

Fabio BORTOLOTTI	Guy KEUTGEN
Michael BÜLHER	Didier MATRAY
Georges-Albert DAL	Gautier MATRAY
Stephanie DAVIDSON	Jean-François TOSSENS
Filip DE LY	Erik VALGAEREN
Pascal HOLLANDER	Vera VAN HOUTTE
Pierre KARRER	

L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE EN MATIÈRE D'ARBITRAGE



DE BEWIJSREGELING IN ARBITRAGE

Actes du colloque du CEPANI
du 12 novembre 2009

Bijdragen aan het colloquium van CEPINA
van 12 november 2009

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 9

LA PREUVE PAR TÉMOINS VUE
PAR L'ARBITRE INTERNATIONAL

Fabio BORTOLOTTI

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE TURIN
PARTNER BUFFA, BORTOLOTTI & MATHIS

1. — INTRODUCTION

Dans l'arbitrage international la preuve par témoins joue un rôle beaucoup plus important que dans la plupart des juridictions nationales de *civil law*.

Ceci est certainement dû à l'influence exercée par les juristes de *common law* pour lesquels la phase orale constitue le «coeur» de la procédure, mais il y a aussi une raison tenant à la nature elle-même de l'arbitrage international.

Pendant que le juge national a normalement (au moins dans les pays de *civil law*), un rôle plutôt passif, dans la mesure où le législateur réserve aux parties la responsabilité primaire dans la gestion du procès, l'arbitre international a tendance à jouer un rôle plus actif dans la recherche de la vérité. Or, il est évident que pour pouvoir jouer ce rôle la possibilité d'interroger les parties et les témoins sur les faits à la base de la controverse constitue un des moyens essentiels utilisés l'arbitre.

Ceci explique l'importance de la preuve par témoins dans le contexte de l'arbitrage international.

2. — QUI PEUT ÊTRE TÉMOIN : DISTINCTION ENTRE TÉMOIN ET PARTIE

Dans plusieurs systèmes nationaux de procédure civile, il y a une distinction nette entre les déclarations des parties et celles des témoins, distinction basée sur l'idée que les témoins sont plus crédibles que les parties, ou que les déclarations des parties n'ont aucune valeur probatoire.

En principe, cette distinction n'existe pas dans la pratique de l'arbitrage international. Ainsi, les arbitres ont tendance à considérer comme «témoins» tous ceux qui sont entendus par les arbitres, indépendamment du fait qu'il s'agisse de parties ou de tiers.

Une fois seulement il m'est arrivé, dans le contexte d'un arbitrage international, étroitement lié un pays déterminé (avec trois arbitres du même pays, habitués à la procédure de leur pays), que les arbitres refusent à la personne présente en qualité de représentant de la partie italienne la possibilité d'être entendue.

2.1. *Quel poids attribuer au témoignage de la partie?*

Lorsque les législations nationales font une distinction entre témoins et parties ceci est normalement lié au fait que la loi attribue une valeur différente à la preuve dans ces deux cas.

Dans l'arbitrage international cette distinction n'a pas raison d'être, étant donné que l'arbitre est libre d'évaluer le témoignage à sa discrétion, sans être lié par des règles établies d'avance. Il s'agit là d'une solution certainement plus appropriée : l'arbitre qui aura étudié le cas en profondeur sera normalement capable de distinguer entre des témoignages plus ou moins crédibles sans nécessité de respecter des règles pré-établies.

Ceci implique en réalité, pour l'arbitre, une attention particulière lorsqu'il s'agit de baser sa décision sur les preuves orales. C'est en comparant les différents éléments probatoires que l'arbitre cherchera de se faire une idée sur la véracité des affirmations faites par les témoins (qu'ils soient ou non des parties). Et, c'est justement dans cette optique que la possibilité d'intervention active dans l'audition des témoins est essentielle pour lui permettre d'avoir une vision la plus complète possible des faits.

2.2. *Le rôle du témoignage de la partie dans la procédure arbitrale*

Les avocats des pays de *civil law* – habitués à ne pas compter sur le témoignage de la partie qu'ils représentent – ont tendance à sous-estimer l'importance du rôle que la partie peut jouer dans la présentation de son cas devant les arbitres.

En réalité la partie, et en particulier la personne qui a été le protagoniste de l'affaire en discussion, pourra – si elle a les capacités nécessaires – « raconter son histoire » d'une manière très convaincante et transmettre ainsi une impression positive aux arbitres.

Dans quelques cas, la spontanéité avec laquelle la partie peut présenter son cas, peut être d'une importance décisive.

Il s'agit, évidemment d'un moyen dangereux qui peut aboutir au résultat opposé si l'avocat n'a pas été capable d'évaluer correctement son client. Mais il s'agit d'un aspect que l'avocat doit considérer en tout cas avec la plus grande attention.

C'est pour cette raison que je souligne toujours cet aspect aux confrères de mon pays, habitués à la procédure devant le juge national.

2.3. *La présence des témoins/représentants des parties à l'audience*

Un principe généralement suivi (mais avec des exceptions, dépendant de la volonté des parties et des arbitres) est que le témoin ne devrait pas être présent lorsque d'autres témoins sont entendus, afin d'empêcher qu'il pourrait être influencé par ce qui est dit par d'autres témoins.

Ceci pose un problème pratique pour les personnes dont la présence est nécessaire pendant toute l'audition (normalement le représentant (administrateur, directeur, etc.) de la partie et/ou la personne qui a été directement engagée dans l'affaire objet de controverse (par exemple le directeur commercial ou technique). Ces personnes, tout en étant en même temps des témoins, devront nécessairement être présentes pour aider l'avocat à comprendre des aspects techniques (ou des questions dont eux seulement ont connaissance) et pour discuter les éventuelles décisions à prendre au cours de l'audience.

La participation de ces personnes au cours de l'audition est toujours admise par les arbitres.

Il est toutefois important de décider d'avance qui seront les personnes présentes pendant toute l'audience, pour éviter des discussions au dernier moment.

En ce qui concerne les témoins *stricto sensu*, il y a des situations dans lesquelles il apparaît opportun qu'ils soient entendus ensemble, en contradictoire. Ceci est certainement possible avec l'accord des parties et des arbitres.

3. – FAUT-IL UN CONTRÔLE PRÉALABLE SUR L'ADMISSIBILITÉ DES TÉMOIGNAGES ?

En ligne de principe les arbitres laissent aux parties la plus grande liberté de décider les témoins qu'elles entendent appeler et les thèmes sur lesquels ils devront être entendus. Ceci est assez différent dans beaucoup de juridictions nationales (de *civil law*). Ainsi, dans mon pays le juge décide d'avance les questions qu'il admet et celles qu'il refuse (ce qui est peu justifié lorsque le juge ne connaît pas bien l'affaire, ce qu'il arrive quelque fois).

En ce qui concerne l'arbitrage international, dans le passé – c'est-à-dire avant l'usage répandu des attestations écrites (*witness statements*) – on demandait tout au plus aux parties d'indiquer d'une façon très générale les arguments sur lesquels le témoin serait entendu. Dans ce contexte c'était essentiellement l'affaire de l'avocat de gérer son témoin et l'arbitre n'intervenait que dans des cas extrêmes (par exemple, questions offensives ou n'ayant rien à voir avec la controverse).

Dans les dernières années le système est devenu un peu plus rigide avec le recours de plus en plus répandu aux *witness statements*, qui oblige les parties à mieux définir les arguments abordés, en donnant par conséquent aux arbitres l'occasion pour se prononcer sur l'opportunité d'un certain témoignage.

En tout cas, je suis personnellement favorable à donner aux parties la plus grande liberté en matière et à n'intervenir que pendant l'audition dans le cas où cela s'avérerait indispensable.

4. – TÉMOIGNAGE ORAL OU ÉCRIT ?

Je suis personnellement convaincu que, pour comprendre réellement une controverse l'arbitre doit avoir eu la possibilité de «regarder dans les yeux» les protagonistes de celle-ci, c'est-à-dire les personnes (parties et/ou témoins) qui ont joué un rôle décisif dans l'affaire. Il est donc essentiel pour l'arbitre qui veut comprendre à fond la controverse de pouvoir les entendre directement et, surtout, de leur poser les questions nécessaires afin d'éclaircir ce que qu'ils n'ont pas été capables d'expliquer (ou ce qu'ils ont voulu laisser dans l'ombre).

L'arbitre qui désire se faire une idée concrète de la controverse cherchera – même lorsque les parties préfèrent se concentrer sur des preuves écrites – d'inviter les parties à lui donner la possibilité d'entendre les personnes ayant eu une participation directe aux faits donnant lieu à la controverse.

Il est par conséquent évident que le témoignage écrit en tant que tel doit être refusé. Au contraire, une attestation écrite (*witness statement*), qui sera vérifiée au cours de l'audience en interrogeant directement le témoin, est en train de devenir la formule courante dans l'arbitrage international.

4.1. *Les witness statements :
utiles ou inutiles ?*

Il est fréquent que les arbitres demandent aux parties de soumettre des *witness statements* à soutien de leurs allégations, au lieu de se limiter à indiquer dans leur mémoire le nom d'un témoin sous l'allégation qu'ils entendent prouver.

La déclaration écrite du témoin a certainement l'avantage de permettre à l'autre partie et aux arbitres de se faire une idée de ce qu'il va dire à l'audience. Il va sans dire que les attestations écrites ne seront pas considérées sans qu'ils soient confirmés à l'audience, avec possibilité d'un contre-interrogatoire par l'autre partie et par les arbitres (sauf, évidemment, lorsque les deux parties y renoncent, ce qui peut arriver pour des questions non controversées).

Il y a toutefois un certain risque que le recours aux attestations écrites ait l'effet de restreindre la liberté des arbitres et des parties dans leur recherche de la vérité.

Ainsi, serait-il dangereux de limiter les demandes aux arguments formant l'objet de la déclaration.

Si cette limitation peut être considérée raisonnable pour l'interrogatoire direct (*direct examination*), par l'avocat de la partie qui a présenté le témoin, afin d'éviter des «surprises» à l'autre partie, elle ne le serait pas pour les arbitres, qui doivent pouvoir poser toute question qu'ils croient utile.

Et, successivement, lors de la *cross examination*, et dans le cas où celle-ci aurait fait apparaître des questions nouvelles, il faudra reconnaître la plus grande liberté aux avocats et, naturellement, aux arbitres.

En d'autres mots, il est essentiel que l'instrument de la déclaration écrite préalable ne devienne un moyen pour limiter la libre recherche de la vérité avec tout moyen raisonnable.

Ce qui n'exclut pas que l'arbitre devra être prêt à empêcher toute action déloyale ou peu correcte dans le cours de l'audition des témoins.

Je crois que avec ces précautions l'utilisation des attestations écrites soit une pratique qui doit être approuvée. Ce qui n'exclut pas, que dans certaines situations il peut être opportun – en tenant compte des caractéristiques des parties et de leurs avocats – de ne demander que l'indication des témoins et des thèmes sur lesquels il seront entendus.

4.2. *Qui prépare le witness statement?*

Il est désormais établi que dans la plupart des cas le *witness statement* est préparé avec l'assistance (ou même directement par) l'avocat qui appelle le témoin.

Je sais que cela peut apparaître choquant pour des juristes de *civil law*, pour lesquels l'avocat ne devrait pouvoir discuter avec le témoin ce qu'il va dire, mais c'est la réalité dans l'arbitrage international.

Il est important de noter que le risque que le témoin soit influencé par l'avocat qui l'aide dans la préparation de la déclaration écrite sera normalement neutralisé par le droit de l'autre partie de procéder à la *cross examination*. Il est donc préférable que l'on fasse ressortir clairement que l'avocat a participé à la rédaction de l'attestation écrite, après avoir vérifié que c'est ce que les arbitres s'attendent, plutôt que de faire semblant que le témoin l'a rédigé tout seul.

Naturellement, l'avocat ne devra pas influencer le témoin mais seulement l'aider à exprimer clairement ce qu'il veut dire. Mais cela est un argument qui sera repris plus tard par mon collègue Pascal Hollander.

5. — QUAND ET OÙ RÉGLER LES MODALITÉS DE LA PREUVE PAR TÉMOINS ?

Les modalités de la preuve par témoins peuvent être réglées dès le commencement de la procédure arbitrale dans l'acte de mission (s'il s'agit d'un arbitrage CCI) ou dans une ordonnance de procédure.

Il est aussi possible d'informer les parties par une lettre ou par une ordonnance avant l'audience.

Enfin, certains aspects pourront aussi être décidés à l'audience.

Il n'y a pas de règles pré-établies. Certains arbitres aiment définir dans le détail toutes les questions qui pourraient se poser dans le cours de la procédure, par le moyen d'une ordonnance de procédure qui ressemble plutôt à un petit code de procédure. D'autres préfèrent régler les questions de procédure au fur et mesure qu'elles sont soulevées, sans se lier à des règles rigides qui pourraient s'avérer peu appropriées dans le cas d'espèce.

Comme toujours, la solution idéale est un compromis entre les deux extrêmes.

En outre l'arbitre cherchera toujours d'obtenir l'accord des parties sur les règles de procédure qu'il entend établir, en exerçant — si néces-

saire – son autorité pour les convaincre. Ce qui n'exclut pas qu'il fera recours à son pouvoir de décider lui-même les questions de procédure lorsque les parties ne sont pas disposées à accepter ses propositions.

6. – L'ORGANISATION DE L'AUDIENCE

L'audience dans laquelle seront entendus les témoins (y inclus les parties) impose la solution d'une série de problèmes pratiques. Je vais examiner ici quelques-uns des plus communs.

6.1. *Indication préalable des personnes participant à l'audience*

Il est normal que les arbitres demandent aux avocats des parties de leur communiquer en avance les noms et autres détails des personnes qui seront appelées à participer à l'audience et leur rôle (témoin, représentant d'une partie, expert).

Ceci peut aussi être l'occasion pour établir quelles personnes seront présentes pendant toute l'audience en tant que représentants des parties.

6.2. *Etablissement d'un programme de travail*

Sur la base des informations ci-dessus les arbitres chercheront d'établir un programme de travail.

Ainsi on pourra prévoir une discussion préalable sur les éventuelles questions de procédure soulevées en vue de l'audience, qui devra avoir une durée limitée.

Après, il est usuel (mais pas strictement nécessaire) de donner aux avocats des parties la possibilité d'une présentation orale, avec des limitations strictes quant à leur durée.

Pour l'audition des témoins, les arbitres chercheront de fixer d'avance une période (un jour? – dix jours?), si possible avec la prévision d'une prolongation éventuelle dans un jour que les parties préfèrent ne pas utiliser (comme samedi ou dimanche).

6.3. *Enregistrement ou transcript des dépositions?*

La solution qu'il faut certainement éviter est celle où l'arbitre résume par écrit ce que le témoin a dit. Ce système, utilisé par les tribunaux

dans certains pays, fait perdre du temps et risque de ne pas rendre correctement ce qui a été dit.

Le système plus simple et moins coûteux est d'enregistrer sur audio-cassette ou sur CDROM et de remettre une copie de l'enregistrement aux avocats des parties et aux arbitres.

Dans ce cas il n'y a pas un texte écrit, mais chacun peut écouter l'enregistrement et l'utiliser comme bon lui semble (par exemple dans les mémoires).

Le désavantage de cette solution est qu'il y a toujours le risque que l'enregistrement ne se réalise pas correctement (pour des raisons techniques) ou que le support magnétique soit perdu ou endommagé avant avoir été copié.

La solution préférable est certainement celle du «transcript» effectué par un *court reporter* professionnel, qui permet d'avoir la version textuelle des déclarations des témoins.

6.4. *Le problème de la langue*

Il est assez fréquent que les arbitres connaissent toutes les langues utilisées de préférence par les parties, ce qui leur permettra d'entendre les témoins dans leur langue maternelle.

Toutefois, cela ne permet pas de résoudre le problème.

En premier lieu, il arrive souvent que la langue d'une partie ne soit pas connue par l'autre partie ou par les avocats de celle-ci, ce qui rend nécessaire une traduction.

En second lieu, si on utilise un *court reporter*, celui-ci pourra transcrire le témoignage dans une seule langue.

Il sera par conséquent presque toujours nécessaire de choisir une seule langue comme langue de l'audience. Dans ce cas les témoignages de ceux qui ne parlent pas cette langue seront traduits et le texte traduit fera l'objet de transcription. Il est évident que la connaissance des deux langues par les arbitres pourra être un élément important pour garantir que la traduction soit correcte.

6.5. *Le rôle des avocats : la cross examination*

Même si on trouve encore des avocats qui voudraient que l'examen des témoins soit effectué exclusivement par les arbitres (les parties et leurs avocats devraient se limiter à suggérer des questions aux

arbitres), on peut désormais considérer comme un principe bien établi dans l'arbitrage international que les témoins soient interrogés par les avocats : en premier lieu par l'avocat qui a présenté le témoin (*direct examination*) et après par l'avocat de l'autre partie (*cross examination*) et éventuellement encore par le premier avocat, sur des questions évoquées dans le contre-interrogatoire (*redirect examination*).

Il faut toutefois noter qu'il y a encore un certain préjudice des avocats de *civil law* contre la *cross examination*. Ceci est à mon avis justifié si l'on se réfère à une certaine forme de *cross examination* agressive, pratiquée surtout dans les juridictions de *common law*, qui va au delà d'un simple interrogatoire visant à faire apparaître les contradictions du témoin ou à obtenir des précisions sur des aspects que le témoin a préféré laisser dans l'ombre.

En effet, dans le cas de la *cross examination* «agressive», l'avocat qui ne possède pas cette technique et qui n'a pas eu la possibilité de préparer son témoin à se défendre contre une attaque de ce genre, se trouve dans une position de disparité par rapport à son adversaire, ce qui ne devrait pas être admis dans un arbitrage international «multiculturel».

Dans une situation de ce genre, l'arbitre fera bien à inviter l'avocat qui fait recours à cette technique à tenir compte de l'environnement juridique (différent de celui de son pays) dans lequel il se trouve et par conséquent de modérer son approche.

7. — LE RÔLE DE L'ARBITRE PENDANT L'AUDITION DES TÉMOINS

Pendant l'audition des témoins un rôle essentiel de l'arbitre est celui de garantir que les parties soient traitées d'une façon équilibrée sans que l'une puisse s'avantager sur l'autre.

Ceci est assez simple lorsqu'il s'agit de décider de l'utilisation du temps disponible. L'arbitre cherchera d'empêcher qu'une partie dépasse les limites qui lui ont été accordées, tout en utilisant une certaine flexibilité. Ainsi, il est normal que l'on accorde plus de temps pour des témoignages plus importants et que l'on dépasse les limites fixées lorsque cela s'avère nécessaire.

Dans ces cas, l'arbitre devra être capable de déroger aux règles convenues (lorsque cela apparaît vraiment nécessaire), et de ré-établir l'équilibre par des concessions à la partie qui aurait été défavorisée.

Mais l'arbitre joue un rôle encore plus important lorsqu'il s'agit de contrôler les avocats (et les parties) lors de l'interrogatoire des témoins. Lorsqu'il s'agit d'une affaire qui touche directement les parties présentes à l'audience, il sera difficile de leur empêcher d'intervenir avec des questions ou des observations de leur part. Ceci n'est pas nécessairement à éviter, parce qu'une confrontation entre les parties peut quelque fois aider l'arbitre à mieux comprendre certains aspects de l'affaire (en particulier en ce qui concerne les relations entre les parties).

Il faut, à mon avis, une certaine flexibilité de la part de l'arbitre, permettant de maintenir une certaine spontanéité dans le déroulement de l'audience, à condition toutefois qu'il soit capable de maintenir le contrôle de la situation. En effet, il est essentiel que l'arbitre ait l'autorité nécessaire pour imposer des comportements corrects en arrivant jusqu'à suspendre l'audience dans le cas où cela serait nécessaire.

L'autre rôle de l'arbitre est évidemment celui de conduire l'audition de façon à obtenir tous les renseignements utiles pour la meilleure compréhension des faits. Pour ce faire l'arbitre devra avoir étudié à fond le dossier et devra avoir dressé une liste des points sur lesquels il faut demander des éclaircissements aux témoins.

L'arbitre laissera normalement les avocats libres de procéder à l'interrogatoire des témoins en se réservant d'intervenir à la fin. Toutefois, il devra pouvoir interrompre l'interrogatoire direct ou le contre-interrogatoire lorsqu'il s'aperçoit que certains aspects importants sont laissés dans l'ombre ou lorsqu'il croit apercevoir des malentendus. Ainsi il arrive quelque fois que l'avocat pose des questions strictement juridiques que le témoin ne comprend pas et que l'arbitre ait besoin d'intervenir pour traduire la question dans des termes compréhensibles au témoin non-juriste. Un autre cas où l'intervention de l'arbitre peut être utile se présente lorsqu'il s'aperçoit que la demande de l'avocat, ou la réponse du témoin n'a pas été traduite correctement.