

septembre / September 1986

**RAPPORT SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE MAI 1985 SUR LE  
FONCTIONNEMENT DE LA CONVENTION**

*établi par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**REPORT ON THE WORK OF THE SPECIAL COMMISSION OF MAY 1985 ON THE OPERATION  
OF THE CONVENTION**

*prepared by the Permanent Bureau*

**RAPPORT SUR LES TRAVAUX DE LA COMMISSION SPÉCIALE DE MAI 1985 SUR LE  
FONCTIONNEMENT DE LA CONVENTION**

*établi par le Bureau Permanent*

\* \* \*

**REPORT ON THE WORK OF THE SPECIAL COMMISSION OF MAY 1985 ON THE OPERATION  
OF THE CONVENTION**

*prepared by the Permanent Bureau*

La Commission spéciale chargée d'étudier le fonctionnement de la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, s'est réunie pour la deuxième fois à La Haye du 28 au 31 mai 1985, sous la présidence de M. T. B. Smith, Expert du Canada, assisté de M. P. Volken, Expert de la Suisse, élu Vice-président.

La première réunion de la Commission spéciale relative à la Convention s'était tenue du 12 au 15 juin 1978, également sous la présidence de M. T. B. Smith.

Bien que plusieurs sujets délicats aient été inclus, cette fois encore, la Commission spéciale est parvenue à traiter les différents points de son programme avec succès. La réunion comptait près de quarante experts qui représentaient, respectivement, treize des dix-sept États qui sont actuellement Parties à la Convention (République fédérale d'Allemagne, Danemark, États-Unis, Finlande, France, Italie, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède, Royaume-Uni et Tchécoslovaquie), sept États qui étaient Membres de la Conférence, mais ne sont pas Parties à la Convention (Argentine, Australie, Canada, Irlande, Japon, Suisse et Uruguay), trois États, ni Parties à la Convention, ni Membres de la Conférence (Chili - admis comme Membre de la Conférence -, République populaire de Chine et Swaziland) ainsi qu'une organisation internationale (le *Commonwealth Secretariat*). Cette fois aussi, les experts provenaient des organes gouvernementaux responsables de l'application de la Convention, en outre, assistaient à la réunion des experts en matière d'arbitrage et de droit de la concurrence, matières qui firent l'objet d'un échange de vues.

Conformément au mandat donné à la Commission par la Quinzième session (1984) de la Conférence de La Haye, les travaux de la Commission spéciale furent divisés en trois parties : I Fonctionnement de la Convention, II Echange de vues sur la possibilité d'utiliser la Convention pour l'obtention de preuves à l'étranger dans le cadre de procédures d'arbitrage, III Echange de vues sur la possibilité d'une coopération internationale en matière de preuves à propos de questions relevant du droit de la concurrence.

## **I. FONCTIONNEMENT DE LA CONVENTION DU 18 MARS 1970 SUR L'OBTENTION DES PREUVES À L'ÉTRANGER EN MATIÈRE CIVILE OU COMMERCIALE**

La réunion débuta par un tour de table qui fit apparaître que, dans l'ensemble, la Convention n'avait pas fait surgir de problèmes majeurs et que son application était satisfaisante. On s'accorda toutefois à reconnaître que la Convention n'était pas suffisamment utilisée. Il y avait lieu de le regretter, car son utilisation contribuerait notablement à réduire les frais de justice.

### *§ 1* *Domaine de la Convention*

A Portée de la notion "matière civile ou commerciale"

1 Procédure de faillite

La question a été soulevée de savoir si une commission rogatoire présentée par une juridiction étrangère statuant en matière de faillite relevait de la "matière civile ou commerciale". Dans certains États, les États-Unis par exemple, il existe des tribunaux spécialisés en matière de faillite. Les experts estimèrent qu'une distinction devait être faite entre les instances pénales liées au comportement délictueux du failli - ou des organes d'une société déclarée en faillite -, lesquelles sortent du champ d'application de la Convention et les procédures de faillite en tant que telles qui, partout, sont rattachées au droit civil et commercial et tombent dans le champ d'application de la Convention.

2 Distinction entre les matières "civiles ou commerciales" et la matière "administrative"

Cette question avait déjà été soulevée lors de la première réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention (*cf. supra*, p. 64). Les experts se sont montrés d'accord pour considérer que l'on ne pouvait distinguer précisément entre ces

deux types de procédures. La complexité de la situation est accentuée par le fait que, si une demande de preuve peut émaner d'un tribunal administratif à propos de questions de nature civile, cette demande pourrait tout aussi bien provenir d'une juridiction civile, à la requête d'un organe administratif partie à un procès civil.

On a signalé à l'attention des participants la décision de la *High Court of Justice* anglaise (*Queen's Bench Division*) du 23 février 1984 dans l'affaire *Securities and Exchange Commission* c. plusieurs acquéreurs non identifiés, du capital et d'options d'achat du capital de *Santa Fé International Corporation et autres* (communément appelé arrêt Santa Fé). Dans cette affaire, la Cour reconnut implicitement qu'une commission rogatoire formulée par un tribunal des États-Unis dans une instance engagée par la *Securities and Exchange Commission*, avait un caractère civil ou commercial. Cette décision participe d'une attitude libérale quant à l'utilisation de la Convention dans des domaines se situant à la frontière des matières civiles ou commerciales, d'une part, et des matières administratives, d'autre part.

Tout comme en 1978, certains experts précisèrent qu'en pratique les juridictions de leurs pays acceptaient la qualification "civile ou commerciale" attribuée par les autorités requérantes en vertu de leurs propres catégories juridiques, par contre d'autres experts déclarèrent que ce caractère devait être déterminé conformément aux conceptions de l'État destinataire de la demande.

### 3 Utilisation des preuves obtenues selon la Convention dans des instances pénales

La question de savoir si les preuves obtenues selon la Convention pourraient être utilisées à l'occasion d'une instance pénale (qui dans certains pays, par exemple en République populaire de Chine, peut se dérouler, au premier degré, non devant une juridiction pénale, mais devant un tribunal administratif) dans l'État requérant, avait déjà, elle aussi, été évoquée lors de la première réunion de la Commission spéciale (cf. *supra*, p. 64).

Une délégation demanda quel serait l'effet d'une transmission de preuve assortie de la condition expresse que cette preuve ne soit produite que dans une procédure spécifique, à l'exclusion de toute autre procédure. A l'unanimité, la réponse a été qu'une telle condition n'aurait aucun effet, notamment en raison du fait que dans tous les systèmes judiciaires, les preuves sont disponibles aussi bien pour les parties que pour le tribunal.

#### B Notion d'"autorité judiciaire"

On s'est interrogé sur le point de savoir si, par exemple, l'*Attorney General* (ministère public) est une "autorité judiciaire" au sens de l'article premier de la Convention. Il ressort de la discussion que ce n'était pas nécessairement la dénomination de l'autorité qui était déterminante, mais plutôt la fonction exercée dans l'affaire en cause, laquelle doit avoir un caractère juridictionnel. De nombreux experts précisèrent que leurs Autorités centrales donnaient à ces termes une interprétation large.

#### C Communication de documents : moyens de contrainte

Tandis que les systèmes juridiques des pays de *common law* ainsi que des pays nordiques prévoient généralement la possibilité de recourir à la contrainte à l'encontre d'une partie à l'instance ou d'un tiers pour obtenir qu'il produise un document en sa possession, la plupart des pays de droit civil ne prévoient rien de tel. Les opinions se sont divisées sur la question de savoir si, aux termes de l'article 10 de la Convention, les juridictions d'un État requis appartenant à la catégorie des pays de droit civil, pouvaient se refuser à exercer des moyens de contrainte pour obtenir la communication de documents, ou si l'esprit de la Convention ne devait pas les inciter à rechercher dans leur législation les moyens de venir à l'aide de la juridiction étrangère. Le problème peut prendre un tour aigu, tout particulièrement quand l'État requis n'a pas fait une réserve totale en vertu de l'article 23 de la Convention.

La décision de l'*Oberlandesgericht* (Cour supérieure de *Land*) de Munich du 27 novembre 1980 (voir *infra*, Quatrième partie, No 12, p 142 et 143) montre que même dans le cas où l'État requis, tel la République fédérale d'Allemagne, a émis une réserve totale en vertu de l'article 23, il est possible d'obtenir des renseignements sur des documents qui ne pourraient être remis ou communiqués par la voie de l'interrogatoire force de tiers pris en leur qualité de témoins relativement au contenu de ces documents.

## D Extension de la Convention

La délégation française proposa l'utilisation des mécanismes de la Convention pour l'échange de renseignements sur le droit étranger entre les Autorités centrales. La Commission spéciale n'a pas appuyé la proposition dans la mesure où il en résulterait une obligation pour les Autorités centrales. Certains experts renvoyèrent à la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger (Londres, 7 juin 1968), laquelle est en vigueur entre de très nombreux Membres de la Conférence et qui traite de certains aspects de la proposition française. Un accord apparut néanmoins pour considérer que les Autorités centrales restaient évidemment libres d'échanger de façon informelle des informations de cette nature, et en particulier des renseignements afférents à leurs droits respectifs et à l'état de la procédure dans leur pays.

### § 2 *Transmission des commissions rogatoires*

#### A *Autorités chargées de la transmission - Centralisation ou décentralisation ?*

Comme en 1978, on s'est aperçu que les pratiques sur ce point n'étaient pas uniformes. Dans certains États, la juridiction saisie du litige transmettait les demandes d'obtention de preuves directement à l'Autorité centrale étrangère. Dans la plupart des autres États, les demandes étaient transmises à l'étranger par l'intermédiaire de l'Autorité centrale nationale. Des arguments pour et contre chacune de ces techniques furent échangés sans que l'on parvienne à une entente sur une solution déterminée.

#### B *Problème des langues*

Le problème des traductions défectueuses a été soulevé. De telles traductions sont cause de difficultés dans l'établissement des instructions à donner aux autorités exécutant les commissions et, par là, source d'éventuelles lenteurs. Il a cependant été relevé que la qualité de la traduction est liée à la qualité des traducteurs dont peut disposer la juridiction de l'État requérant.

#### C *Formule modèle*

La première Commission spéciale avait recommandé l'emploi d'un modèle de commission rogatoire (*cf. supra*, p. 69-70). Certains experts avaient signalé le fait que la formule modèle n'était pas d'un usage fréquent et que la généralisation de son emploi pourrait contribuer à une mise en œuvre plus efficace des commissions rogatoires. En outre, on proposa d'améliorer le modèle existant. On attira l'attention des participants sur le Protocole additionnel à la Convention interaméricaine sur l'obtention des preuves à l'étranger, adopté à La Paz le 24 mai 1984, dont les formules sont plus détaillées. Contrairement à ces dernières qui forment partie intégrante du Protocole OAS, le modèle préconisé par la Commission spéciale de 1978 n'est pas incorporé au traité ; il est tout à fait facultatif.

La Commission spéciale avait ainsi toute liberté pour amender le modèle. Un comité de rédaction restreint, présidé par M. G. Möller (Finlande) et composé de MM. Volken (Suisse), Epstein (États-Unis), Böhmer (République fédérale d'Allemagne), Gérard (Luxembourg) et Meijknecht (Pays-Bas), proposa un certain nombre de modifications au modèle adopté en 1978. Le modèle, dans sa version révisée, est annexé au présent rapport. Mis à part un certain nombre de changements de pure forme, le modèle a été complété des rubriques suivantes : une nouvelle mention 4 demande que soit précisée par l'autorité requérante la date limite à laquelle celle-ci entend recevoir la réponse à sa commission rogatoire et que soient spécifiées les raisons d'une urgence particulière. Ceci afin d'attirer l'attention sur d'éventuelles circonstances particulières qui nécessitent une procédure accélérée, et d'obtenir une action rapide là où le besoin en est justifié. L'adjonction de la mention 5 c ne nécessite pas d'explication. Quant à la mention 6, son intitulé engage désormais à identifier tout représentant des parties sur le territoire de l'État requis. Il serait en effet très utile que l'Autorité centrale réceptrice ainsi que le tribunal chargé d'y donner suite puissent, dans cette hypothèse, avoir un avocat sur place auquel s'adresser. Des retards pourraient ainsi être évités. Aux lettres *a*, *b* et *c* de la mention 6, il est maintenant demandé des précisions sur les représentants des parties au procès dans l'État requérant. De nouveaux exemples de litiges susceptibles de donner lieu à

l'envoi de commissions rogatoires ont été ajoutés à la mention 7 afin de favoriser une plus grande précision dans la définition de l'instance ; il est suggéré d'établir un résumé de la demande, des moyens de défense et, le cas échéant, de toute demande reconventionnelle comme de tout autre renseignement ou document indispensable. Il peut être utile, par exemple, de joindre copie des jugements qui détermineraient la nature et les particularités des preuves recherchées, dans la mesure où cela pourrait être utile à l'Autorité centrale réceptrice ou à la juridiction exécutant la commission. Une mention supplémentaire, 8 *b*, se rapporte au but des actes d'instruction ou des actes judiciaires à accomplir. Ceci tend à viser spécialement le cas des demandes de communication de documents dans la procédure de "pre-trial discovery"<sup>1</sup>, pour lesquelles il est utile de préciser le lien existant entre l'information recherchée et le litige en cours dans l'État requérant. La Commission spéciale a insisté sur le fait que la formule modèle est simplement une aide et qu'en définitive c'est le texte de la Convention, particulièrement son article 3, qui est décisif.

### § 3 Réception et exécution des commissions rogatoires

#### A Question des délais

Il ressort des discussions que le délai moyen pour l'exécution d'une commission rogatoire allait de un à six mois, compte tenu de facteurs tels que la présence ou non d'un avocat, l'encombrement des juridictions et l'existence de recours contre la décision relative à l'exécution de la commission rogatoire – possibilité offerte par certains systèmes et non par d'autres. Un certain nombre d'experts indiquèrent que l'Autorité centrale de leur pays pouvait, par un processus accéléré, traiter les demandes urgentes (*cf.* également l'actuelle mention 4 de la formule modèle modifiée).

#### B Méthodes ou procédures spéciales (article 9, alinéa 2)

L'article 9, alinéa 2, prévoit que si l'autorité requérante a fait savoir que l'instruction devait être effectuée selon telle procédure particulière, celle-ci doit être suivie, à moins qu'elle ne soit incompatible avec la loi de l'État requis ou que son application ne soit pas possible en raison de difficultés pratiques. Cette disposition est fort utile, car elle permet de surmonter les divergences séparant les différents systèmes de procédure. La discussion a fait apparaître que les États parties à la Convention étaient favorablement disposés à admettre l'application sur leur territoire de la procédure de l'un ou de l'autre d'entre eux. Par exemple, les experts de la République fédérale d'Allemagne déclarèrent que, bien que le Code de procédure civile de leur pays ignore les modalités des méthodes d'obtention des preuves de la *common law*, la juridiction requise, si elle en était priée, autoriserait l'enregistrement d'un témoignage en sténographie ou par d'autres moyens, tel le magnétophone. De même, le tribunal, s'il en était sollicité, ferait prêter serment au témoin, ordonnerait que la transcription du témoignage soit faite par écrit, qu'elle soit lue au témoin et qu'elle soit signée par lui ; il certifierait le caractère précis et fidèle du témoignage enregistré et garantirait que toutes les objections formulées par une partie ou par un témoin à l'encontre de la manière selon laquelle la déposition a été prise figureraient dans les minutes. Les parties peuvent être assistées de leur propre avocat et de leur propre interprète ; sinon, la juridiction charge des interprètes assermentés de la traduction. Qui plus est, le double interrogatoire (*cross-examination*) des témoins est autorisé sous le contrôle du juge requis. L'expert français, de son côté, fit référence aux dispositions nouvelles du Code de procédure civile (articles 739 et 740) conçues spécialement pour mettre la législation en conformité avec l'article 9, alinéa 2, de la Convention. L'article 739, alinéa 2, prévoit désormais : "Si demande en est faite dans la commission rogatoire, les questions et les réponses sont intégralement transcrites ou enregistrées." Et l'article 740 dispose : "Les parties et leurs défenseurs, même s'ils sont étrangers, peuvent, sur autorisation du juge, poser des questions, celles-ci doivent être formulées ou traduites en langue française, il en est de même des réponses qu'on leur fait."

En fait, il est apparu que les juridictions des pays de droit civil permettaient que les dépositions soient effectuées suivant les règles de *common law*, si demande en était faite, alors même qu'elles pouvaient parfois éprouver des difficultés dans la conduite du double-interrogatoire, ou devoir affronter des problèmes causés par la procédure

fastidieuse de transcription mot pour mot des témoignages D'autre part, les experts des États-Unis ont fait mention d'un cas dans lequel les États-Unis acceptèrent qu'un collège de juges d'Allemagne fédérale préside, suivant leur demande, une audition de témoin tenue à New York Le témoin fut interrogé par les juges allemands selon la procédure judiciaire de la République fédérale d'Allemagne De même, les États-Unis se conforment-ils aux procédures particulières demandées par les Autorités centrales d'autres États pour la réalisation de prélèvements sanguins sur des témoins à l'occasion d'actions en recherche de paternité.

#### C Dispense ou interdiction de déposer (article 11 de la Convention)

Les discussions ont montré qu'aucun problème ne paraissait surgir lorsque la dispense invoquée s'appuyait sur la législation de l'État d'exécution de la commission. Par contre, lorsque la dispense est fondée sur la législation de l'État d'origine, des problèmes peuvent apparaître, en particulier du fait de la difficulté à prouver l'existence de la dispense dans le droit de cet État. Il peut en résulter un retard notable dans l'exécution de la commission et dans le déroulement de l'instance, par voie de conséquence

#### D "Lois de blocage"

Un certain nombre de pays réagissant contre ce qui leur apparaît comme des abus engendrés par certaines formes de procédures de "*pre-trial discovery*", combinées au surplus avec des affirmations exorbitantes de compétence de la part de certaines juridictions ont adopté, depuis la réunion de 1978, un grand nombre de lois interdisant la production de preuves à l'étranger ou prévoyant qu'une injonction puisse interdire une telle communication On a fait remarquer que ces lois de blocage, pour être compatibles avec la Convention, devaient respecter les limites fixées en son article 12 A ce propos, plusieurs experts, fondant leur interprétation sur la version française de l'article 12 ("compétence judiciaire exclusive dans l'affaire en cause", firent valoir que le sens à donner à l'expression "*exclusive jurisdiction over the subject-matter of the action*" devait être plutôt celui de compétence judiciaire que de compétence législative de l'État requis

#### § 4 Procédures de "*pre-trial discovery of documents*"

La question du "*pre-trial discovery of documents*", la réserve à l'article 23 y afférente et la relation avec les "lois de blocage" constituèrent le nœud des discussions de cette session.

Les experts des pays de *common law* représentés à la Session, expliquèrent une fois encore ce que l'on entendait par procédure de "*pre-trial discovery of documents*" et firent état des nouveaux développements depuis 1978.

Les experts des États-Unis soulignèrent, comme en 1978, le fait que l'expression "*pre-trial*", littéralement, ne signifie pas "avant le début de l'instance". Il n'est possible de diligenter la procédure de recherche des faits qu'une fois le procès civil engagé, c'est-à-dire après enrôlement de la demande et signification au défendeur (*cf.* Règle 3ème et suivantes des *U.S. Federal Rules of Civil Procedure* (Réglementation fédérale de procédure civile)). Sans doute, la recherche des faits, des témoins, *etc.*, appartient-elle aux parties elles-mêmes, et non aux tribunaux comme c'est généralement le cas dans les pays de droit civil, il est vrai aussi que les tribunaux ne seront amenés à intervenir que si les parties ne se mettent pas d'accord entre elles La procédure n'en est pas moins soumise aux *Federal Rules of Civil Procedure* ainsi qu'aux règles de procédure civile des États établies en fonction des "*Federal Rules*". Ces textes prévoient, en particulier, une protection contre les investigations abusives. L'obligation de fournir des témoins n'a pas un caractère absolu, des objections, des dispenses sont recevables à son encontre. De même, une partie peut s'adresser à la juridiction compétente pour obtenir d'être soustraite à l'obligation de communication, par exemple s'il s'agit de dévoiler des secrets commerciaux. En outre, des dispositions prévoient la possibilité pour les tribunaux de délimiter la "*discovery*" dans des réunions où sont consultées les parties. De nombreuses cours fédérales ont restreint le droit de "*discovery*" et, en 1983, des amendements à la législation fédérale ont été adoptés (en particulier, les *Rules 26 (b) (1), (c) et (g)*). Selon la *Rule 26 (b) (1)*, dans sa rédaction actuelle, le tribunal doit, de sa propre initiative ou à la requête d'une partie, restreindre la fréquence ou l'étendue de la "*discovery method*", dès lors que la juridiction considère, notamment, que la "*discovery*" aurait un caractère

anormal ou se révélerait excessivement lourde ou coûteuse ; en vertu de la *Rule 26 (g)* dans sa version actuelle, toute demande de "*discovery*" ou toute réponse qui y est faite, doit désormais porter la signature de l'avocat, lequel certifie que la demande est conforme aux règles de procédure civile, qu'elle ne poursuit pas de buts illicites, qu'elle n'est ni anormale ni excessivement lourde ou coûteuse. Les experts américains soulignèrent le fait que ces modifications étaient insuffisamment connues, même des avocats américains, qu'elles étaient sous-utilisées, alors qu'elles offraient cependant le moyen de refréner efficacement les déviations transformant ces procédés en "*fishing expeditions*" (chasse à l'information).

Les experts du Royaume-Uni ont fait remarquer que, si la procédure de "*discovery*" avait le même objectif général devant les tribunaux américains et devant les tribunaux anglais, elle avait chez ceux-là un champ d'application plus étendu à certains égards, particulièrement s'agissant de leur application à des tiers. Les juridictions anglaises, sauf dans quelques rares catégories de cas, n'admettent pas que la "*discovery*" soit imposée à des tiers (l'exception existante a principalement pour objet de permettre à la victime d'un accident, si elle le désire, d'avoir connaissance de son dossier hospitalier). Quand il s'agit des parties au litige, elles doivent faire connaître, en régie générale, a) les documents qui ont le caractère de preuves recevables en justice ou qui infirment certains des faits controversés (les faits de la cause), b) les documents qui, tout en ne valant pas preuve par eux-mêmes, "contiennent des éléments qui peuvent permettre à l'autre partie soit de conforter sa cause, soit de ruiner celle de son adversaire, dans le cas où le document est clairement de nature à mettre cette autre partie sur la voie d'investigations qui auraient l'un de ces deux effets".

Ces considérations étaient présentes à l'esprit du Royaume-Uni au moment de la déclaration au titre de l'article 23. Cette déclaration tend à empêcher qu'une partie, usant de la technique de "*discovery*", ne la transforme en "*fishing expedition*" en réclamant la production de pièces non précisément identifiées, pouvant ou non se trouver en la possession de telle personne et qui pourraient ne pas nécessairement avoir de rapport direct avec l'instance ; il pourrait ainsi s'agir de documents dont la teneur permettrait d'engager une suite d'enquêtes qui, elle, conduirait à la découverte de pièces intéressantes pour le procès. La position du Royaume-Uni est éclairée par l'arrêt *Westinghouse Uranium* (*infra*, p. 146-147) ainsi que, plus récemment, par les arrêts rendus dans l'affaire *Re Asbestos Insurance Coverage* [1985] 1 *All E.R.* 716, [1985] *W.L.R.* 331.

Il a été précisé par les experts des pays de droit civil qu'eu égard à l'absence de procédés semblables dans leurs systèmes, les tribunaux et les juristes seront généralement plus prompts à considérer les procédures de "*pre-trial discovery of documents*" comme anormales ou exagérément lourdes que les juristes des États-Unis, particulièrement si elles s'accompagnent de revendications abusives de compétence juridictionnelle. C'est la raison pour laquelle, à leurs yeux, une forme ou une autre de réserve à l'article 23 était nécessaire. La plupart de ces experts se sont néanmoins montrés partisans d'une réserve limitée selon ou bien le modèle de la déclaration adoptée par le Royaume-Uni au titre de l'article 23, ou bien de la réserve figurant à l'article 16 du Protocole additionnel de la Convention interaméricaine sur l'obtention des preuves à l'étranger, adoptée à La Paz le 24 mai 1984.

La discussion montra aussi que d'importants problèmes avaient surgi en raison de la coexistence de "lois de blocage" et de la réserve à l'article 23. De fait, la combinaison de "lois de blocage" et d'une réserve générale, illimitée, à l'article 23 peut avoir pour effet de paralyser la Convention et a conduit les tribunaux des États-Unis à ne pas utiliser la Convention.



Voir, en outre, ci dessous, § 7.

§ 5 *Intervention par des agents diplomatiques ou consulaires et par des commissaires (Chapitre II de la Convention)*

Sur cette question, la discussion a montré qu'il y avait peu, sinon aucun, problème en pratique. Compte tenu de ce fait, plusieurs experts firent savoir que leur pays pourraient revoir la nécessité de déclarations excluant l'application de l'article 17 et, plus généralement, la pratique suivie au titre du chapitre II.

Certains pays, de droit civil en particulier, considèrent les opérations d'instruction effectuées sur leur territoire comme des actes judiciaires qui, à défaut d'autorisation spéciale, doivent être réalisés par leurs magistrats, tandis que d'autres pays, de *common law* en particulier, permettent qu'il soit procédé spontanément à des actes d'instruction à l'égard d'une autre personne sans autorisation préalable. Dans les pays où une autorisation préalable est requise, la pratique varie largement ; certains pays recourent à des sanctions pénales si l'instruction est menée officiellement sans permission (la Suisse, par exemple) ou expulsent éventuellement les personnes qui se livreraient à de tels actes, tandis que d'autres pays ne recourent à aucune sanction.

§ 6 *Les procédures d'instruction à l'étranger prévues par la Convention ont-elles un caractère exclusif ?*

Il s'agissait d'une question nouvelle qui n'avait pas encore été posée lors de la réunion de 1978. Les experts des États-Unis ont expliqué que, comme le montrent les affaires résumées dans la Quatrième partie (*infra*, p. 130 s.), devant les juridictions des États-Unis est apparu le problème de savoir si la Convention constitue l'unique méthode pour l'obtention de preuves situées dans d'autres États parties à la Convention. Beaucoup de tribunaux des États-Unis ont jugé que le traité, sans avoir un caractère exclusif, devait recevoir application en vertu de la courtoisie internationale. D'autres tribunaux ont décidé que le traité ne se substituait pas aux *Federal Rules of civil procedure* américaines lorsque le tribunal avait compétence judiciaire à l'égard de la partie sollicitée de fournir les preuves. Par contre, les experts de la République fédérale d'Allemagne indiquèrent que, suivant l'opinion de leur pays, la Convention était d'application exclusive, dès lors que les tribunaux d'un État contractant ordonnaient la déposition de témoins ou la production de documents dans un autre État contractant, parce que, là, la souveraineté de ce pays pouvait être en jeu. Quand le tribunal d'un État contractant ordonne la déposition de témoins ou la production de pièces dans son propre pays, la Convention, bien que d'application non exclusive, devrait être utilisée en premier lieu, avant d'avoir recours aux règles purement internes relatives à l'instruction à l'étranger. Les opinions divergeant au sein de la délégation, on ne put parvenir à aucun consensus à ce stade. Voir aussi le paragraphe suivant.

§ 7 *Conclusion sur les points les plus controversés que l'application de la Convention soulève*

Les experts se sont mis d'accord sur les conclusions ci-après, tirées de la réunion :

1 Les débats ont clairement fait ressortir que, pour un grand nombre d'États, le besoin d'une réserve pour prévenir les abus auxquels peuvent aboutir les procédures de "pre-trial discovery of documents" est manifeste. Néanmoins, l'adoption d'une réserve générale, telle que prévue par l'article 23 semble excessive et être au détriment du bon fonctionnement de la Convention.

2 L'évolution qui s'est fait jour depuis 1978, et qui a amené certains États à limiter leur réserve, gagne du terrain et la plupart des États sont aujourd'hui d'accord d'adopter – ou, pour ceux qui ne l'ont pas encore fait, de limiter – leur réserve dans le sens de la formule utilisée par le Royaume-Uni ou de celle du Protocole élaboré sous l'égide de l'Organisation des États Américains.

3 La question de l'exclusivité de la Convention reste controversée. Selon l'interprétation de certains États, la Convention n'établit pas, selon son texte, un canal

exclusif pour l'obtention des preuves à l'étranger. Toutefois d'autres États considèrent que l'obtention des preuves sur leur territoire est un acte judiciaire qui, s'il est effectué en l'absence d'autorisation, viole leur souveraineté, et en conséquence l'application de la Convention sur leur territoire prend nécessairement pour eux un caractère exclusif.

4 Les lois interdisant la production de preuves à l'étranger, généralement connues comme "lois de blocage", dont beaucoup ont été adoptées depuis la réunion de la Commission spéciale de 1978, sont pour partie une réponse à ce qui a été perçu dans certains pays comme des revendications exorbitantes de compétence par les tribunaux d'autres pays. De telles lois constituent cependant un facteur de complication et soulignent le besoin de solutions à long terme fondées sur une entente internationale.

5 L'effet combiné d'une loi de blocage et d'une réserve générale en vertu de l'article 23, lorsque toutes deux sont adoptées par un État, peut aboutir à décourager l'utilisation de la Convention de La Haye par d'autres États.

6 La Commission spéciale est unanimement d'avis que l'utilisation de la Convention devrait être encouragée, puisque son emploi peut être une aide pour éviter des conflits.

## **II. ÉCHANGE DE VUES SUR LA POSSIBILITÉ D'UTILISER LA CONVENTION POUR L'OBTENTION DE PREUVES À L'ÉTRANGER DANS LE CADRE DE PROCÉDURES D'ARBITRAGE**

L'opportunité d'étudier ce sujet a fait l'objet d'une réflexion commune avec la CNUDCI ; aussi, le but principal des discussions menées par la Commission spéciale sur cette question, a-t-il été de déterminer s'il était techniquement possible d'utiliser les mécanismes de la Convention dans des procédures d'arbitrage. S'agissant de l'opportunité d'employer la Convention à cette fin, un certain nombre d'experts furent d'avis que dans la pratique le besoin d'un tel instrument ne s'imposait pas. D'après certains experts, dans un contentieux soumis à l'arbitrage, il serait loisible à l'arbitre comme aux parties de faire usage de la Convention telle quelle, en adressant leur demande aux juridictions des pays dans lesquels le tribunal arbitral siégerait. A ce propos, les experts des pays nordiques et ceux des États-Unis précisèrent qu'en vertu de leur droit interne, les tribunaux pouvaient apporter leur soutien dans l'obtention de preuves à l'étranger à l'occasion de procédures arbitrales.

Les conclusions établies à propos des aspects techniques d'une extension de la Convention aux procédures arbitrales sont les suivantes :

1 Les opinions sont divergentes quant à la question de savoir si un protocole éventuel à la Convention devrait prévoir que les requêtes visant à l'obtention des preuves à l'étranger devraient être adressées à une Autorité centrale expéditrice dans le pays du siège du tribunal d'arbitrage ou pourraient être adressées directement à l'Autorité centrale du pays où l'obtention des preuves doit avoir lieu.

2 Il est généralement admis qu'un tel protocole prévoie la faculté d'une instruction à l'étranger au moyen de commissaires (*of.* article 17 de la Convention).

3 Un consensus est apparu pour estimer qu'il serait difficile, sinon impossible, pour fixer l'étendue dudit protocole, de faire une distinction entre les différents types de tribunaux d'arbitrage existant dans la pratique, tels que les tribunaux fonctionnant sous les auspices d'institutions arbitrales ou les tribunaux appliquant ou non la réglementation de la CNUDCI.

## **III. ÉCHANGE DE VUES SUR LA POSSIBILITÉ D'UNE COOPÉRATION INTERNATIONALE EN MATIÈRE DE PREUVES À PROPOS DE QUESTIONS RÉLEVANT DU DROIT DE LA CONCURRENCE**

Les experts canadiens présentèrent la question qui avait été inscrite au programme de la Commission spéciale à la suite des propositions faites par leur gouvernement, d'abord à la Commission spéciale de 1984 sur les affaires générales, puis lors de la Quinzième session de la Conférence de La Haye. Se référant à l'arrêt Westinghouse et à la décision

de l'*Oberlandesgericht* de Munich du 27 novembre 1980 (*infra*, p. 142-143), la délégation canadienne a estimé que les procès antitrust, en tout cas tant que les parties au procès sont des particuliers (ou des organismes publics agissant en qualité de simples particuliers) relevaient des matières civile ou commerciale au sens de la Convention. Ces experts ont suggéré qu'il y aurait intérêt à compléter la Convention sur la preuve par des mécanismes de notification et de consultation sur le modèle de l'article 6 de l'Accord entre les États-Unis et l'Australie, relatif à la coopération en matière de lutte antitrust, signé à Washington le 29 juin 1982.<sup>1</sup>, et plus particulièrement sur celui des articles 4 et 11 du Mémoire d'accord entre les États-Unis et le Canada, relatif à la notification, la consultation et la coopération concernant l'application des lois antitrust nationales, et signé le 9 mars 1984.<sup>2</sup>

La discussion fait ressortir les points suivants :

*a* Certains États établissent une nette distinction entre, d'une part, le droit relatif à la concurrence déloyale, qualifié de matière civile ou commerciale et tombant par conséquent dans le champ d'application de la Convention et, d'autre part, la législation antitrust, qualifiée d'administrative ou de pénale et échappant donc au domaine de la Convention. La distinction n'est pas aussi nette dans d'autres États.

*b* Dans certains États, les procédures anti trust peuvent être engagées soit par des autorités publiques, soit par des particuliers ou des sociétés.

*c* Il s'ensuit qu'à l'égard des États qui connaissent la distinction nette énoncée ci-dessus (*a*), un protocole s'étendant aux matières administratives paraîtrait aller trop loin, tandis qu'à l'égard des États où la distinction est plus floue, un tel protocole serait très difficile à concevoir et serait peut-être même de nature à compliquer les choses.

*d* Quant aux procédures de consultation proposées par le Canada, leur nature est parue étrangère à l'objet même de la Convention, au point qu'il serait inopportun de les traiter par l'intermédiaire d'un protocole.

*e* Le caractère négatif de ces conclusions ne doit pas empêcher le Bureau Permanent de continuer ses études exploratoires en matière de concurrence (*cf.* Acte final de la Quinzième session de la Conférence de La Haye, B 2).

---

<sup>1</sup> L'article 6 de l'accord entre les États-Unis et l'Australie est ainsi conçu :

"Procès civils antitrust devant les tribunaux aux États-Unis

*Lorsqu'il apparaît au Gouvernement australien qu'un procès civil antitrust est en cours devant une instance judiciaire des États-Unis à propos d'une conduite, ou d'une conduite conforme à une directive du Gouvernement australien, qui a fait l'objet d'une notification et de consultations en vertu du présent accord, le Gouvernement australien peut demander au Gouvernement des États-Unis d'intervenir dans le procès. Le Gouvernement des États-Unis présente alors un rapport au tribunal sur le contenu et le résultat des consultations."* (traduction)

<sup>2</sup> L'article 4 de l'accord entre le Canada et les États-Unis est ainsi conçu :

"Consultation

*Chaque Partie peut demander des consultations lorsqu'elle estime qu'une enquête, une instance (y compris aux fins du présent alinéa un procès civil engagé sur le fondement des lois antitrust de l'une ou l'autre Partie), un 'business review', un avis consultatif ou une 'compliance procedure' fondés sur les lois antitrust, ou encore une mesure se rapportant à une telle enquête ou instance, risquent de porter atteinte à ses intérêts nationaux importants, ou nécessitent la recherche d'information sur son territoire. Ces demandes seront soumises et exécutées sans délai."* (traduction)

L'article 11 du même accord dispose ce qui suit :

"Procès civils antitrust

*1 Lorsqu'un -procès civil antitrust a été engagé devant un tribunal d'une des Parties à propos d'une conduite qui a fait l'objet d'une notification et de consultations en vertu du présent accord, la Partie devant le tribunal de laquelle le procès a été engagé informera le tribunal, si l'autre Partie le lui demande, du contenu et des résultats des consultations.*

*2 Lorsque la conduite sur laquelle porte un procès civil antitrust n'a pas fait l'objet d'une notification et de consultations en vertu du présent accord, la Partie devant le tribunal de laquelle le procès a été engagé peut, sur la demande de l'autre Partie ou de sa propre initiative, informer le tribunal des incidences que le procès peut avoir sur les intérêts nationaux de l'autre Partie, ou fournir au tribunal tout autre fait ou opinion qu'il juge utiles eu égard aux circonstances."* (traduction)