

UNIDROIT 2003
Etude LXXVI – Doc. 10 (Partie I)
(Original: anglais)



INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

COMITE D'ETUDE AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT
SUR LES
PRINCIPES ET REGLES DE PROCEDURE CIVILE TRANSNATIONALE

Projet de Principes de procédure civile transnationale et commentaires
préparés par les
Professeurs G. Hazard Jr., R. Stürmer, M. Taruffo et A. Gidi

(Traduction préparée par Mme le Professeur F. Ferrand et M. G. Mecarelli)

Rome, Mai 2003

PRINCIPES DE PROCÉDURE CIVILE TRANSNATIONALE

Ce texte représente la traduction de la *Discussion Draft n°4* (april, 18, 2003) soumise aux membres de l'*American Law Institute*, les 12-14 mai 2003

Champ d'application et transposition en droit interne

Les principes suivants sont destinés au règlement des litiges transnationaux en matière commerciale. Ils peuvent être également appropriés pour la solution de la plupart des autres litiges de nature civile et peuvent constituer le fondement d'initiatives futures de réformes de procédure civile.

Commentaire :

Un système national souhaitant transposer les présents Principes peut le faire par un acte normatif, tel qu'une loi ou un ensemble de règles, ou un traité international. La loi du for peut décider que certaines catégories de litiges seront exclues du champ d'application des présents Principes, ou décider que l'application de ces derniers sera étendue à d'autres litiges civils. Les règles de procédure du for sont appliquées dans les litiges non soumis aux présents Principes.

L'acte transposant les présents Principes devra préciser la notion de «commercial» ou de «transnational», en prenant nécessairement en compte les traditions légales ainsi que la terminologie nationale. La notion d'opérations commerciales transnationales peut inclure les contrats commerciaux conclus entre ressortissants de différents Etats ou conclus, dans un Etat, entre un ressortissant national et un autre, d'un Etat étranger. De telles opérations commerciales peuvent inclure les ventes, les baux, les emprunts, les investissements, les acquisitions, les opérations bancaires, les sûretés, les droits réels, la propriété intellectuelle ou toutes autres opérations commerciales ou financières. Un différend ne peut être considéré comme transnational lorsqu'il concerne uniquement un Etat et des parties ressortissantes de ce même Etat. Pour les besoins de ces Principes, une personne physique est considérée comme ressortissante d'un Etat en raison de sa nationalité ou de sa résidence habituelle. Une société commerciale, une association ou tout autre personne morale ou entité ayant capacité à agir sont réputées être ressortissantes de l'Etat où elles ont été immatriculées et de celui où se trouve leur centre de direction administratif.

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

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

1. Indépendance, impartialité et compétence du tribunal.

- 1.1 Le tribunal doit disposer d'une indépendance lui permettant de résoudre le litige selon les faits et les moyens de droit. Le tribunal doit être exempt d'influences intérieures ou extérieures illégitimes.**
- 1.2 Les juges bénéficient d'une permanence raisonnable. Les membres non professionnels du tribunal doivent être nommés à l'issue d'une procédure qui garantit leur indépendance par rapport aux parties et à toute personne intéressée au litige.**
- 1.3 Le tribunal doit être impartial. Le droit du for doit prévoir des moyens équitables et efficaces pour contester son impartialité.**
- 1.4 Les juges doivent avoir une expérience juridique importante et des connaissances juridiques.**
- 1.5 Le tribunal ne doit pas accepter les communications relatives au litige faites par une partie en l'absence des autres parties, à l'exception des communications concernant une procédure non contradictoire ou l'administration judiciaire habituelle.**

Commentaire :

P-1A Ce Principe reconnaît que les juges exercent leurs fonctions pendant une longue période, et généralement pour la totalité de leur carrière. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les juges bénéficient d'une préalable expérience en tant qu'avocats et certains officiers de justice sont nommés pour une courte période. Un des objectifs de ces Principes est d'éviter la création de tribunaux *ad hoc*.

P-1B L'indépendance peut être considérée comme une caractéristique plus objective et l'impartialité comme plus subjective, mais ces exigences sont étroitement liées.

P-1C Les influences extérieures peuvent venir du pouvoir exécutif ou législatif, des parties, ou de toute personne ayant des intérêts économiques liés à l'instance, etc. Des influences internes pourraient provenir d'autres membres du système judiciaire.

PI-D Le Principe 1.4 exige seulement que les juges chargés d'un litige transnational aient des connaissances juridiques. Il n'exige pas qu'ils aient des connaissances spécifiques en droit des affaires ou en droit international. Toutefois, la connaissance des questions commerciales pourrait leur être utile.

PI-E Même si l'existence d'une procédure permettant de contester l'impartialité du juge n'est nécessaire que dans des circonstances exceptionnelles, la possibilité d'accéder à de telles procédures renforce la confiance des parties, spécialement lorsqu'elles sont ressortissantes d'un autre Etat.

PI-F Le recours à des procédures non contradictoires (procédures *ex parte*) peut être utile, notamment pour l'obtention de mesures provisoires. Voir les Principes 5.8 et 9.

L'administration judiciaire habituelle comprend, par exemple, la définition du calendrier pour la présentation des éléments de preuve allégués.

2. Compétence à l'égard des parties.

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

2.1.1 Lorsque les parties décident de soumettre le litige au tribunal, dans le respect du droit du for ou des conventions internationales applicables ;

2.1.2 Lorsqu'il existe un lien substantiel entre l'État du for et la partie ou l'opération ou encore les événements faisant l'objet du litige. Un tel lien existe lorsqu'une partie essentielle de l'opération ou des événements faisant l'objet du litige concerne l'État du for, lorsque le défendeur a sa résidence habituelle dans l'État du for, ou encore lorsque les biens qui font l'objet du litige sont situés dans l'État du for.

2.2 Exceptionnellement, cette compétence peut être étendue si aucune autre juridiction étrangère n'apparaît raisonnablement compétente, à l'égard d'un défendeur qui se trouve dans l'État du for ou qui a la nationalité de ce dernier, ou à l'égard d'un bien du défendeur situé dans l'État du for, que le litige porte ou non sur ce bien.

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

2.4 Le tribunal saisi peut se déclarer incompétent lorsque les parties ont préalablement conclu une clause attributive de juridiction reconnaissant la compétence exclusive d'un autre tribunal. Le tribunal saisi peut décliner sa compétence ou surseoir à statuer, lorsqu'il apparaît que la compétence d'un autre tribunal serait manifestement plus appropriée.

2.5 Le tribunal peut refuser de connaître de l'affaire, ou bien programmer la procédure en tenant compte d'une autre juridiction si le litige est pendu devant un tribunal dont la compétence est appropriée.

Commentaire :

P-2A Sous réserve des règles de compétences prévues par la loi du for ou par le droit international coutumier ou conventionnel, généralement le tribunal est compétent en raison de l'accord des parties. A défaut d'un tel accord, et dans le respect de la volonté des parties de considérer qu'un autre tribunal ou un autre pays auront une compétence exclusive, un tribunal est compétent uniquement si le défendeur est situé dans l'Etat du for ou lorsqu'il existe un lien substantiel entre les opérations ou les faits sur lesquels se fonde le litige et le territoire du for.

P-2B Le principe du « lien substantiel » est généralement accepté dans le contentieux transnational. Ce principe exclut la simple présence physique, appelée familièrement aux Etats-Unis la « *tag jurisdiction* ». Bien que fondé d'un point de vue historique dans le territoire américain, le critère de la simple présence physique est inadapté au contentieux international moderne. Le concept de « lien substantiel » peut être précisé et dégagé à partir

du droit conventionnel et de la loi nationale. La portée de cette expression peut ne pas être la même dans tous les systèmes.

P-2C Le Principe 2.2 couvre le concept de «*forum necessitatis* »- le for nécessaire- lorsque le tribunal peut fonder sa compétence le fait que le demandeur ne peut raisonnablement accéder à un autre tribunal.

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

P-2E Le concept reconnu dans le Principe 2.4 est comparable à la règle du *forum non conveniens* des pays de *common law*. Dans certains systèmes de *civil law*, le concept tend à prévenir les abus de procédure fondés sur la compétence. La volonté de rendre ce Principe efficace peut aboutir à la suspension de l'instance dans le for, par égards envers un autre tribunal. L'existence d'un tribunal plus approprié est nécessaire à l'application de ce Principe. Ce Principe doit être interprété à la lumière du principe de l'égalité procédurale des parties, qui interdit tout type de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence. Voir principe 3.2.

3. Égalité procédurale des parties.

- 3.1 Le tribunal assure aux parties, en demande et en défense, les mêmes garanties procédurales.**
- 3.2 Ce droit s'oppose à toute discrimination non justifiée, de quelque sorte que ce soit, et notamment sur le fondement de leur nationalité ou de leur résidence.**
- 3.3 Aucune caution à titre de garantie des frais de procédure ou, en cas d'une demande de mesures provisoires, dans l'éventualité où elle serait condamnée au fond, ne doit être exigée d'une personne sur le seul fondement de sa nationalité étrangère ou de son absence de résidence habituelle dans l'État du for.**
- 3.4 Dans la mesure du possible, les règles de compétence territoriale ne doivent pas imposer à la partie n'ayant pas sa résidence habituelle dans l'État du for des charges déraisonnables pour accéder au tribunal.**

Commentaire :

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

P-3B Les discriminations interdites peuvent se fonder sur le sexe, la race, la langue, la religion, des raisons politiques ou les opinions personnelles, les origines nationales ou ethniques, la naissance ou tout autre état, les orientations sexuelles, ou l'appartenance à une minorité nationale.

P-3C Une protection particulière doit être assurée à une partie n'ayant pas une pleine capacité juridique, à l'instar des mineurs, pour la protection de ses intérêts, comme la nomination d'un tuteur ou d'un curateur. De telles mesures de protection ne peuvent être imposées abusivement afin de défavoriser une partie étrangère.

P3-D Certains systèmes juridiques exigent qu'une personne fournisse une caution, ou une garantie en cas d'une demande de mesures provisoires, dans l'éventualité où elle serait condamnée au fond, pour garantir l'entier dédommagement pour les éventuels préjudices subis par l'autre partie. D'autres, au contraire, n'exigent pas de telles cautions ou garanties, ou les interdisent, par de dispositions constitutionnelles concernant l'accès à la justice ou l'égalité des parties. Le Principe 3.3 constitue un compromis entre ces deux positions, sans pour autant modifier, sur ce point, la loi du for. Toutefois, l'obligation pour une partie étrangère ou n'ayant pas sa résidence habituelle dans l'Etat du for de fournir une caution ou une garantie, dans le cas de mesures provisoires ou conservatoires, doit être appréciée selon les mêmes critères qui s'appliquent à des parties ayant la nationalité de l'Etat du for, ou leur résidence habituelle dans ce même Etat lors de litiges internes.

P3E Les règles nationales de compétence territoriale prennent en compte des considérations relatives à la facilité d'accès au tribunal à l'intérieur du pays. Elles devraient être appliquées à la lumière du principe de la facilité d'accès au tribunal prévue par le Principe 3.4. Une règle de compétence qui imposerait des difficultés essentielles pour l'accès au tribunal à l'intérieur de l'Etat du for ne devrait pas être appliquée dès lors qu'il existe un autre tribunal dont l'accès serait plus aisé ; de même, le procès devrait être transféré dans l'Etat du for dès lors que les règles de compétence désignent un tribunal dont l'accès est particulièrement difficile

4. Droit à l'assistance d'un conseil.

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

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

Commentaire :

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

P-4B Un avocat admis à exercer dans le pays d'une des parties n'est pas autorisé par ces Principes à représenter cette partie devant les tribunaux étrangers. Cette question est soumise à la loi du for.

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

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

5. Notification et droit d'être entendu.

5.1 Lors de l'introduction de l'instance, la demande doit être notifiée aux autres parties; les modes de notification utilisés doivent être de nature à garantir une efficacité raisonnablement satisfaisante de celle-ci. La notification doit être faite dans la langue de l'État du for et dans la langue de la personne à laquelle elle est adressée, si cette langue est connue, ou bien encore dans la (ou les) langue dans laquelle l'opération litigieuse avait eu lieu.

5.2 La notification initiale doit contenir une copie de la demande introductive d'instance, ou comprendre sous une autre forme les allégations du demandeur ainsi que ses prétentions. Les autres parties doivent notifier leurs défenses et toute autre allégation et prétention. Le défendeur doit être informé des moyens qui lui sont offerts pour répondre, ainsi que de la possibilité que soit rendu un jugement par défaut s'il s'abstient de répondre dans les délais requis.

5.3 Les parties reçoivent ensuite, en cours de procédure, notification dans un bref délai de tous les actes du tribunal et des autres parties, ainsi que des mesures prises par le tribunal.

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

5.5 Chaque partie doit avoir la possibilité, de façon équitable et dans un délai raisonnable, de répondre aux moyens de fait et de droit et aux preuves présentées par la partie adverse.

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

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

5.8 Une ordonnance affectant les intérêts d'une partie sans que celle-ci en ait reçu préalablement notification ne peut être rendue et exécutée que sur preuve d'une nécessité urgente et après considération des exigences prépondérantes ? d'équité. Une ordonnance rendue *ex parte* doit être proportionnelle aux intérêts dont le requérant

demande la protection. Dès que possible, la partie doit recevoir notification de l'ordonnance ainsi que de ses motifs, afin qu'elle puisse la déférer au tribunal pour qu'il la réexamine immédiatement dans sa totalité.

Commentaire :

P-5A Les procédures de notifications varient profondément selon les systèmes juridiques. Par exemple, dans certains systèmes de *civil law* le tribunal a la charge de procéder à la notification, y compris de l'acte introductif d'instance, alors que dans certains pays de *common law* cette obligation incombe aux parties.

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

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

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

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

P-5F Le Principe 5.8 autorise le recours à des procédures *ex parte*, telle qu'une ordonnance ou une mesure provisoire ou conservatoire, en particulier dans la première phase de l'instance. L'efficacité de ces mesures dépend de la possibilité de les exécuter sans notification préalable. La partie à l'encontre de laquelle une telle mesure a été ordonnée doit en être rapidement informée, afin de pouvoir être immédiatement entendue et la possibilité de la faire réexaminer en fait et en droit. Une procédure *ex parte* doit être conduite conformément au Principe 8. Voir les Principes 1.4 et 8.

6. Langues de la procédure.

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

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

6.3 Une traduction doit être prévue lorsqu'une partie ou un témoin ne comprend pas la langue dans laquelle se déroule la procédure. La traduction de documents longs ou volumineux peut être limitée aux passages importants tels que sélectionnés par les parties ou arrêtés par le tribunal.

Commentaire :

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

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

7. Célérité de la justice.

7.1 Le tribunal tranche le litige dans un délai raisonnable.

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

7.3 Avant de prononcer un jugement par défaut, le tribunal doit

7.3.1 Vérifier que cette partie a bien reçu notification de la procédure et a bénéficié d'un délai suffisant pour répondre.

7.3.2 S'en tenir à ce qui est demandé dans l'acte introductif d'instance et apprécier si la demande est fondée sur des faits ou des preuves disponibles et est juridiquement fondée quant à la responsabilité recherchée et à la sanction requise, y compris le montant des dommages-intérêts ainsi que toute demande en matière de frais de procédure.

Commentaire :

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

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

P-7C Avant de prononcer un jugement par défaut, le tribunal doit faire preuve d'une attention particulière, puisque le défendeur aurait pu ne pas recevoir notification de l'instance, ou se méprendre quant à la nécessité de répondre. Plusieurs procédures nationales imposent

qu'en cas de défaut de comparution du défendeur, ce dernier reçoive notification de l'intention du tribunal de prononcer un jugement par défaut.

P-7D Lorsque le tribunal apprécie si la demande est raisonnablement fondée sur des faits ou des preuves disponibles et est juridiquement fondée, selon le Principe 7.2.3, il n'est pas tenu d'examiner de façon exhaustive le fond du litige. Le juge doit simplement décider si un jugement par défaut serait inconciliable avec les faits ou les éléments de preuve disponibles et légalement injustifié. Pour ce faire, le juge doit apprécier les faits et les éléments de preuve qui accompagnent l'acte introductif d'instance. Le juge peut exiger la production de preuves supplémentaires ou prévoir une audience consacrée à l'examen des éléments probatoires.

P-7E Si les conditions permettant au tribunal de prononcer un jugement par défaut ne sont pas réunies, la partie mécontente peut former appel ou demander que le jugement soit infirmé, selon le droit du for. Chaque système prévoit des moyens pour former un recours à l'encontre d'un jugement par défaut. Dans certains systèmes juridiques, y compris dans plusieurs systèmes de *common law*, un tel recours est d'abord formé devant le tribunal de première instance, dans d'autres, y compris dans certains systèmes de droit civil devant la juridiction d'appel. Les Principes renvoient, sur ce point, au droit du for.

P-7F La partie défaillante doit pouvoir, dans un délai raisonnable, prouver l'absence de notification préalable ou tout autre motif légitime justifiant sa conduite.

8. Mesures provisoires.

8.1 Le tribunal peut accorder une mesure provisoire lorsque cela est nécessaire afin de préserver la possibilité de prononcer un jugement définitif efficace. La mesure provisoire est prononcée dans le respect du principe de proportionnalité. Une ordonnance peut imposer à une personne de révéler les éléments de son patrimoine, quel que soit leur lieu de situation.

8.2 Un tribunal peut accorder une mesure provisoire sans notification préalable à son adversaire uniquement si le demandeur communique tous les éléments de faits et les circonstances pertinentes. Une personne à l'encontre de laquelle une telle ordonnance *ex parte* a été rendue doit pouvoir contester dans les délais les plus brefs possibles le bien-fondé de l'ordonnance.

8.3 Le requérant qui a sollicité du juge la délivrance de l'ordonnance est tenu d'indemniser en totalité l'adversaire contre qui a été rendue l'ordonnance de façon infondée si, à la suite du réexamen contradictoire, le tribunal considère que l'ordonnance n'était pas fondée. Le tribunal peut exiger du requérant qu'il dépose une garantie ou qu'il assume de façon formelle une telle obligation d'indemnisation.

Commentaire :

P-8A L'expression « mesure provisoire » vise le concept d' « ordonnance », ou d' « *injunction* », s'agissant de l'ordre du tribunal de faire ou de ne pas faire, comme par exemple, l'obligation de préserver la propriété du bien en l'état. Le Principe 9.1 autorise donc à la fois les ordonnances de faire (qui exigent l'accomplissement d'un acte) ou de ne pas faire (qui interdisent un acte spécifique ou une série d'actions). Cette expression est utilisée dans

une acception large, qui inclut les saisies - arrêt et les saisies conservatoires, et toute autre directive du tribunal. La possibilité, pour le tribunal, d'accorder de telles mesures, telles que les saisies, s'apprécie d'après le droit du for ainsi que les principes de droit international applicable.

P-8B Le Principe 5.8 autorise le tribunal à rendre une ordonnance en l'absence d'une notification préalable à la personne contre laquelle celle-ci a été rendue, lorsque une « nécessité urgente » l'exige. Cette « nécessité urgente », qui constitue la justification des ordonnances *ex parte*, est un concept qui est utilisé dans une acception concrète, en tant que manifestation de la prépondérance de considérations d'équité. Cela correspond, dans le langage des pays de *common law*, au concept de « *balance of equities* ». L'appréciation des éléments d'équité doit prendre en compte le poids des arguments du demandeur, l'intérêt public, le cas échéant, l'urgence du besoin d'une protection provisoire, et les charges pratiques qui découleraient de l'octroi d'une telle mesure. Une telle ordonnance est généralement connue sous le nom d'ordonnance *ex parte*. Dans les pays de *common law* une telle procédure est généralement évoquée sous le nom de « *temporary restraining order* ». Voir le Principe 1.4.

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

P-8D Les règles de procédure exigent généralement que la partie qui sollicite la délivrance d'une mesure *ex parte* fournisse au tribunal tous les éléments de droit et de fait sur lesquelles elle fonde sa demande, que le tribunal prendra en compte, y compris les éléments qui n'appuient pas ses intérêts et qui sont favorables à son adversaire. Le défaut de communiquer ces éléments constitue un motif valable pour refuser la délivrance d'une telle mesure et pour engager la responsabilité de la partie requérante.

P-8E Après avoir entendu les intéressés, le tribunal peut accorder, annuler, renouveler, ou modifier une ordonnance. Si le tribunal a refusé de délivrer une ordonnance *ex parte*, il peut néanmoins délivrer une ordonnance à l'issue d'une audience. Si le tribunal a préalablement délivré une ordonnance *ex parte*, il peut renouveler ou modifier son ordonnance à la lumière des arguments développés lors de l'audience. La charge de prouver que l'ordonnance est justifiée repose sur la partie qui la sollicite.

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

P8-G A l'encontre d'une ordonnance délivrée selon ce Principe, il est possible de présenter, dans certains systèmes juridiques, un recours en appel immédiat, selon les règles de procédure du for. Ce réexamen, devant le tribunal de deuxième degré, se déroule de façon différente dans les divers systèmes. La garantie de la possibilité d'un réexamen est nécessaire en particulier lorsqu'il s'agit d'une mesure *ex parte*. Toutefois, il faudrait aussi prendre en compte qu'un tel réexamen peut entraîner une perte de temps ou des abus de procédure.

9. Phases du procès.

9.1 Trois phases constituent normalement le procès : la phase introductive, la phase intermédiaire et la phase finale.

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

9.3 Dans la phase intermédiaire, le tribunal, en cas de nécessité

9.3.1 Détermine, lors d'audiences, le déroulement de la procédure ;

9.3.2 Etablit le calendrier de déroulement de la procédure ;

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

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

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

9.3.6 Ordonne l'administration de la preuve.

9.4 Lors de l'audience finale, les éléments de preuve qui n'ont pas encore été communiqués au tribunal selon les modalités du Principe 9.3.6 sont présentés de façon concentrée. Les parties présentent leurs conclusions finales.

Commentaire :

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

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

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

10 Introduction de la demande et délimitation de l'objet du litige.

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

10.2 L'objet du litige est déterminé par les demandes et défenses des parties, telles que présentées dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions en défense, y compris dans les écritures modifiant ceux-ci.

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

10.4 Les parties ont le droit de mettre volontairement un terme à l'instance ou de la modifier, en totalité ou en partie, par désistement, reconnaissance ?, admission, ou accord amiable. Une partie ne peut mettre unilatéralement un terme à son action ou la modifier si cela causerait à son adversaire un préjudice.

Commentaire

P-10A Tous les systèmes juridiques modernes reconnaissent le principe selon lequel ce sont les parties qui définissent le champ du litige et ses éléments factuels. Les Principes exigent des parties qu'elles fournissent des moyens de fait, de droit et de preuve détaillés dans leurs conclusions. Voir Principe 11.3. C'est dans le cadre défini par les parties que le tribunal exerce sa responsabilité de statuer correctement sur le litige. Voir Principes 10.2 et 28.3.

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

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

11 Devoirs des parties et de leurs avocats.

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

11.2 Les parties partagent avec le tribunal la charge de favoriser une solution du litige équitable, efficace et raisonnablement rapide.

11.3 Dans la phase introductive, les parties doivent présenter, de façon détaillée, les faits allégués et les moyens de droit ; la mesure demandée, en décrivant de façon précise

les moyens de preuve disponibles qui les soutiennent. Lorsque des motifs sérieux justifient l'incapacité pour une partie de fournir des précisions suffisantes sur les faits qu'elle invoque ou ses moyens de preuve, le tribunal prend en considération la possibilité que des faits ou preuves nécessaires soient produits au cours de l'instance.

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

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

Commentaire :

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

P-11B Le Principe 11.3 exige des parties qu'elle détaillent dans leurs conclusions leurs moyens de fait, contrairement à la procédure de « *notice pleading* » admise dans les Règles fédérales de Procédure civile des Etats-Unis.

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

12. Jonction d'instance et intervention.

12.1 Une partie peut réunir en une seule instance toutes les demandes envers son adversaire ou envers un tiers soumis à l'autorité du tribunal, à condition que la demande présente un lien substantiel avec l'objet du litige.

12.2 Toute personne justifiant d'un intérêt présentant un lien substantiel avec l'objet du litige a la faculté d'intervenir. Le tribunal, d'office ou à la demande d'une partie, peut informer une partie justifiant d'un tel intérêt en l'invitant à intervenir. Une telle intervention n'est pas acceptée par le tribunal si elle aurait pour conséquence de retarder ou de compliquer la procédure de façon excessive ou causerait inéquitablement tout autre préjudice à une partie.

12.3 Lorsque cela est nécessaire et justifié, le tribunal peut autoriser une personne à subroger une partie au cours de l'instance.

12.4 Une partie qui se joint à la procédure bénéficie des mêmes droits et est soumise aux mêmes obligations de participation et de coopération que les parties initiales.

L'étendue de ces droits et obligations peut dépendre du fondement, du moment et des circonstances de l'intervention ou de la jonction d'instances.

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

Commentaire :

P-12A Le Principe 12 reconnaît un droit très large de formuler toute demande possible à l'encontre d'une autre partie, droit qui existe dans de nombreux systèmes juridiques. Dans certains en revanche, la jonction d'instance n'est admise que si les prétentions se rapportent à la même opération commerciale ou au même événement.

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

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

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

13 Avis d'un *Amicus curiae*.

Lorsque cela paraît utile, le tribunal, après consultation des parties, peut accepter de recevoir de tierce personnes des avis écrits relatifs à des questions juridiques importantes du procès et des informations sur le contexte général du litige. Avant que le tribunal presse en compte l'avis de l'*amicus curiae*, les parties doivent avoir la possibilité de soumettre au tribunal leurs commentaires écrits sur cet avis.

Commentaire :

P-13A L'avis d'un *amicus curiae* est un moyen utile par lequel un tiers fournit au tribunal des informations et une analyse juridique qui peut faciliter une solution juste et bien fondée du litige. C'est pourquoi toute personne peut être autorisée à formuler un tel avis, nonobstant l'absence d'un intérêt juridique suffisant pour une intervention en cause. Il appartient au tribunal de décider librement si un tel avis d'*amicus curiae* doit ou non être pris en compte. Le tribunal peut exiger que soit énoncé l'intérêt de l'*amicus curiae* proposé. Il peut refuser qu'un avis soit donné si celui-ci ne faciliterait matériellement en aucune façon la résolution du litige. Le tribunal peut inviter un tiers à présenter son avis. L'*amicus curiae* ne devient pas partie au litige ; il est seulement un commentateur actif. Des affirmations de fait contenues dans l'avis de l'*amicus curiae* ne constituent pas des éléments probatoires dans le litige.

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

P-13C Le Principe 18 n'autorise pas les tiers à présenter des déclarations écrites relatives aux faits litigieux. Il ne concerne que les éléments, informations sur le contexte général du litige, remarques, analyses juridiques ou toutes autres considérations pouvant s'avérer utiles en vue d'une solution juste et équitable du litige. Ainsi par exemple, une organisation commerciale peut donner au tribunal des informations sur les usages des affaires.

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

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

14.1 Le tribunal conduit activement l'instance le plus tôt possible dans la procédure. Il exerce un pouvoir discrétionnaire afin de pouvoir mettre fin au litige loyalement, de façon efficace et dans un délai raisonnable.

14.2 Dans la mesure de ce qui est raisonnablement possible, le tribunal conduit l'instance en collaboration avec les parties.

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

Commentaire :

P-14A La conduite de l'instance par le tribunal sera plus équitable et efficace si elle se fait en collaboration avec les parties. Voir également le commentaire *P-9A*.

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

15. Défaut de comparution du demandeur et du défendeur

15.1 Un jugement par défaut doit être rendu à l'encontre du demandeur qui, sans motif légitime, ne poursuit pas la procédure qu'il a engagée avec une raisonnable diligence. Avant de prononcer un tel jugement, le tribunal doit raisonnablement en informer le demandeur.

15.2 Un jugement par défaut doit être rendu à l'encontre du défendeur ou d'une autre partie qui sans motif légitime s'abstient de comparaître dans les délais prévus, ou n'offre pas de véritable réponse, ou s'abstient, de toute façon, de participer à la procédure, après avoir répondu à la demande. La nature transnationale du litige doit être prise en compte par le tribunal, lorsqu'elle est pertinente.

15.2.1. Avant de prononcer un jugement par défaut, le tribunal doit :

15.2.2. Vérifier que cette partie a bien reçu notification de la procédure et a bénéficié d'un délai suffisant pour répondre.

15.2.3. S'en tenir à ce qui est demandé dans l'acte introductif d'instance et apprécier si la demande est fondée sur des faits ou des preuves disponibles et est juridiquement fondée quant à la responsabilité recherchée et à la sanction requise, y compris le montant des dommages-intérêts ainsi que toute demande en matière de frais de procédure.

Commentaire :

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

P-15B Une partie qui comparaît après l'expiration des délais prévus, mais avant le prononcé du jugement, peut être autorisée, en cas de motifs raisonnables, à présenter sa défense, mais le tribunal peut ordonner une compensation des coûts que ce retard a occasionné à son adversaire. En prenant une telle décision, le tribunal doit prendre en compte les motifs avancés par la partie, qui ont provoqué son défaut de comparution ou son défaut de participation aux phases successives de la procédure. Par exemple, une partie peut ne pas participer à défaut d'avoir reçu personnellement une notification, ou parce que son droit national l'a empêchée de comparaître en raison d'une hostilité diplomatique.

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

P-15D Lorsque le tribunal apprécie si la demande est raisonnablement fondée sur des faits ou des preuves disponibles et est juridiquement fondée, selon le Principe 7.2.3, il n'est pas tenu d'examiner de façon exhaustive le fond du litige. Le juge doit simplement décider si un jugement par défaut serait inconciliable avec les faits ou les éléments de preuve disponibles et légalement injustifié. Pour le faire, le juge doit apprécier les faits et les éléments de preuve qui accompagnent l'acte introductif d'instance. Le juge peut exiger la production de preuves supplémentaires ou prévoir une audience dédiée à l'examen des éléments probatoires.

P-15F Si les conditions permettant au tribunal de prononcer un jugement par défaut ne sont pas réunies, la partie mécontente peut former un appel ou demander que le jugement soit infirmé, selon le droit du for. Chaque système prévoit des moyens pour former un recours à l'encontre d'un jugement par défaut. Dans certains systèmes juridiques, y compris dans plusieurs systèmes de *common law*, un tel recours est d'abord formé devant le tribunal de première instance, dans d'autres, y compris dans certains systèmes de *civil law*, devant la juridiction d'appel. Les Principes renvoient, sur ce point, au droit du for.

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

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

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

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

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

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

16.5 Le tribunal apprécie librement les éléments de preuve sans tenir compte de leur typologie ou de leur source.

Commentaire :

P-16A La preuve «pertinente » est un élément probatoire qui soutient, contredit ou affaiblit une affirmation de fait contestée dans la procédure.

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

P-16C Dans certains systèmes juridiques, les déclarations d'une partie ne sont pas admis comme preuve ou bien se voient accorder une valeur probatoire réduite. Le Principe 14.2 reconnaît aux déclarations d'une partie la même valeur probatoire qu'à celles de tous témoins, mais le tribunal, pour apprécier ce mode de preuve, peut prendre en compte les intérêts de la partie dans le litige.

P 16D Conformément au Principe 14.3, l'audition des parties, des témoins et des experts se déroule selon les règles de l'Etat du for, l'interrogatoire étant conduit d'abord soit par les parties, soit par le juge. En tout cas, une partie a le droit de poser des questions additionnelles en s'adressant directement à la partie adverse ou au témoin. Le droit d'une partie de poser directement des questions à une partie adverse ou à un témoin qui n'est pas partie à l'instance, est d'importance centrale et est aujourd'hui reconnu dans la plupart des systèmes juridiques. De façon similaire, une partie doit être admise à poser des questions additionnelles à un témoin (y compris à une partie) qui aurait été initialement interrogé par le tribunal.

P-16E Le Principe 14.6 signifie qu'aucune valeur légale particulière, qu'elle soit positive ou négative, ne saurait être attribuée à quelque mode de preuve que ce soit (par exemple au témoignage d'un témoin intéressé au litige). Toutefois, ce Principe n'interfère pas avec les lois nationales qui exigent des formes particulières pour certains actes juridiques, telles qu'un écrit pour un contrat portant sur un immeuble.

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

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

17. Sanctions.

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

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

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

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

Commentaire :

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

P-17B Dans tous les systèmes juridiques, le tribunal peut tirer des conséquences défavorables du défaut d'une partie à faire progresser la procédure ou à répondre de la manière requise ; il peut en outre, à titre de sanction supplémentaire, rejeter la demande ou rendre un jugement par défaut. Un jugement par défaut qui serait rendu à l'encontre du défendeur nécessite une notification préalable spécifique. Voir Principe 5.2. Dans les pays de *common law*, le tribunal peut, dans diverses circonstances, placer une partie ou son avocat sous « *contempt of court* ».

18. Confidentialité et immunité.

18.1 En matière de divulgation ou de production des preuves, le tribunal doit respecter le devoir de confidentialité qui incombe aux parties et aux tiers, les immunités dont ils bénéficient ainsi que les autres règles protectrices similaires.

18.2 Lorsqu'il décide de tirer des conséquences défavorables à la partie récalcitrante, le tribunal doit vérifier si ces restrictions peuvent justifier l'absence de production de preuve par ladite partie.

18.3 Le tribunal doit également tenir compte de ces restrictions lorsqu'il use de son pouvoir de prononcer des sanctions directement exécutoires à l'encontre d'une partie ou d'un tiers.

Commentaire :

P-18A Tous les systèmes juridiques reconnaissent divers devoirs de confidentialité et immunités permettant de ne pas être contraint à fournir une preuve : il en va ainsi du droit de ne pas s'auto-incriminer, du secret professionnel, du respect de la vie privée ainsi que des droits des époux ou des membres de la famille d'être dispensés de déposer. Cependant, les bases dogmatiques et techniques de ces protections varient, de même que les conséquences légales de la reconnaissance de ces devoirs et immunités.

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

P-18C Les Principes 18.2 et 18.3 traduisent une distinction entre la fait de tirer des conséquences défavorables et celui d'imposer des sanctions directement exécutoires telles qu'amendes, astreintes, détention provisoire ou peine d'emprisonnement.

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

19 Dépositions écrites et orales.

19.1 Des conclusions, mémoires et moyens de droit sont en principe présentés initialement par écrit. Les parties peuvent toutefois présenter oralement des arguments supplémentaires sur des questions importantes de fond ou de procédure chaque fois que cela apparaît nécessaire.

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

19.3 Le tribunal fixe les modalités procédurales pour l'administration des preuves testimoniales. En général, les dépositions des parties et des témoins sont reçues oralement, et les rapports des experts par écrit. Le tribunal peut toutefois exiger, après avoir consulté les parties, que la déposition initiale des témoins sera consignée dans un écrit qui devra être communiqué à l'avance aux parties.

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

Commentaire :

P-19A Traditionnellement, tous les systèmes juridiques recevaient les témoignages sous forme orale. La pratique moderne a toutefois tendance à remplacer le témoignage principal d'un témoin par une déclaration écrite. Le Principe 19 permet une souplesse sur ce point. Il envisage qu'en général, le témoignage puisse être présentée initialement sous forme écrite, la phase orale débutant par les questions additionnelles du tribunal et de la partie adverse.

20 Publicité de la procédure.

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

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

20.3 Dans l'intérêt de la justice, de l'ordre public ou du respect de la vie privée, lorsque la procédure est publique, le juge peut ordonner qu'une partie de celle-ci ait lieu

à huis clos; inversement, si la procédure se déroule à huis clos, le juge peut ordonner qu'une partie ait lieu publiquement.

20.4 Les jugements définitifs ou intermédiaires, leurs motifs et en principe toute autre décision du tribunal sont accessibles au public.

Commentaire :

P-20A La publicité de divers éléments de la procédure fait l'objet d'approches contraires. Dans certains pays de droit civil, les dossiers et registres du tribunal sont en général confidentiels, même si leur accès peut être accordé en cas de motif légitime ; dans la tradition de *common law* au contraire, les registres sont en général publics.

P-20B Dans certains systèmes, le tribunal, à la demande d'une partie, peut décider que toute la procédure se déroulera à huis clos à l'exception du jugement final. Cette même pratique est presque systématiquement suivie en matière d'arbitrage. Certains systèmes juridiques garantissent constitutionnellement le droit à la publicité de la procédure juridictionnelle, tout en prévoyant certaines dérogations pour les domaines tels que le secret des affaires, la sécurité nationale etc.

21 Charge de la preuve.

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

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

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

Commentaire :

P-21A Les faits « au soutien de la prétention » d'une partie renvoie à la fois aux éléments d'une demande légalement valable et à ceux d'une défense par voie d'exception. L'exigence posée dans le Principe 21.1 est souvent exprimée par la formule « la charge de la preuve suit la charge de l'allégation ». La charge de l'allégation est déterminée par la loi, qui traduit en fin de compte l'idée d'équité. La détermination de cette charge relève souvent de la loi matérielle et doit en toute hypothèse suivre les règles du droit du for, y compris celle gouvernant le choix de la loi applicable.

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

P-21C Le Principe 21.3 repose sur la règle selon laquelle les deux parties ont le devoir de contribuer de bonne foi à décharger la partie adverse de la charge de la preuve. Voir

Principe 11. La possibilité de tirer des conséquences défavorables n'exclut en général pas la production d'autres éléments de preuve pertinents pour la question concernée. Le fait de tirer de telles conséquences défavorables peut être considéré comme une sanction, voir Principes 17.3; ce peut être également un renversement de la charge de la preuve, voir Principe 21.1.

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

22.1 Le tribunal a le devoir de déterminer le fondement juridique de sa décision, y compris les questions à trancher selon la loi étrangère. Le tribunal ne peut se fonder sur des moyens de droit non invoqués par les parties seulement après les avoir mises en mesure de s'exprimer sur ces moyens.

22.2 Le tribunal peut inviter les parties à modifier leurs allégations de fait ou de droit et à présenter en conséquence des moyens de droit ou des preuves additionnels.

22.3 Le tribunal peut fonder sa décision sur une interprétation des faits ou des preuves qui n'a pas été invoquée par une partie, mais à condition de mettre toutes les parties en mesure de s'exprimer à ce sujet.

22.4 Le tribunal peut d'office ordonner l'administration d'une preuve qui n'a pas été mentionnée par une partie, mais seulement à condition de mettre toutes les parties en mesure de s'exprimer sur ce point.

22.5 En principe, le tribunal reçoit directement tous les éléments de preuve. Si nécessaire, l'administration de la preuve peut toutefois être déléguée, avant l'audience finale, à un officier judiciaire *ad hoc* ou à toute autre personne.

22.6 Lorsqu'une expertise paraît utile, y compris en matière de teneur du droit étranger, le tribunal peut procéder à la nomination d'un expert.

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

22.6.2 Sur toute question pour laquelle une expertise paraît utile, chaque partie peut produire le rapport d'un expert choisi par elle.

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

Commentaire :

P-22A Le Principe 22.1 est universellement admis, même dans les systèmes juridiques dans lesquels les parties doivent formuler des moyens quant à la loi applicable.

P-22B La loi étrangère est une question particulièrement importante dans les litiges transnationaux. Il est possible que le juge ne connaisse pas la teneur de la loi étrangère et doive désigner un expert ou demander aux parties de se présenter des observations sur des aspects de droit étranger. Voir Principe 22.6.

P-22C L'objet du litige est déterminé par les demandes et défenses des parties telles que formulées dans leurs écritures. En général, le juge est tenu par l'objet du litige tel que déterminé par les parties.

P-22D L'appel à des experts est usuel dans les litiges complexes. La désignation par le tribunal d'un expert neutre est la pratique de la plupart des pays de droit civil et de certains systèmes de *common law*. Toutefois, des experts désignés par les parties peuvent également apporter une aide précieuse lors de l'analyse de questions de fait difficiles. L'expertise peut porter sur des questions de droit étranger.

23 Jugement et motivation.

23.1 A l'issue des débats, le tribunal rend dans les plus brefs délais un jugement écrit, incluant la réparation accordée, y compris le montant des dommages-intérêts attribués.

23.2 Le jugement écrit doit être motivé en fait et en droit.

Commentaire :

P-23A Lorsqu'un jugement ne statue pas sur toutes les demandes ou défenses des parties, il doit préciser quelles questions demeurent susceptibles de faire l'objet d'un nouveau procès. Ainsi par exemple, en cas de jonction d'instances, le tribunal peut trancher une des demandes (question du préjudice par exemple) et réserver la procédure sur les autres demandes (injonction par exemple).

P-23B Voir Principe 5.6 qui impose au tribunal de tenir compte de toute affirmation de fait pertinente, de tout élément de preuve, et des dispositions légales dispositives pertinentes pour la question litigieuse.

24 Transaction et conciliation.

24.1 Le tribunal, en respectant le droit des parties de participer au litige, doit encourager la transaction et la conciliation des parties lorsqu'elles apparaissent raisonnablement possibles.

24.2 Le tribunal doit inciter les parties à s'engager dans un mode alternatif de résolution du litige et à trouver une solution amiable à toute hauteur de la procédure.

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

24.4 Le droit du for peut prévoir des procédures de règlement amiable susceptibles de donner lieu à des sanctions spéciales en matière de frais et dépens en cas de refus d'une partie d'accepter l'offre de transaction de la partie adverse.

Commentaire :

P-24A La réserve « en respectant le droit des parties de participer au litige » signifie que le tribunal ne saurait imposer une transaction aux parties ou les y contraindre.

P-24B Le Principe 24.3 s'écarte de la tradition de certains pays dans lesquels les parties n'ont en général aucune obligation de négocier ou de prendre en compte de quelque autre façon les propositions de transaction de la partie adverse. Le Principe 24.4 peut être mis en œuvre par une règle relative aux « offres de transaction » telle que celles de la procédure civile de la province d'Ontario (Canada) ou la Part 36 des nouvelles règles anglaises de procédure. Il s'agit là de procédures formelles au cours desquelles une partie peut faire une offre déterminée de transaction et ainsi obliger la partie adverse à accepter ou décliner cette offre sous menace de condamnation à des frais additionnels si cette partie n'obtient pas en fin de compte un résultat plus avantageux que l'offre de transaction qui lui avait été faite. Voir également Principe 25.2.

25 Frais et dépens.

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

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

Commentaire :

P-25A Le remboursement des frais d'avocat est la règle qui prévaut dans la plupart des systèmes juridiques ; elle ne s'applique toutefois pas en Chine, au Japon ni aux Etats-Unis.

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

26 Caractère exécutoire.

26.1 Les jugements définitifs doivent être exécutoires immédiatement.

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

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

Commentaire :

P-26A Le principe selon lequel le jugement est définitif est essentiel en vue d'une décision effective.

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

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

27 Appel.

27.1 L'appel est recevable selon les modalités prévues par la loi du for pour les autres jugements.

27.2 Le droit d'appel est en principe limité aux demandes, défenses, demandes reconventionnelles, preuves présentées et questions soulevées en première instance.

27.3 Dans l'intérêt de la justice, la juridiction d'appel peut autoriser la présentation de nouvelles allégations en fait et de nouvelles preuves.

Commentaire :

P-27A Les procédures d'appel sont très différentes selon les systèmes juridiques. La loi du for doit par conséquent être utilisée.

P-27B En ce qui concerne le champ de l'appel, la procédure devant la juridiction de deuxième instance peut, dans certains pays de droit civil, être très largement un nouveau procès. Dans d'autres systèmes juridiques au contraire, la décision de la juridiction de première instance ne peut être infirmée ou modifiée qu'en cas de grave erreur judiciaire. Le Principe 27 écarte ces deux solutions extrêmes. Toutefois, la production de nouvelles preuves devant la juridiction d'appel ne doit être autorisée que si elle est de l'intérêt de la justice. Si une partie bénéficie d'une telle autorisation, les autres parties doivent se voir accorder un droit de réponse. Voir Principes 22.3 et 22.4.

28 Litispendance et chose jugée.

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

28.2 La litispendance est déterminée par la date à laquelle la demande a été introduite.

28.3 Pour l'application des règles sur l'autorité de la chose jugée, le domaine des questions tranchées est déterminé au regard des demandes et défenses des parties, telles que contenues dans l'acte introductif, les conclusions en défense, dans leurs modifications ainsi que dans le dispositif et les motifs du jugement.

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

Commentaire :

P-28A Ce Principe relatif à la litispendance est en liaison avec le Principe 11 concernant l'objet du litige.

P-28B Certains systèmes juridiques imposent une autorité de la chose implicitement jugée (*issue preclusion*), un ou une autre fin de non-recevoir fondée sur l'autorité de la chose jugée (*collateral estoppel* ou *issue estoppel*) sur le fondement d'une détermination judiciaire de certains points du litige qui produit un effet obligatoire. Le Principe 28.4 peut conduire à l'application de l'autorité de la chose implicitement jugée lorsque, par exemple, une partie s'est légitimement fondée, dans la procédure, sur la solution d'une question de fait ou de droit dans une procédure antérieure. De nombreux systèmes de *common law* reconnaissent un champ plus large à l'autorité de chose implicitement jugée ; la conception plus limitée retenue dans le Principe 28.4 émane du principe de loyauté tel que le connaissent les systèmes de droit civil, et de l'*estoppel in pais* des systèmes de *common law*.

29 Exécution effective.

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

Commentaire :

P-29 De nombreux systèmes juridiques possèdent des procédures archaïques et inefficaces d'exécution des jugements. Du point de vue des parties au litige, et notamment de la partie gagnante, une exécution effective est un élément essentiel de la justice.

30 Reconnaissance.

Les jugements définitifs et les mesures provisoires prononcées lors d'un procès conduit à l'étranger conformément aux présents Principes, doivent être reconnus et exécutés sauf en cas d'exigence contraire de l'ordre public.

Commentaire :

P-30A La reconnaissance de jugements rendus dans un autre for, y compris les jugements ordonnant des mesures provisoires, est particulièrement importante pour les litiges transnationaux. Tout droit national possède des règles strictes de reconnaissance pour les jugements rendus au sein de son propre système juridique.

P-30B Le Principe 30 est avant tout un principe d'égalité de traitement. Un jugement rendu à la suite d'une procédure soumise aux Principes doit en général bénéficier de la même reconnaissance que les jugements prononcés à l'issue d'un procès s'étant déroulé conformément à la loi du for.

31 Coopération judiciaire internationale.

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

Commentaire :

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

P-31B En compatibilité avec les règles relatives aux communications hors la présence des parties (*ex parte*), les juges établissent des communications avec des magistrats d'autres Etats. Voir Principe 15.

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