Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Common Lawyer's Response*, 5 *Arbitration International*, p. 352 (1989).

²³ REYMOND C., *Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, 5 *Arbitration International*, pp. 365s. (1989). Sur l'affirmation de l'applicabilité du principe *jura novit curia* à l'arbitrage, cf. ATF non publiés du 19 décembre 2001 (4P.114/2001) et du 1^{er} novembre 1996 (4P.100/1996) reproduit in: 20 *Bulletin ASA*, p. 258ss (n° 2/2002). Sur les nuances du principe tel qu'appliqué à l'arbitrage, cf. KAUFMANN-KOHLER G., «*Jura novit arbiter*» – Est-ce bien raisonnable?, in: *De lege ferenda – Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch* (éd., HÉRITIER LACHAT A./HIRSCH L.), Ed. Slatkine, Genève, 2004, p. 78; BENSAUDE D., Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international, in: 123 *Gazette du Palais* pp. 27ss (Les cahiers de l'arbitrage n° 2004/1 – 1^{ère} partie).

²⁴ Cf. POUURET J.-F./BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Schulthess, Zurich, 2002, p. 512; BAUM A.H., *Reconciling Anglo-Saxon and Civil Law Procedure: The Path to a Procedural Lex Arbitrationis*, in: *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Heymanns, Köln, 2001, pp. 24-25; LOWENFELD A.F., *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*, in: *Issues of Transnational Legal Practice*, Volume VII, Michigan Yearbook of International Legal Studies, 1985, p. 166.

Ainsi, à titre d'exemple, même les Etats de droit civil, comme la Suisse, qui en principe ne connaissent pas la possibilité pour les parties ou leur conseil d'interroger les témoins directement dans le cadre d'une procédure judiciaire reconnaissent cette faculté aux parties à une procédure arbitrale internationale, se rapprochant ainsi de la maxime accusatoire américaine²⁵.

Enfin, l'usage américain veut qu'un juge n'hésite pas à interrompre les plaidoiries finales des conseils des parties, autant de fois que cela s'avère nécessaire, afin de poser ses dernières questions et obtenir des éclaircissements avant la clôture des débats. La pratique des arbitres américains en arbitrage international consiste cependant à ce que le Tribunal arbitral s'abstienne d'interrompre le plaideur, évitant ainsi que ce dernier ne perde le fil de son discours, et ne pose ses questions qu'une fois la plaidoirie achevée, se rapprochant ainsi de la maxime inquisitoire telle que perçue en Suisse²⁶.

La tendance actuelle se porte donc vers l'adoption d'une procédure mixte incluant des éléments typiquement liés à la maxime accusatoire et d'autres à la maxime inquisitoire²⁷.

B. Production de preuves par pièces documentaires – *discovery*

Aux Etats-Unis, toute partie à un litige judiciaire a le devoir de révéler à l'autre partie l'existence de documents en sa possession pouvant se révéler pertinents pour l'examen du cas (*pre-trial discovery*), à moins que lesdits documents ne bénéficient d'un statut soumis au secret (par exemple en vertu du *confidential attorney-client privilege*)²⁸. Par ailleurs, toute partie peut soumettre à l'autre des questions écrites (*written interrogatories*) et peut requérir de procéder elle-même à l'interrogatoire de témoins (*witness depositions*). Ces mécanismes procéduraux interviennent en tout début de procédure en vue de la préparation d'un éventuel *trial* futur.

En Suisse, l'on ne produit en tant que partie que les documents sur lesquels la demande, respectivement la défense, s'appuient. Ces documents sont accessibles à la partie adverse dès l'ouverture de l'action. Le juge a la

²⁵ EJSVOOGEL P. V., *General Synthesis Report*, in: *Evidence in International Arbitration Proceedings*, AIJA Law Library, Graham & Trotman, Cornwall, 1994, p. 8.

²⁶ REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 365.

²⁷ REED L./SUTCLIFFE J., *op. cit. ad note 19*, p. 38; LALIVE P., *op. cit. ad note 18*, p. 889.

²⁸ Cf. en matière d'arbitrage, ALLEN R.A., Jr., *United States*, in: *Evidence in International Arbitration Proceedings*, AIJA Law Library, Graham & Trotman, Cornwall, 1994, pp. 283s.

faculté de requérir d'une partie qu'elle produise une pièce précisément identifiée. Le défaut de production de la pièce requise par la partie la possédant peut entraîner une présomption selon laquelle le contenu de cette pièce est défavorable à la partie qui se refuse à la produire²⁹.

Les réactions de praticiens d'origine juridique différente est forte face à la problématique du *discovery*. Les conseils américains considèrent cet outil procédural comme essentiel au déroulement d'une procédure «sans surprises», en ce sens que les plaideurs ne devraient pas être autorisés à produire un document pour la première fois à l'audience. A l'inverse, un avocat continental est habituellement choqué par le caractère intrusif de demandes indéterminées de production de documents³⁰.

La pratique de l'arbitrage international a consacré une solution hybride selon laquelle les arbitres ne procèdent jamais à une «*fishing expedition*», ne se limitent pas non plus à ordonner la production d'un document clairement identifié, mais ordonnent de plus en plus fréquemment la production de documents (ou de catégories de documents) pertinents pouvant être raisonnablement identifiables³¹. Les arbitres rendent en général une ordonnance ayant un tel objet avant l'audience principale d'enquêtes et de plaidoiries afin que les témoins puissent se prononcer sur les documents obtenus et que les conseils des parties puissent préparer leurs questions y relatives aux témoins. Il arrive toutefois, que l'existence de documents pertinents non produits apparaisse à l'audience, suite à la déclaration d'un

²⁹ Cf. par exemple, arts. 40 et 50 al. 2 de la loi sur la procédure civile fédérale (ci-après PCF), art. 152 al. 1 let. b et 155 al. 2 de l'Avant-Projet de Procédure Civile Suisse de juin 2003 (ci-après APPCS), art. 186 al. 2 loi de procédure civile genevoise (ci-après «LPCGe»). La règle existe aussi par devant les cours fédérales américaines: Art. 37 des Federal Rules of Civil Procedure. Cf. également, BROWN-BERSET D., *Switzerland*, in: *Evidence in International Arbitration Proceedings*, AIJA Law Library, Graham & Trotman, Cornwall, 1994, p. 255; REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 360.

³⁰ Cf. KAUFMANN-KOHLER G./BÄRTSCH P., *Discovery in international arbitration: How much is too much?*, in: 2 *SchiedsVZ* p. 14 (2004); BISHOP R.D., *The Art of Advocacy in International Arbitration*, Juris Publishing, Staempfli, New York, Bern, 2004, p. 316; RUBINSTEIN J.H., *International Commercial Arbitration: Reflections at the crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions*, in: 5 *Chicago Journal of International Law*, p. 304 (2004); KING D.B./BOSMAN L., *Repenser la problématique de la discovery dans l'arbitrage international, au-delà du clivage entre Common Law et droit romain*, 12 *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, pp. 26s. (n° 1, 1^{er} semestre 2001).

³¹ TSCHANZ P.-Y., *Advocacy in International Commercial Arbitration: Switzerland*, in: BISHOP R.D., *op. cit. ad note 30*, p. 228; BAUM A.H., *op. cit. ad note 24*, p. 23; REED L./SUTCLIFFE J., *op. cit. ad note 19*, p. 40; NEWMAN L.W., *op. cit. ad note 1*, p. 3.

témoin. Dans ces cas, le Tribunal arbitral ordonnera la production des documents pertinents et convoquera les parties à une audience ultérieure portant sur ce sujet, ou se satisfera d'un échange d'écritures entre les parties commentant cet aspect du dossier.

Au sujet de la collecte de preuves, le comité D de l'International Bar Association a élaboré des règles non-obligatoires (*IBA Rules on Evidence*) que les parties ont le choix d'adopter (avant ou pendant la procédure d'arbitrage) afin de régler la procédure probatoire à suivre³². Les *IBA Rules* présentent un mélange des approches de droit commun et de droit civil rejoignant la tendance hybride adoptée par la pratique³³.

Au début d'un litige, un certain manque de prévisibilité demeure toutefois quant à la capacité des parties et de leurs conseils à anticiper sur le point de savoir si la procédure des preuves documentaires sera menée «à l'américaine» ou «à la suisse»³⁴. En effet, en l'absence d'adoption expresse des *IBA Rules* dans la clause compromissoire ou le compromis arbitral, les conseils des parties ne peuvent que spéculer sur les paramètres connus (culture juridique des arbitres déjà désignés, contenu de la clause arbitrale, siège de l'arbitrage).

Une plus grande prévisibilité serait souhaitable mais les *IBA Rules* n'ont pas caractère obligatoire et l'on est conscient de la difficulté, voire de l'utopie, d'imaginer à l'heure actuelle les Etats se réunir autour d'un projet visant à prévoir un traité multilatéral obligatoire sur l'administration de la preuve en matière arbitrale internationale, avec le même engouement que la Convention de New York a autrefois suscité.

C. Témoignages: *witness testimony*

1. Preuve des faits: *fact witnesses*

En plus de la *cross-examination* (a.), il existe d'autres thèmes liés au témoignage qui diffèrent sensiblement dans les approches américaine et suisse: le cas du témoin affilié à une partie (b.) et la question des contacts autorisés avec le témoin (c.).

³² *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (ci-après *IBA Rules*), adoptées par le Conseil de l'International Bar Association le 1^{er} juin 1999, disponibles sur le site <http://www.ibanet.org>.

³³ BAUM A. H., *op. cit. ad note 24*, p. 23.

³⁴ NEWMAN L.W., *op. cit. ad note 1*, p. 3.

a. Technique d'audition de témoins – *cross examination*

Une conséquence de la maxime accusatoire américaine consiste en ce que les questions aux témoins sont posées par les avocats des parties. La partie qui présente un témoin procède d'abord à son interrogatoire (*direct examination* ou *examination-in-chief*) puis c'est au tour de l'autre partie (*cross-examination*), puis l'on assiste souvent à une deuxième série lors de laquelle chacune des parties interroge à nouveau le même témoin (*re-direct* et *re-cross*). Cette deuxième série étant souvent limitée aux éléments de fait divergents soulevés lors de la première série³⁵.

L'art de la *cross-examination* est peu maîtrisé en Suisse et constitue dès lors un défi pour un praticien habitué à voir le juge décider principalement sur la base de documents, mener les enquêtes en posant lui-même ses questions aux témoins, et tout au plus accepter parfois que les avocats des parties lui suggèrent des questions à poser³⁶.

La pratique arbitrale internationale a consacré une solution bien plus proche du système américain que du suisse. En effet, il est usuel de produire un document écrit reflétant la version d'un témoin (*written witness statement*) avec les écritures de demande ou de réponse. Puis, au début de l'audience d'enquêtes, la partie qui présente le témoin a la faculté de lui faire raconter oralement le contenu de sa version écrite, ou simplement de lui demander de le confirmer, préciser ou corriger s'il y a lieu. Enfin, la *cross-examination* et éventuellement la deuxième série susmentionnée interviendront.

En règle générale, les arbitres peuvent poser des questions en tout temps et ont tendance à veiller à ce que le ton de la *cross-examination* ne soit pas empreint de l'agressivité que l'on constate parfois dans des procédures nationales américaines.

Ainsi, c'est une solution hybride qui prévaut, avec toutefois, dans ce domaine précis une prépondérance américaine due à l'efficacité reconnue aux techniques de *cross-examination* afin de faire ressortir la vérité.

b. Témoin au sens strict/partie, audition à titre de renseignements

Il existe de grandes différences entre les ordres juridiques quant à la question de savoir si une personne affiliée à une partie (par exemple un organe, un employé, un représentant ou encore un mandataire) peut se voir reconnaître le statut de témoin. Dans la tradition de *Common Law*

³⁵ REYMOND C., *op. cit.* ad note 23, p. 367.

³⁶ *Ibid*, p. 364, où l'auteur considère que toute technique de questionnement de témoin est absente des droits continentaux.

l'affiliation à quelque titre que ce soit ne constitue pas un obstacle à la reconnaissance du statut de témoin. Au sein de l'ordre juridique suisse, un employé pourra par exemple être entendu à titre de renseignements, et non pas à titre de témoin, en raison de sa partialité au moins virtuelle. Les déclarations de cet employé ne se verront pas accorder le même poids qu'un témoignage au sens strict.

Dans un arbitrage international, on cultive maintenant l'approche selon laquelle toute personne est entendue à titre de témoin indépendamment des liens existant avec une partie, comme aux Etats-Unis, la différence étant ensuite opérée par les arbitres dans leur appréciation de la valeur probatoire et de la crédibilité d'un tel témoignage³⁷.

C'est donc une pratique proche de la méthode américaine qui prime.

c. Contacts avec les témoins: *coaching*

Aux Etats-Unis, l'usage veut qu'une partie contacte les témoins potentiels au sujet des faits sur lesquels elle désire qu'ils apportent leur témoignage. En Suisse, de tels contacts sont prohibés par les règles sur la procédure civile et/ou par les codes de déontologie³⁸.

Dans les arbitrages internationaux les parties peuvent questionner, seules et préalablement à la procédure arbitrale, un témoin potentiel sur les faits liés au litige et l'assister dans la présentation de son témoignage (par exemple l'aider dans la rédaction de son *written witness statement*)³⁹.

L'on constate à nouveau la manifestation d'une influence américaine en arbitrage international prenant sa source dans le «*coaching*» du témoin tel que pratiqué en procédure civile outre-Atlantique⁴⁰.

³⁷ Cf. par exemple art. 4(2) des IBA Rules. Cf. en général au sujet des témoignages en vertu des *IBA Rules*, BÜHLER M./DORGAN C., *Witness Testimony Pursuant to the 1999 IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration*, 17 *Journal of International Arbitration*, p. 7 (2000). Cf. également pour la Suisse: BROWN-BERSET D., *op. cit. ad note 29*, p. 256; et pour les Etats-Unis: ALLEN R. R., Jr., *op. cit. ad note 28*, pp. 284s.

³⁸ Cf. pour la Suisse: TSCHANZ P.-Y., *op. cit. ad note 31*, p. 204; BROWN-BERSET D., *op. cit. ad note 29*, p. 258; et pour les Etats-Unis: ALLEN R. R., Jr., *op. cit. ad note 28*, p. 286.

³⁹ Cf. art. 4(3) IBA Rules. Cf. également, BAUM A.H., *op. cit. ad note 24*, p. 26.

⁴⁰ *Ibid.*

2. Audition d'experts (juridiques, techniques): *expert witnesses*

La plupart des règlements récents sur l'arbitrage international arrêtés par des institutions arbitrales prévoient la possibilité pour une partie de désigner un expert⁴¹. Ces experts, au même titre que les témoins des faits, peuvent être soumis à une *cross-examination* par la partie adverse sur la base de leur rapport écrit et/ou oral.

Il sied de noter que l'arbitrage étant un mode consensuel de résolution des conflits, il est bien entendu que les parties peuvent déroger aux règles prévues par l'institution choisie afin d'administrer leur arbitrage, et ainsi renoncer à nommer des experts, en abandonnant le soin au tribunal arbitral.

Les *IBA Rules*, quant à elles, prévoient que c'est l'arbitre ou les arbitres qui nomment un expert indépendant et se rapprochent ainsi plutôt de la tradition de droit civil⁴².

Il semblerait, selon l'expérience des praticiens, que les *IBA Rules*, ne se soient pas (encore) imposées aux parties lors d'arbitrages internationaux. Durant les cinq années écoulées depuis leur édicition, l'usage n'a pas consacré la rédaction de clauses d'arbitrage prévoyant expressément leur application, ni les procédures d'arbitrage au sein desquelles les parties ou les arbitres ont suggéré leur application intégrale en tant que texte régissant exhaustivement la procédure probatoire. Toutefois, la référence partielle aux *IBA Rules* est de plus en plus fréquemment faite concernant une ou plusieurs dispositions topiques dont une partie souhaite que le Tribunal arbitral s'inspire.

En conclusion, la pratique ne fait pas ressortir une tendance marquée⁴³, et les parties d'origine américaine continueront certainement d'insister sur la possibilité pour chacune des parties en litige de nommer son propre expert, ce qui impliquera parfois néanmoins que le Tribunal arbitral procède à la nomination de son «propre» (sur-) expert car les membres du panel arbitral ne se sentiront souvent pas compétents et/ou légitimés à décider sur des matières pour lesquelles il ne sont pas qualifiés⁴⁴.

⁴¹ REED L./SUTCLIFFE J., *op. cit. ad note 19*, p. 42.

⁴² Cf. art. 6 *IBA Rules*. Cf. également, REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 363.

⁴³ BAUM A.H., *op. cit. ad note 24*, p. 29.

⁴⁴ *Ibid*, p. 27; KIENER R./LANZ R., *Amerikanisierung des schweizerischen Rechts – und ihre Grenzen*, 119 *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, p. 171 (2000); REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 363.

D. Audiences, plaidoiries: *hearings*

Bien que la majorité des règlements d'arbitrage n'impose pas la tenue d'audiences d'enquêtes ou de plaidoiries, les parties, dans l'écrasante majorité des cas, préfèrent ne pas voir leur cause décidée sur la base de simples documents⁴⁵.

Une grande liberté demeure réservée aux arbitres d'organiser les audiences de plaidoiries comme ils l'entendent (en respectant tout accord entre les parties à ce sujet et en préservant les garanties minimales de procédure).

1. Oralité des débats

L'un des importants aspects à régler est l'étendue de l'oralité des débats. Un avocat américain exprimera typiquement le désir de résumer le cas de son client en début d'audience (*oral opening statement*) afin de «planter le décor» avant que le panel arbitral n'entende les témoins qu'il a fait citer (suivant ainsi le déroulement habituel d'un *trial* américain en procédure ordinaire).⁴⁶ Un plaideur suisse aura plutôt tendance à procéder à une très brève introduction (ou même souvent passer outre celle-ci) et désirera s'exprimer oralement plus longuement en fin d'audience⁴⁷.

Encore une fois, la procédure arbitrale a combiné ces deux approches et il est fréquent d'assister à une brève introduction facilitant la compréhension du contexte entourant les témoignages à entendre, doublée d'une plus longue synthèse finale des éléments ressortant des témoignages entendus (*oral closing statement*). L'*oral closing statement* est dès lors bien plus long que le bref *wrapping-up* auquel on assiste dans les procédures civiles américaines.

2. Conclusions orales ou écrites après enquêtes

A côté de cet élément chronologique quant à l'intervention de la plaidoirie la plus substantielle intervient le caractère oral ou écrit de la présentation des arguments des parties.

⁴⁵ Cf. Art. 21(1) du Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale de 1998 (ci-après Règlement CCI), art. 25(1) du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International de 1976 (ci-après Règlement CNUDCI). Cf. également, BAUM A.H., *op. cit. ad note 24*, p. 25.

⁴⁶ Cf. BISHOP R.D., *op. cit. ad note 30*, p. 343.

⁴⁷ Cf. FOULARD P./GAILLARD E./GOLDMAN B., *On International Commercial Arbitration*, 2^{ème} édition, Kluwer, The Hague, 1999, p. 706.

La synthèse finale intervient soit seule en fin d'audience, soit peut être accompagnée ou remplacée par des conclusions écrites après enquêtes (*post-hearing memorials*).

Des considérations d'ordre pratique ont progressivement imposé une synthèse finale écrite, parfois limitée dans le nombre de pages autorisées. La facilité pour un arbitre de citer un mémoire concis et précis en comparaison avec la référence plus ardue à une plaidoirie souvent prolixe a eu raison de l'exclusivité de l'oralité du *closing statement*.

On constate donc dans la pratique que, globalement, la tradition écrite de droit civil a largement supplanté les habitudes orales américaines.

3. Nombre d'audiences

Un autre aspect au niveau des audiences est le fait que les américains sont habitués dans le cadre de leurs procédures judiciaires ordinaires à un *trial* unique et concentré représentant une audience pouvant durer plusieurs jours ou semaines à l'issue de laquelle une décision définitive intervient sur tous les points. En Suisse, comme dans les autres pays de tradition civiliste, on rencontre le juge à plusieurs reprises. Au vu de la fonction caractéristique des audiences d'introduction, de débats, d'enquêtes et de plaidoiries, il serait inconcevable d'envisager toutes ces fonctions regroupées en une seule et unique audience, de telles audiences portant parfois seulement sur un point précis du litige⁴⁸.

Une telle dissection et multiplication du nombre d'audiences (de définition et signature de l'acte de mission des arbitres, d'organisation de la procédure, d'enquêtes sur le principe de la responsabilité contractuelle puis sur la quotité du dommage, etc) représente aussi la tendance actuelle de l'arbitrage international, laquelle suit donc plutôt le modèle suisse ou continental.

E. La tenue du procès-verbal d'audience: *the record*

Lors des audiences, les praticiens américains ont tendance, conformément à l'usage qui prévaut dans leur système judiciaire, à prévoir la présence d'un *court reporter* chargé de retranscrire *verbatim*, en sténographie, les témoignages reçus ainsi que l'argumentation des plaideurs⁴⁹.

⁴⁸ REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 359.

⁴⁹ LOWENFELD A.F., *op. cit. ad note 24*, pp. 167s.

En procédure ordinaire suisse, la pratique diffère sensiblement suivant les Cantons mais l'on se limite généralement à la dictée par le juge à son greffier d'un résumé des points capitaux du témoignage reçu, à l'exclusion de toute argumentation des plaideurs⁵⁰.

Sur ce point précis, la tendance actuelle en arbitrage international est de faire presque systématiquement appel à des *court reporters* qui retranscrivent fidèlement (au moyen de différents logiciels informatiques reconnaissant et traduisant simultanément la prise de notes sténographiques en document de traitement de texte accessible à tout un chacun) toute intervention faite dans le cadre de l'audience⁵¹.

Le *verbatim transcript* est éminemment utile au praticien. En effet, il n'est pas rare que les conclusions écrites après enquêtes (*post-hearing memorials*) soient utilisées par les différents intervenants (service juridique interne ou conseil externe d'une partie, arbitres) plusieurs semaines (ou mois en cas d'audience multiples) après la date à laquelle le témoignage a été donné.

Le fait de disposer d'un procès-verbal, permettant d'opérer des citations précises sur lesquelles fonder respectivement un mémoire après-enquêtes ou une sentence arbitrale n'apparaît plus comme un luxe, mais bien comme une nécessité⁵².

C'est donc la tradition américaine du *verbatim transcript* qui l'emporte pour des raisons pratiques⁵³.

F. Secrétaire du Tribunal arbitral: *secretary of the arbitral Tribunal*

Dans les cas complexes d'arbitrage international, la somme de travail est souvent considérable. La quantité de preuves produites, la taille des

⁵⁰ Cf. art. 204 al. 2, 210 et 232 LPCGe, art. 209 al. 1 et 2 du code de procédure civile vaudois, §§ 145, 146 et 151 *Gerichtsverfassungsgesetz* du canton de Zurich du 13 juin 1976. Cf. également, art. 7 PCF et art. 167 al. 1 et 2 et 223 al. 3 APPCS.

⁵¹ La situation a énormément évolué durant les dix dernières années. En 1994, l'on ne parlait pas encore de quasi-automaticité du *verbatim transcript* comme aujourd'hui: cf. BROWN-BERSET D., *op. cit. ad note 29*, p. 260; ALLEN R.R., Jr., *op. cit. ad note 28*, p. 287.

⁵² Ce en dépit du coût élevé des honoraires et des frais de voyage et d'hôtel des *courts reporters*, lesquels doivent fréquemment se déplacer depuis Londres ou Paris afin de siéger pendant plusieurs jours aux côtés du Tribunal arbitral à Genève ou Zurich par exemple. Pour des exemples dans les nuances possibles quant au degré de précision du *transcript*, cf. LOWENFELD A.F., *op. cit. ad note 24*, pp. 169s.

⁵³ BAUM A.H., *op. cit. ad note 24*, p. 26.

mémoires déposés, et la multiplicité et longueur des audiences d'enquêtes sont lourdes à gérer par le Tribunal arbitral seul. Au même titre que les avocats des parties bénéficient d'appui logistique de la part de leurs collaborateurs, le Tribunal arbitral est très fréquemment secondé par un secrétaire. D'aucuns considèrent cette pratique comme trouvant ses origines en Suisse⁵⁴. Aucune publication officielle n'existe quant à l'adoption de cette pratique aux Etats-Unis, la doctrine parle de son adoption par plusieurs Etats, en particulier européens, sans se prononcer sur les Etats-Unis⁵⁵.

Aujourd'hui, la tendance à la nomination d'un secrétaire dans les affaires le justifiant (au vu de la valeur litigieuse et de la complexité de l'affaire) nous semble acquise également aux Etats-Unis. On assiste donc à l'infiltration d'une pratique suisse.

G. Déclarations par les arbitres: *disclosures*

L'écrasante majorité des règlements institutionnels d'arbitrage et des législations nationales sur l'arbitrage imposent à l'arbitre potentiel de révéler tous les faits pouvant affecter son indépendance ou impartialité⁵⁶.

Tous les systèmes semblent s'accorder sur le fait qu'un arbitre ayant un intérêt pécuniaire dans le litige n'est pas indépendant et ne peut donc pas l'arbitrer.

Bien moins claire est l'approche lorsque cet intérêt est inconscient (ou apparent), par exemple lorsqu'il existe un lien entre l'arbitre potentiel (ou son Etude) et le conseil d'une partie à l'arbitrage.

Dans de tels cas, les approches diffèrent: les américains prônent une révélation extensive de tout lien existant entre l'arbitre potentiel et une partie ou son conseil⁵⁷. La doctrine helvétique considère que le lien pouvant

⁵⁴ FOUCHARD P. *et al.*, *op. cit.* ad note 47, p. 683, n° 1250 et références citées.

⁵⁵ RUBINO-SAMMARTANO M., *International Arbitration Law and Practice*, 2^{ème} édition, Kluwer, The Hague, 2001, p. 360.

⁵⁶ Cf. art. 7(2) Règlement CCI, art. 5.3 Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (ci-après Règlement LCIA), art. 7.1 Règles internationales de l'American Arbitration Association de 2003 (ci-après Règles internationales AAA), art. 17 du Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm.

⁵⁷ FINKEL L.M./OBERSTEIN R.F., *Ten Commandments of Arbitration: Some Guidelines for Arbitrators*, 5 ADR Currents, p. 19 (March 2000). Ce besoin marqué de révélations chez les américains provient peut-être du fait qu'auparavant en arbitrage interne américain les arbitres nommés par les parties pouvaient être «*non-neutral*», cf. VÁRADY

exister entre un arbitre et le conseil d'une partie n'est pas pertinent car il ne peut remettre en doute l'indépendance de l'arbitre par rapport aux parties⁵⁸.

Néanmoins, la tendance en arbitrage international apparaît ici aussi à une révélation totale, représentant une américanisation⁵⁹.

H. Participation aux frais d'avocat: *lawyer's costs*

Un autre fossé pratique existe entre les Etats-Unis et la Suisse quant à la répartition des frais de la procédure, plus spécialement quant à la participation d'une partie aux frais d'avocat de l'autre partie.

Bien évidemment les parties peuvent s'entendre sur cette répartition avant ou pendant la procédure d'arbitrage. La plupart des règles institutionnelles d'arbitrage accordent un large pouvoir discrétionnaire aux arbitres, lesquels peuvent donc soit décider que chacune des parties supporte ses propres frais, soit qu'une participation partielle est exigée d'une partie en faveur de l'autre, ou encore qu'une partie supporte en plus de ses propres frais la totalité des frais de l'autre partie⁶⁰.

Le critère généralement utilisé par les arbitres pour cette allocation est le degré de succès d'une partie (en rapport avec les conclusions prises dans le cadre de la procédure) et parfois son comportement (éventuellement dilatoire)⁶¹. Ce critère est également d'usage en procédure civile suisse⁶².

T./BARCELÓ J.J.III/VON MEHREN A.T., *International Commercial Arbitration – A Transnational Perspective*, 2^{ème} édition, Thomson – West, St. Paul Minn., 2003, p. 291.

⁵⁸ Cf. HIRSCH A., *May Arbitrators Know the Lawyers of the Parties?*, 8 Bulletin ASA, p. 7 (n° 1/1990) qui précise que le monde de l'arbitrage est assez limité et que les praticiens se connaissent et maintiennent fréquemment des rapports professionnels. Il exprime ses craintes quant à une élimination automatique de ces praticiens chevronnés en faveur de personnes moins expérimentées. Cf. en revanche, BOND S.R., *The ICC's Arbitrator's Statement of Independence: A Response to Prof. Alain Hirsch*, 8 Bulletin ASA, p. 233 (n° 3/1990) précise quant à lui que révélation automatique n'équivaut pas à élimination automatique. DEZALAY Y./GARTH B.G., *op. cit. ad note 18*, p. 49. LALIVE P. *et al.*, *op. cit. ad note 6*, pp. 342s.

⁵⁹ REED L./SUTCLIFFE J., *op. cit. ad note 19*, p. 44. Cf. également, *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration*, adoptées par le Conseil de l'International Bar Association le 22 mai 2004, disponibles sur le site <http://www.ibanet.org>.

⁶⁰ Cf. par exemple, art. 31(1) et (3) Règlement CCI; art. 31(d) Règles internationales AAA; art. 28.3 Règlement LCIA; art. 40(2) Règlement CNUDCI.

⁶¹ GARNETT R./GABRIEL H./WAINCYMER J./EPSTEIN J., *A Practical Guide to International Commercial Arbitration*, Oceana, New York, 2000, p. 99 et références citées; FOUCHARD P. *et al.*, *op. cit. ad note 47*, p. 626, n° 1162 et p. 686, n° 1255.

La tendance américaine en procédure judiciaire et en arbitrage interne veut que chaque partie supporte ses propres frais d'avocat indépendamment de l'issue du litige⁶³. Il sied de relever que sur ce point l'approche judiciaire adoptée par les pays de *Common Law* n'est pas uniforme car en Angleterre «*costs follow the event*»; la règle est donc similaire à l'approche suisse⁶⁴.

En matière d'arbitrage international, l'institution américaine de référence s'est pliée à l'approche européenne⁶⁵ pour laquelle la majorité des institutions importantes d'arbitrage ont également opté⁶⁶.

IV. Conclusion

On ne peut classer tous les droits de procédure de la *Common Law* dans la même catégorie tant les différences existant entre le droit des Etats-Unis et le droit anglais sont parfois marquées⁶⁷. Il en va de même pour les droits continentaux: en matière de procédure civile, le droit suisse s'écarte à bien des égards des droits français, allemand ou italien, dont l'origine n'est pas commune et l'on ne peut donc parler d'une procédure civile continentale⁶⁸.

⁶² FOUCHARD P. *et al.*, *op. cit. ad note 47*, p. 686, n° 1255; WIRTH M., *in: International Arbitration in Switzerland*, (ed., BERTI S.V.), Helbing, Kluwer, 2000, pp. 563s. *ad art. 189 LDIP*; DESSEMONTET F./ANSAY T., *Introduction to Swiss Law*, 2^{ème} édition, Kluwer, Schulthess, The Hague, Zurich, 1995, p. 275.

⁶³ *Cf. art. 50 des règles d'arbitrage commercial (interne) de l'AAA de 2003; cf. également CRAIG W.L./PARK W.W./PAULSSON J., International Chamber of Commerce Arbitration*, 3^{ème} édition, Oceana, New York, 2000, p. 393; REDFERN A./HUNTER M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^{ème} édition, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 407, §§ 8-88; GOTANDA J.Y., *Supplemental Damages in Private International Law*, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 159-162.

⁶⁴ LEW J.D.M./SHORE L., *International Commercial Arbitration – Harmonizing Cultural Differences*, 53 *Dispute Resolution Journal*, p. 38 (August 1999); GOTANDA J.Y., *op. cit. ad note 63*, p. 147.

⁶⁵ *Cf. art. 31 des règles internationales AAA. Cf. également, LEW J.D.M./SHORE L., op. cit. ad note 64*, p. 38.

⁶⁶ *Cf. REDFERN A./HUNTER M., op. cit. ad note 63*, p. 407, §§8-88; BÜHLER M., *Costs in ICC Arbitration: A Practitioner's View*, 3 *The American Review of International Arbitration*, p. 137 (1992).

⁶⁷ PLOUDRET J.-F./BESSON S., *op. cit. ad note 24*, pp. 511s., lesquels rappellent les différences existant entre les règles de procédure civile anglaises et américaines. *Cf. supra*, II., H.

⁶⁸ REYMOND C., *op. cit. ad note 23*, p. 358.

Le droit américain de l'arbitrage international n'a eu aucune influence à lui seul sur les textes suisses régissant la matière, sauf à considérer une influence indirecte, au même titre que tout autre droit national d'un pays rompu à l'arbitrage, au moment de l'élaboration du projet de LDIP par les experts. En revanche, la pratique judiciaire et arbitrale américaine a clairement influencé la pratique suisse et européenne, mais la paternité de cette influence doit être partagée avec la Grande-Bretagne et d'autres pays de common law.

On peut tout au plus constater que les USA ont réussi à faire rentrer «par la petite porte», au niveau de la pratique, certains principes pour lesquels ils avaient omis de se battre au niveau des textes internationaux régissant la matière. Ils ont même maintenant adopté une attitude activiste, par exemple au sein de l'IBA pour les Rules on Evidence ou les Guidelines on Conflicts.

Ainsi, les arbitres internationaux ont mélangé les outils les plus efficaces à l'apparition de la vérité et à la bonne gestion d'une procédure arbitrale ressortissant respectivement au droit américain (ou plus généralement au système de la *Common Law*) et au droit suisse (respectivement au droit continental d'influence romano-germanique). La phase écrite de la procédure étant plutôt reprise de la *civil law* alors que la phase orale est fortement influencée par la *Common Law*, notamment en ce qui concerne l'audition de témoins⁶⁹.

D'aucuns ont qualifié ce phénomène de fusion⁷⁰, d'hybridation⁷¹, d'harmonisation⁷², de combinaison⁷³, de mélange⁷⁴, de panachage⁷⁵, de

⁶⁹ PLOUDRET J.-F./BESSON S., *op. cit. ad note 24*, p. 513. Pour le point de vue selon lequel le droit anglais aurait influencé au même titre que le droit américain la procédure arbitrale internationale en matière de *cross-examination* et de *discovery*: cf. STOCKTON C.K., *I'll See You Out of Court; As ADR Grows Globally, So Do Disputes About It*, 10 Corporate Legal Times, n° 99, February 2000, pp. 17ss.

⁷⁰ RAU A.S./SHERMAN E.F., *Tradition and Innovation in International Arbitration Procedure*, 30 Texas International Law Journal, p. 119 (1995).

⁷¹ HUNTER M., *Modern Trends in the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration*, 3 The American Review of International Arbitration, p. 212 (1992).

⁷² LEW J.D.M./SHORE L., *op. cit. ad note 64*, p. 34.

⁷³ SMIT H., *Substance and Procedure in International Arbitration: The Development of a New Legal Order*, 65 Tulane Law Review, p. 1313 (June 1991).

⁷⁴ RUBINSTEIN J.H., *International Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions*, 5 Chicago Journal of International Law, p. 303 (2004).

⁷⁵ PLOUDRET J.-F./BESSON S., *op. cit. ad note 24*, p. 513.

*cross-fertilization*⁷⁶, d'homogénéisation⁷⁷, ou encore de convergence⁷⁸, mais ont clairement exclu une hégémonie américaine au sens d'une *Praxis Americana*⁷⁹, laissant toutefois entrevoir la possibilité d'une telle issue dans les prochaines décennies⁸⁰.

Ce phénomène est de l'ordre de l'influence et non de la réception. Ce n'est pas l'équivalent de la reprise d'un acquis communautaire, ou de l'adoption générale du droit suisse des obligations ou partielle du droit suisse des poursuites et faillites, en son temps, par la Turquie.

Ainsi l'on n'assiste pas à proprement parler à une fertilisation de la *Common Law* par le droit continental et réciproquement. L'on ne peut parler de fertilisation croisée, uniquement entre le droit des USA et le droit suisse, non plus, tant l'influence pollinique planétaire est grande. Il conviendrait donc de parler ici de mondialisation plutôt que d'américanisation⁸¹.

Cette conclusion a pour corollaire les questions suivantes: Est-il possible qu'une *Lex Evidentia* prévoyant des règles communes pour la présentation des preuves par les parties et pour leur évaluation par les arbitres voit le jour⁸²? Une *Lex Evidentia* dynamique et peu soucieuse de ses origines mais bien consciente des besoins de ses utilisateurs: adaptabilité et prévisibilité?

L'arbitrage est commercial, pas judiciaire. Les audiences d'arbitrage ne devraient pas tenter de reproduire le contexte judiciaire rigide. Certes, la flexibilité procédurale est souvent synonyme de manque de prévisibilité. Mais la flexibilité nécessaire n'est pas la même durant toute la procédure, il

⁷⁶ LALIVE P., *op. cit. ad note 18*, p. 889; notion à ne pas confondre avec celle de «commercialisation», *cf.* du même auteur, Sur une 'commercialisation' de l'arbitrage international *in*: Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de l'arbitrage, Ed. Juris-Classeur, Paris, 2004, p. 170.

⁷⁷ ALFORD R. P., *op. cit. ad note 17*, p. 80; ULMER N.C., *A Comment ...*, *ad note 19*, p. 25; REED L./SUTCLIFFE J., *op. cit. ad note 19*, p. 45.

⁷⁸ REYMOND C., *op. cit. ad note 2*, pp. 14s., lequel n'englobe pas la procédure arbitrale en général dans ce qu'il qualifie de *jus commune* de l'arbitrage international. *Cf.* également, LOWENFELD A.F., *op. cit. ad note 24*, p. 184.

⁷⁹ ALFORD R.P., *op. cit. ad note 17*, p. 77.

⁸⁰ *Ibid*, p. 88. *Cf.* également, LALIVE P., *op. cit. ad note 18*, pp. 898s.

⁸¹ D'aucuns qualifient ce phénomène d'émergence d'une «culture mondiale de l'arbitrage», *cf.* KAUFMANN-KOHLER G., Mondialisation de la procédure arbitrale, *in*: MORAND C.-A. Le droit saisi par la mondialisation (ed.) Bruylant, Université de Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles, Bâle, 2001, p. 278.

⁸² L'expression «*Lex Evidentia*» est empruntée à BROWER C.N., *Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules*, 28 *The International Lawyer*, p. 58 (1994).

est important qu'il soit prévisible pour une partie de savoir si elle aura droit à la convocation d'une audience sur un point précis; une fois ce principe connu, la flexibilité de la conduite de l'audience est acceptable pour les parties. D'où la nécessité pour les arbitres d'organiser une réunion (ou une conférence téléphonique) avec les parties en début de procédure afin d'organiser les audiences (*pre-hearing conference*)⁸³. D'aucuns considèrent cette attitude volontariste comme le trait commun des meilleurs arbitres⁸⁴, ou à tout le moins comme un élément très utile⁸⁵.

S'il est un dénominateur commun à toutes les procédures d'arbitrage, que ce soit dans les textes récents des législations nationales sur l'arbitrage ou dans les règlements modernes d'institutions d'arbitrage, c'est la reconnaissance de l'autonomie de la volonté des parties à l'arbitrage de s'accorder sur des règles procédurales. Voilà un phénomène de convergence internationale perceptible.

Donc, dans la mesure où une *Lex Evidentia* serait bien établie dans la pratique arbitrale, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce qu'elle soit cristallisée dans un code, lequel permettrait de servir les impératifs de prévisibilité. Afin de préserver l'adaptabilité desdites règles au fil des années et dans l'attente de leur révision il suffirait de prévoir une faculté pour les parties à l'arbitrage d'*opting out* de ces règles⁸⁶. La faculté d'*opting out* préserverait également l'autonomie de la volonté des parties⁸⁷.

⁸³ Au sujet du rôle d'une pre-hearing conference, cf. COE J.J., Jr., *Pre-Hearing Techniques To Promote Speed And Cost- Effectiveness – Some Thoughts Concerning Arbitral Process Design*, 17 Mealey's International Arbitration Report, p. 28 (May 2002). Cf. également, Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996), disponible sur <http://www.uncitral.org>.

⁸⁴ DAVIS B.B., *Laying Down a Gauntlet: The Thirty-Six Hour Chairman*, 3 The American Review of International Arbitration, p. 176 (1992).

⁸⁵ BÖCKSTIEGEL K.-H., Principaux critères retenus par les arbitres internationaux pour l'organisation d'une procédure efficace, in: Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Arbitrage: regard sur la prochaine décennie, Supplément spécial 1999, p. 54.

⁸⁶ Ainsi que suggéré dans un contexte plus large quant à la valeur des règles prévues par rapport aux risques potentiels d'une marge d'appréciation: PARK W.W., *The 2002 Freshfields Lecture – Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion*, 19 Arbitration International, p. 293 (2003).

⁸⁷ Nous sommes conscients de l'utopie d'imaginer qu'un texte reçoive la même acceptation que la Convention de New York de 1958 (cf. *supra* Chapitre II., B. *in fine*). Toutefois le caractère obligatoire par défaut d'une codification, avec faculté d'*opting out*, pourrait séduire par sa simplicité. Il suffirait aux parties d'écarter (totalemment ou

Afin d'appliquer la *Lex Evidentia* (codifiée ou non), les arbitres (et dans la plupart des cas les conseils des parties) devraient posséder une culture et une ouverture d'esprit internationales (*international mindedness*)⁸⁸ et la tolérance nécessaires afin d'éviter tout nationalisme juridique et ainsi favoriser une approche flexible de la procédure arbitrale qui accommode les attentes légitimes des parties à la procédure.

Les juristes devraient s'affranchir de l'esprit de clocher consistant à défendre vigoureusement, et parfois aveuglement, le système juridique dans lequel ils ont été initialement formés, par paresse de s'adapter à un nouveau, ou par crainte de l'inconnu ou de la remise en question de ses propres compétences.

L'on entend aujourd'hui souvent qu'au cours d'une vie humaine on doit se recycler deux à trois fois afin de s'adapter aux conditions professionnelles changeantes. Il semble que l'heure soit arrivée de faire de même en arbitrage. Messieurs les *attorneys-at-law*, il est grand temps d'apprendre à convaincre par écrit, moins d'effets de manches, plus d'effets de plume, et mes biens chers Maîtres, l'heure de l'inscription au cours de *cross-examination* a sonné.

La réalité démontre, en effet, que l'arbitrage est un *business*. Or dans tout *business* le client est roi et afin de satisfaire le client, il sied aujourd'hui de réunir, si ce n'est en une seule personne, à tout le moins dans une équipe (panel arbitral ou conseils), le meilleur des deux mondes de droit commun et de droit civil en matière de procédure.

partiellement) dans le texte de la clause arbitrale (ou du compromis) la *Lex Evidentia* codifiée.

⁸⁸ Ce vocable est emprunté à BISHOP R.D./REED L., *Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration*, 14 *Arbitration International*, p. 402 (1998).