Haut Comité Juridique
de la Place financière de Paris

ANNEXES

du Haut Comité Juridique
de la Place Financière de Paris concernant
l'arbitrage en matière bancaire et financière

Le 31 janvier 2020

9 rue de Valois 75001 Paris - Tél.: 33 (0)1 42 92 20 00 - hautcomite@hcjp.fr - www.hcjp.fr

LISTE DES ANNEXES

« Arbitrage simplifié en matière bancaire et financière »

Composition du Groupe de travail.....3

ANNEXE 1 - Les chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris et le règlement judiciaire des litiges internationaux.....5

ANNEXE 2 - La médiation.....10

ANNEXE 3 - Conséquences du Brexit sur l'exequatur en France d'une sentence arbitrale et d'un jugement rendus au Royaume-Uni.....13

ANNEXE 4 - Comparaison des règlements AFA / CMAP / ICC.....19

ANNEXE 5 - Les clauses compromissoires dans les contrats-cadre de dérivés ISDA.....28

ANNEXE 6 - Principaux critères de choix entre l'arbitrage et la justice étatique retenus par les établissements bancaires et financiers français et les conséquences pour l'arbitrage simplifié.....32

ANNEXE 7 - Communication de l'Amafi à ses adhérents.....39

ANNEXE 8 - Problématique de l'administration de la preuve.....42

ANNEXE 9 - Tableau comparatif – Arbitrage accéléré proposé et chambre internationale du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris.....58

COMPOSITION DU GROUPE DU TRAVAIL

COMPOSITION DU GROUPE DE TRAVAIL
« Arbitrage simplifié en matière bancaire et financière »

PRÉSIDENT :

- **Alain LACABARATS,** Président de chambre honoraire à la Cour de cassation.

MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL :

- **Jérôme ABISSET,** directeur des affaires juridiques, AFG,
- **Georges AFFAKI,** Professeur associé à l'Université Paris II, avocat associé, Affaki,
- **Claire BOIGET,** directrice des affaires juridiques, AMAFI,
- **Nicolas BROOKE,** avocat associé, Signature,
- **Stéphanie CABOSSIORAS,** conseillère auprès de la directrice des affaires juridiques, AMF,
- **Christian CAMBOULIVE,** avocat associé, Gide Loyrette Nouel,
- **Nadège DEBENEY,** avocat collaborateur, Jones Day,
- **Nathalie DOUMET,** Vice President – legal adviser, International Litigation, Société Générale,
- **Gérard GARDELLA,** Secrétaire général, HCJP,
- **Anne-Sophie GIDOIN,** avocat collaborateur, Jones Day,
- **Anne GUILLEMIN,** legal counsel, Litigation, BNP Paribas, et médiatrice,
- **Mylène JUNIUS,** juriste, direction juridique groupe, BPI France,
- **Elie KLEIMAN,** avocat associé, Jones Day,
- **Gilles KOLIFRATH,** avocat associé, Kramer Levin,
- **Louise LAIDI, juriste,** secrétariat général direction juridique groupe, BPCE,
- **Jean MESSINESI,** Président honoraire du tribunal de commerce de Paris,
- **Francis VICARI,** juriste, Crédit Agricole SA.

OBSERVATEURS :

- **Chancellerie,**
- **Alice NAVARRO,** Direction Générale du Trésor.

ANNEXE 1

Les chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris et le règlement judiciaire des litiges internationaux

LES CHAMBRES INTERNATIONALES DU TRIBUNAL DE COMMERCE ET DE LA COUR D'APPEL DE PARIS ET LE RÈGLEMENT JUDICIAIRE DES LITIGES INTERNATIONAUX

La France s'est progressivement dotée de chambres internationales pour offrir aux sociétés commerciales une alternative tout à la fois aux tribunaux étatiques classiques traitant de litige domestiques et à l'arbitrage commercial international.

I- Genèse et caractéristiques des chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris

1.1 - De la création d'une chambre internationale de première instance en 1995 jusqu'à celle d'un double degré de juridiction depuis 2018

En France, il existe depuis 1995 une chambre internationale, dépendant du Tribunal de commerce de Paris, habilitée à traiter des contentieux soumis à des droits étrangers et/ou dont au moins une des parties est non – résidente.

Le dispositif a été complété aux termes de deux protocoles signés le 7 février 2018[42], ayant pour objet d'établir une chambre internationale de la Cour d'appel de Paris (« **CICAP** ») et de préciser les modalités selon lesquelles la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris et la CICAP instruisent et jugent les affaires qui leur sont soumises.

Cette offre s'adresse à tous les acteurs des relations économiques et financières internationales qui souvent choisissaient d'opter pour la compétence des cours de Londres. Elle s'adresse également aux opérateurs africains ou asiatiques qui connaissent bien la tradition civiliste de Paris et la compétence et la rigueur du système judiciaire français.

1.2 - Principales caractéristiques

1.2.1 - Compétence

Ces chambres ont vocation à connaître des litiges relatifs aux contrats internationaux, qu'ils soient soumis au droit français ou qu'ils relèvent d'un droit étranger, conclus entre deux sociétés de nationalités différentes.

[42] *Protocoles relatifs à la procédure devant le Tribunal de commerce de Paris et la CIPAC (disponibles sur : https://www.cours-appel.justice.fr/paris/presentation-des-chambres-commerciales-internationales-de-paris-ccip).*

La CICAP est également chargée des recours exercés contre les décisions prononcées en matière d'arbitrage international, ainsi que l'ensemble des décisions prononcées en première instance par la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris.

1.2.2 - Saisine

La saisine de la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris peut résulter, soit :

- d'une décision de la chambre de placement du tribunal qui oriente vers la chambre internationale, les litiges de nature économique et commerciale de dimension internationale, et notamment ceux dans lesquels s'appliquent ou sont susceptibles de s'appliquer, des dispositions de droit européen ou de droit étranger,

- d'une clause de juridiction contractuelle, attribuant compétence à la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris.

1.2.3 - Emploi de la langue anglaise

Les protocoles prévoient que si les actes de procédures doivent être en français, les parties, leurs conseils, les témoins, les experts (s'ils sont étrangers) peuvent s'exprimer en anglais.

1.2.4 - Procédure souple, proche de celle de l'arbitrage international

- La procédure devant ces chambres est volontairement souple et permet notamment aux parties de s'impliquer dans son organisation et sa conduite.

- Les parties et les juges peuvent se rencontrent à plusieurs reprises (après la saisine de la juridiction, après le dépôt des premières conclusions des parties, avant l'ouverture de la phase orale) et déterminer ensemble le calendrier de la procédure et les mesures d'administration judiciaire de la preuve, notamment l'éventuelle audition de témoins et experts.

- Ces juridictions spécialisées bénéficient également de règles probatoires proches de celles applicables à l'arbitrage international : demande de production forcée de documents détenus par la partie adverse ou un tiers, auditions contradictoires des témoins, des techniciens, des experts et des parties elles-mêmes.

II- Les attentes de la Place

2.1 - Publication en 2020 des décisions de la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris depuis 1995 pour assoir sa légitimité

2.1.1 - La problématique

Les décisions de la chambre internationale de la CICAP sont disponibles sur son site.

En revanche, tel n'est pas le cas des décisions de la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris qui existe pourtant depuis 1995, avec un volant d'affaires conséquent[43].

Les contreparties étrangères s'appuient fréquemment sur le très faible nombre de décisions publiées pour refuser une clause d'attribution de compétence à ces chambres.

Il est donc indispensable de remédier à cette situation pour assoir la légitimité de la chambre internationale du Tribunal de commerce de Paris.

2.1.2 - Le projet mené par les pouvoirs publics dans le cadre de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

Pour mémoire, tous les arrêts publiés par la cour de cassation depuis 1960 et pour les décisions non publiées depuis 1990 sont disponibles sur Légifrance.

La publication de toutes les décisions de justice du fond (notamment Cour d'appel, Tribunal de grande instance et Tribunal de commerce) devrait être rendue possible par les articles 20 et 21 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique telle que modifiée par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, ce dispositif devant être bientôt complété par un décret sur la pseudonymisation.

Les pouvoirs publics mènent un projet dans ce sens, sans pourtant permettre une publication des décisions de la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris depuis 1995, en raison du grand nombre de décisions de justice concernées par ce projet.

2.1.3 - Demande de la place

Pour améliorer la lisibilité des décisions rendues par les chambres internationales, il serait souhaitable de regrouper sur une même base de données en 2020 :

- les jugements du Tribunal de commerce et les arrêts de la Cour d'appel de Paris, avec un classement thématique des décisions,

- des liens renvoyant aux jugements et arrêts rendus sur des questions similaires ou aux arrêts de la Cour de cassation.

---

[43] 300 affaires traitées par la 13e chambre en 2019, à fin septembre, soit rédigées, soit en cours de rédaction, dont 80% présentaient un élément d'extranéité, dont 40% en droit bancaire et financier.

La mise à la disposition du public d'un tel outil permettrait d'éviter que l'offre française en matière de chambres internationales peinent à se positionner face aux chambres internationales créées ces dernières années dans les autres États Membres de l'Union Européenne dont certaines sont mieux équipées sur un plan logistique.[44]

2.2 - Publication au cours du premier trimestre 2020 du guide pratique des chambres internationales du Tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris

Ce guide pratique de la procédure devant ces chambres internationales s'inspire du *Commercial Courts Guide* de la London Commercial Court (LCC).

Il devait être publié fin 2019[45] mais cette publication très attendue par la Place dans le contexte du Brexit prend du retard, faute de moyens logistiques semble-t-il.

[44] *Cf. deux articles de Ioana Knoll-Tudor, Avocate, Jeantet. https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/62059-chambres-internationales-europeennes-singapour-plusieurs-mouvements-seule-symphonie.html, https://www.lemondedudroit.fr/decryptages/56152-creation-chambre-internationale-paris-centre-resolution-litiges-commerciaux.html.*

[45] *http://www.avocatparis.org/attractivite-de-la-place-de-paris-pari-gagne-des-chambres-commerciales-internationales-de-paris.*

ANNEXE 2

La médiation

LA MÉDIATION

La médiation est un processus amiable, volontaire et confidentiel de règlement des litiges aux termes duquel un tiers neutre, impartial et indépendant aide les parties à renouer le dialogue, confronter leurs points de vue et trouver elles-mêmes une solution au différend qui les oppose. Le médiateur est maître des modalités d'exécution de sa mission. Il peut ainsi, s'il l'estime utile et si les parties sont d'accord, les entendre séparément à l'occasion d'entretiens confidentiels. Par ailleurs, s'il estime que le processus de médiation n'aboutira pas à un accord, le médiateur peut mettre fin d'office à sa mission. De même et à tout moment, chacune des parties peut librement mettre un terme au déroulement de la médiation.

À la différence d'un juge ou d'un arbitre, le médiateur ne tranche pas le litige mais exerce un rôle de facilitateur. À la différence d'un conciliateur, le médiateur n'est pas aviseur ; il n'est donc pas force de proposition mais conduit les parties vers une solution négociée optimale. Par ailleurs, à la différence des autres modes de règlement des conflits, ce processus permet de mettre en lumière les causes réelles du litige - parfois éloignées de celles avancées lors d'une procédure classique – et de révéler les besoins cachés des parties. Par la compréhension de la vraie nature du différend et la prise en compte du rapport humain et/ou économique, la médiation permet de résoudre des litiges complexes auxquels la justice n'apporterait pas nécessairement une réponse adaptée.

Parmi les autres avantages de la médiation, on peut citer sa rapidité[46], son caractère peu onéreux[47], son caractère confidentiel, et le maintien de la continuité des relations d'affaires au-delà du conflit[48]. Surtout, les accords issus de médiations sont souvent mieux acceptés et exécutés, dès lors qu'ils ont été librement négociés et élaborés par les parties, un accord étant plus satisfaisant qu'une décision imposée. Toutefois bien qu'il ait force de loi entre les parties, leur accord n'aura force exécutoire et qu'en cas d'homologation par le tribunal.

La médiation peut être utilisée en toutes matières et intervenir à tout moment du litige (phase précontentieuse ou lors de la procédure). Dans tous les cas, les parties demeurent libres de la quitter à tout moment.

---

[46] Nota : la durée initiale de la médiation judiciaire ne peut excéder 3 mois ; celle-ci étant renouvelable une fois pour la même durée, à la demande du médiateur (CPC, art. 131-3).

[47] Essentiellement constitué par les honoraires du médiateur, qui sont libres et le cas échéant des avocats et du centre de médiation.

[48] Selon le dernier baromètre édité par le CMAP, les procédures de médiation aboutissent à un accord dans 70% des cas, pour une durée moyenne de procédure de 15 heures et un coût moyen de 6.000 euros. À noter que la médiation ne concerne pas que les petits litiges puisque 36% des enjeux des médiations traitées par le CMAP sont supérieurs à 1.000.000 d'euros dont 22% supérieurs à 3.000.000 d'euros.

Il existe trois sortes de médiations en procédure civile : la médiation judiciaire, la médiation conventionnelle qui intervient en dehors d'une instance, et la médiation conventionnelle au cours d'une instance. Les parties peuvent donc avoir volontairement décidé d'y recourir (par contrat ou au moment du litige), y être invitées par proposition du magistrat en cours de procédure ou y être obligées aux termes d'un contrat ou d'une obligation légale.

À cet égard, depuis la loi du 23 mars 2019, le juge peut, en tout état de la procédure, y compris en référé, enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur s'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible. De plus, les demandes n'excédant pas un certain montant ou relatives à un conflit de voisinage doivent désormais, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office et sauf exception, être précédées, au choix des parties, d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative.

Il convient enfin de noter que la médiation ne saurait être utilisée à des fins dilatoires dans l'attente de la prescription, dès lors qu'aux termes de l'article 2238 du Code civil, « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation.* »

ANNEXE 3

Conséquences du Brexit sur l'exequatur en France d'une sentence arbitrale et d'un jugement rendus au Royaume-Uni

CONSÉQUENCE DU BREXIT SUR L'EXAQUATUR EN FRANCE D'UNE SENTENCE ARBITRALE ET D'UN JUGEMENT RENDUS AU ROYAUME-UNIS

I- L'exequatur en France d'une sentence rendue au Royaume-Uni

La sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne n'aura pas d'impact sur la reconnaissance et l'exécution en France d'une sentence arbitrale rendue au Royaume-Uni, qui sont et resteront réglées par la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 et les dispositions spécifiques prévues au Livre Quatrième, Titre Deuxième, Chapitres III et IV du Code de procédure civile.

Traité multilatéral issu des travaux du conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies, la Convention de New York compte aujourd'hui 161 États signataires. Elle a été signée par la France le 25 novembre 1958 et ratifiée le 26 juin 1959. Le Royaume-Uni y a accédé le 24 septembre 1975, sous réserve de réciprocité émise le 5 mai 1980.

La Convention établit un socle commun de conditions simplifiées pour la reconnaissance et l'exécution au sein d'un État partie, qui s'appliquent à toutes sentences arbitrales rendues en dehors du pays où est demandée la reconnaissance ou l'exécution (ou seulement aux sentences rendues par un tribunal arbitral siégeant dans un autre État membre dans le cas d'une réserve de réciprocité comme c'est le cas au Royaume-Uni). Ces conditions, sur lesquelles il est inutile de s'étendre ici, excluent notamment toute révision au fond et toute exigence d'exequatur préalable au siège de l'arbitrage.

Les conditions posées par la Convention de New York ne constituent qu'un plafond de contrôle maximum qui peut être abaissé notamment en cas de régime local plus favorable à la reconnaissance ou l'exécution des sentences. La clause de faveur, prévue à l'article VII.1 de la Convention, prévoit que ses dispositions « *ne privent aucune partie intéressée du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admise par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée* ».

En France, les dispositions du Code de procédure civile qui règlent la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international, sont plus favorables, et par conséquent priment sur celles prévues par la Convention de New York.

Conformément à l'article 1514 du Code de Procédure Civile, toute sentence étrangère est reconnue ou exécutée en France si son « *existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international* ». En pratique, le requérant dépose au greffe du Tribunal Judiciaire de Paris une requête aux fins d'obtention de

l'exequatur d'une sentence étrangère, en produisant l'original ou une copie authentique de cette sentence et de la convention d'arbitrage, ainsi qu'une traduction assermentée de ces deux documents. La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire (Articles 1515 et 1516 du Code de Procédure Civile). Une décision peut être obtenue en quelques jours.

En appel, la procédure est contradictoire. Elle est régie spécialement par les articles 1525, 1526 et 1527 du Code de procédure civile et ses aspects strictement procéduraux sont soumis aux règles de droit commun de la procédure contentieuse d'appel (articles 900 à 930-1 du Code de procédure civile), étant toutefois précisé que les recours en matière arbitrale sont par principe non suspensifs, sous réserve de la possibilité de solliciter l'arrêt ou l'aménagement de l'exécution si celle-ci est susceptible de léser gravement les droits de l'une des parties (article 1526). Les recours en matière d'arbitrage international sont désormais dirigés vers la Chambre internationale de la Cour d'appel de Paris (CICAP), soit la 16e chambre du pôle 5 (en charge des dossiers économiques) de la Cour d'appel de Paris.

Quant aux conditions d'examen de l'appel d'une décision relative à l'exequatur d'une sentence arbitrale, elles sont identiques à celles qui gouvernent le recours en annulation contre une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international, par renvoi exprès à l'article 1520 du Code de procédure civile. La cour d'appel ne peut ainsi refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitrale que si : « 1°) le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ; ou 2°) le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ; ou 3°) le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ; ou 4°) le principe de la contradiction n'a pas été respecté ; ou 5°) la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international ».

II- La reconnaissance en France d'un jugement rendu au Royaume-Uni en matière civile et commerciale après le Brexit

La date du Brexit, initialement fixée au 29 mars 2019, a été reportée à diverses reprises jusqu'au 31 janvier 2020.

Les États-Membres de l'Union Européenne et le Royaume-Uni (les « **Vingt-Huit** ») ont adopté un accord de sortie le 17 octobre 2019, qui a été validé par les députés britanniques le 9 janvier 2020 (l'« **Accord de Sortie** »). L'Accord de Sortie doit désormais passer devant la Chambre des Lords, recevoir l'assentiment de la Reine et être ratifié par le Parlement Européen avant d'entrer en vigueur. L'Accord de Sortie prévoit une période transitoire jusqu'au 31 décembre 2020[49], durant laquelle les

[49] *Accord de Sortie, article 126.*

Vingt-Huit vont négocier les termes de leurs futures relations commerciales (la « **Période Transitoire** »). Durant la Période Transitoire, le droit de l'Union Européenne continuera de s'appliquer[50]. La Période de Transition pourrait être prorogée une fois, pour une durée maximale de deux ans, soit jusqu'au 31 décembre 2022 au plus tard[51].

S'agissant de la reconnaissance et de l'exécution en France des jugements rendus au Royaume-Uni, deux périodes temporelles doivent être distinguées.

La première période temporelle s'étend de la période pré-Brexit jusqu'à l'issue de la Période Transitoire, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 2020. La seconde période temporelle débute au lendemain de la fin de la Période Transitoire, soit au 1er janvier 2021.

2.1 - L'exécution en France des jugements rendus au Royaume-Uni en matière civile et commerciale pendant la Période Transitoire

Conformément à l'article 67 de l'Accord de Sortie, les États Membres de l'Union Européenne continueront d'appliquer le Règlement UE n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (le « **Règlement Bruxelles I Bis** »), s'agissant de la reconnaissance et de l'exécution de jugements rendus au Royaume-Uni dans des procédures introduites avant la fin de la Période Transitoire[52].

Conformément à l'article 39 du Règlement Bruxelles I Bis, les jugements rendus au Royaume-Uni en matière civile et commerciale dans des procédures introduites avant la fin de la Période Transitoire seront directement exécutoires en France, sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir une déclaration constatant la force exécutoire de ces jugements. La partie contre laquelle l'exécution est demandée peut formuler une demande de refus d'exécution devant le Tribunal Judiciaire si l'exécution du jugement est manifestement contraire à l'ordre public français, en cas de violation du principe du contradictoire ou lorsqu'une décision inconciliable a déjà été rendue en France ou dans un autre État membre (article 46).

---

[50] EU Commission Memorandum entitled Brexit Negotiations: What is in the Withdrawal Agreement, 14 November 2018, « The continued application of EU law during this period will give time to national administrations and businesses to prepare for the new relationship. It will also provide the EU and the UK with time to negotiate the future relationship ».

[51] Extrait du quotidien Le Monde, Brexit : l'UE et le Royaume-Uni s'accordent sur leurs « relations futures », 22 novembre 2018. Cette possibilité n'est pas mentionnée au sein du Projet de déclaration politique fixant le cadre des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni établi le 22 novembre 2018.

[52] Accord de Sortie, Article 67.
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840655/Agreement_on_the_withdrawal_of_the_United_Kingdom_of_Great_Britain_and_Northern_Ireland_from_the_European_Union_and_the_European_Atomic_Energy_Community.pdf

2.2 - L'exécution en France des jugements rendus au Royaume-Uni en matière civile et commerciale après la Période Transitoire

Le régime applicable à l'exécution d'un jugement rendu au Royaume-Uni en matière civile et commerciale s'agissant de procédures introduites après la Période Transitoire devrait en principe être défini aux termes de l'accord conclu entre les Vingt-Huit.

Avant la conclusion de cet accord, quatre hypothèses sont envisageables.

En premier lieu, le Royaume-Uni a annoncé dans son « *white paper* » du 12 juillet 2018 vouloir accéder à la Convention de Lugano sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 21 décembre 2007 (la « **Convention de Lugano** »)[53].

La Convention de Lugano précise les conditions applicables à l'exécution des jugements rendus dans les États de l'Association Européenne de Libre Echange (l'« **AELE** »). Le requérant doit solliciter du greffier en chef du Tribunal Judiciaire qu'il émette sur requête une déclaration constatant la force exécutoire du jugement (article 38). La partie contre laquelle l'exécution est demandée peut introduire un recours contre la décision relative à la demande de déclaration de force exécutoire, fondé sur une contrariété manifeste à l'ordre public français, le non-respect du contradictoire ou sur l'existence d'une décision inconciliable rendue antérieurement en France ou dans un autre État membre de l'AELE.

En deuxième lieu, certains auteurs suggèrent que la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la « **Convention de Bruxelles** ») pourrait s'appliquer de nouveau dans les relations entre États Membres et le Royaume-Uni[54]. Si tel était le cas, afin d'exécuter en France un jugement rendu au Royaume-Uni, la partie requérante devrait formuler une demande d'autorisation d'exécution sur requête devant le Tribunal Judiciaire (Convention de Bruxelles, articles 31 à 34). La procédure et les fondements pour s'opposer à la décision relative à la demande d'autorisation d'exécution sont les mêmes que ceux applicables selon la Convention de Lugano.

---

[53] *White Paper, 12 July 2018, paras 128 (g) (« seeking to join the Lugano Convention, and exploring a new bilateral agreement with the EU on civil judicial cooperation, covering a coherent package of rules on jurisdiction, choice of jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of judgments in civil, commercial, insolvency and family matters ») et 147. L'unanimité des parties contractantes est requise pour autoriser un nouveau membre (Convention de Lugano, Article 72).*

[54] *H Muir-Watt et altri, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur les implications du Brexit, 30 janvier 2017, pp 19-20.*

En troisième lieu, la convention bilatérale conclue entre le Royaume Uni et la France sur l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale, accompagnée d'un protocole, signée à Paris le 18 janvier 1934, visée expressément aux termes des articles 55 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (telle que modifiée par l'article 24 de la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 9 octobre 1978) et 69 du Règlement (CE) n° 44/2001 dit « Bruxelles I », qui énumèrent les conventions internationales préexistantes que ces instruments remplacent. Cette convention franco-britannique du 18 janvier 1934 prévoit les conditions auxquelles est reconnue l'autorité de chose jugée des jugements des « tribunaux supérieurs » (article 2, §1) et auxquelles sont exécutées les décisions rendues par ces derniers exclusivement en matière civile ou commerciale, y compris les condamnations en matière pénale sur la réparation des intérêts civils (article 2, §2). La demande d'exequatur d'un jugement émis au Royaume-Uni doit être présentée devant un « *tribunal de première instance* » accompagnée d'une copie certifiée du jugement, contenant « *toutes indications sur la procédure suivie* » et reproduisant les motifs de la décision (article 7). Afin d'obtenir l'exequatur, le jugement concerné doit être susceptible d'exécution au Royaume-Uni et condamner au paiement d'une somme d'argent déterminée (article 5). Trois moyens peuvent être soulevés pour s'opposer à l'exécution en France des jugements rendus au Royaume-Uni, à savoir (i) l'incompétence du Tribunal d'origine ; (ii) le non-respect du principe du contradictoire et (iii) la contrariété à l'ordre public français (article 3 auquel renvoie l'article 5).

D'éminents auteurs critiquent néanmoins ces velléités de résurrection d'anciens traités ou conventions qu'ils tiennent pour rendus caducs par l'adoption d'instruments ultérieurs[55].

En quatrième lieu, et à supposer que les trois hypothèses ci-dessus ne soient pas applicables, les jugements rendus au Royaume-Uni seraient exécutés en France selon les règles de droit commun applicables aux jugements étrangers. Ces règles supposent qu'une partie introduise une demande d'exequatur devant le Tribunal Judiciaire. La procédure d'exequatur est contradictoire et dure généralement entre 12 et 18 mois en première instance (auxquels s'ajoute la durée de la procédure d'appel, soit environ 12 mois additionnels). Le défendeur peut soulever trois objections pour s'opposer à l'exécution du jugement, relatives au fait que (i) le jugement n'est pas conforme à l'ordre public procédural français, (ii) les juridictions du Royaume-Uni n'entretiennent pas de lien suffisant avec le différend ou (iii) le jugement a été obtenu par fraude[56].

---

[55] *H Muir-Watt et alii, Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, Rapport sur les implications du Brexit, 30 janvier 2017, p 20. En particulier, le Règlement Bruxelles I bis précise qu'il « remplace la convention de Bruxelles de 1968 » (article 68) et qu'il « remplace entre les États membres les conventions qui couvrent les mêmes matières que celles auxquelles il s'applique » (article 69).*

[56] *Cour de Cassation, Chambre Civile 1, 20 février 2007, Cornelissen, pourvoi n° 05-14.082.*

ANNEXE 4

Comparaison des règlements
AFA / CMAP / ICC

COMPARAISON DES RÈGLEMENTS AFA / CMAP / ICC

Les règlements de l'ICC, du CMAP et de l'AFA offrent des procédures d'arbitrage institutionnel dont les caractères sont similaires à maints égards, sous quelques réserves tenant essentiellement (i) à certaines modalités d'organisation procédurales (par ex. l'approbation, par la Cour internationale d'arbitrage, de l'acte de mission établi par le Tribunal arbitral et l'examen du projet de sentence par cette même Cour, qui sont spécifiques à l'arbitrage CCI), (ii) à l'existence, ou non, d'une procédure d'arbitrage d'urgence ou accélérée, et (iii) au barème de frais des trois institutions. En outre, la première des trois institutions a une ancienneté et un véritable rayonnement international, tandis que les deux autres ont une activité plus domestique.

Après que leur règlement a été désigné dans une clause compromissoire, les trois institutions prévoient d'être saisies par une Demande d'arbitrage. Après réception de la Demande, le Défendeur dispose d'un délai initial de trente (30) jours pour faire parvenir sa Réponse.

En cas de contestation de la désignation de l'institution ou de la validité de la clause compromissoire, la question sera soumise pour un examen *prima facie* à l'organe administratif du centre d'arbitrage concerné (Cour internationale d'arbitrage de l'ICC, Commission d'arbitrage du CMAP, Comité d'arbitrage de l'AFA).

La présence d'une institution chargée d'administrer la procédure permet de pallier la défaillance éventuelle de l'une ou l'autres des Parties dans la constitution du Tribunal (nomination d'arbitre, traitement des demandes de récusation, etc.) ou de lever une incertitude procédurale, par exemple sur la fixation du siège de l'arbitrage. C'est là une source d'efficacité renforcée.

Pour autant, la présence d'une institution laisse un rôle prépondérant au Tribunal arbitral pour exercer sa mission, notamment pour déterminer les règles applicables au fond et à la procédure, en l'absence d'accord des Parties.

Les trois règlements prévoient encore que le Tribunal arbitral peut ordonner toute mesure d'instruction, ainsi que toute mesure conservatoire et provisoire.

En revanche, les règlements CCI et AFA prévoient une procédure d'arbitre d'urgence, ce que le règlement CMAP n'envisage pas. De plus, les règlements CMAP et CCI disposent que les Parties peuvent avoir recours à une procédure d'arbitrage accélérée, possibilité non prévue, en l'état, par le règlement AFA.

Du point de vue du calendrier, les trois règlements prévoient que le Tribunal arbitral dispose d'un délai de six mois pour rendre sa sentence. Si ce délai commence à courir après la signature de l'Acte de mission dans le règlement CCI, les règlements CMAP et AFA prévoient pour leur part que le délai de six mois court à compter de la saisine du Tribunal.

En ce qui concerne la sentence, le règlement CCI se distingue en ce que le Tribunal arbitral a l'obligation de soumettre tout projet de sentence à un examen préalable par la Cour internationale d'arbitrage.

Enfin, les coûts d'un arbitrage soumis au règlement de l'AFA sont légèrement inférieurs à ceux d'un arbitrage CMAP, que le Tribunal arbitral soit composé d'un ou trois arbitres et peu importe le montant en litige. Un arbitrage administré par l'ICC demeure en toutes circonstances un peu plus onéreux (*v. Appendice n°1 ci-après*).

Organe indépendant en charge de l'arbitrage :

La Cour internationale d'arbitrage de l'ICC dispose d'un Président, de plusieurs Vice-Présidents et est assisté par le Secrétariat, sous la direction d'un Secrétaire général (**Article 1 CCI**). Elle est composée de membres nommés pour un mandat renouvelable de trois ans par le Conseil mondial de l'ICC sur proposition des comités nationaux ou groupe, à raison de deux membres par Comité national ou groupe (**Appendice I, Article 2.3 CCI**). En 2018, elle est composée de 176 membres de 104 États différents. La Cour se réunit en session hebdomadaire de deux à trois membres et, au moins une fois par mois, en session plénière (**Appendice II, Article 4 CCI**).

La Commission d'arbitrage du CMAP est composée d'un Président et de deux membres, choisis parmi les représentants des partenaires institutionnels du CMAP que sont le Chambre de commerce et d'industrie de Paris, le Tribunal de Commerce de Paris, le Barreau de Paris et le Conseil Supérieur de l'Ordre des experts-comptables.

Le Comité d'arbitrage de l'AFA est quant à lui composé d'un Président et de quatre membres.

Saisine :

L'ICC et le CMAP sont saisis par une Demande d'arbitrage fournie en autant d'exemplaires que de défendeurs, plus un exemplaire pour l'institution respective (**Article 3.1 CCI ; Article 2.2 CMAP**). Cette pluralité d'exemplaires n'est pas exigée pour l'AFA (**Article 1 AFA**). Pour être enregistrée, la Demande doit être accompagnée de droits d'enregistrement ou d'ouverture, non remboursables, fixés par les barèmes en vigueur au jour de la demande (**Article 4.4 CCI ; Article 2.3 CMAP**).

La date de réception de la Demande par le Secrétariat est considérée être celle de l'introduction de l'arbitrage (**Article 4.2 CCI**).

Si les Parties sont convenues de trois arbitres, la Demande doit contenir l'indication de l'arbitre que le Demandeur propose de désigner (**Article 4.3.(g) CCI ; Article 2.1 CMAP ; Article 2 §1 AFA**).

L'AFA peut refuser l'application de son règlement, si les Parties y ont apporté des dérogations qui peuvent affecter sa bonne application (**Article 1 §4 AFA**).

Réponse à la demande :

Le Défendeur dispose d'un délai de trente (30) jours pour faire parvenir sa Réponse (**Article 5.1 CCI ; Article 3.1 CMAP ; Article 2 §2 AFA**).

S'il y a lieu à désignation de trois arbitres, le Défendeur doit indiquer le nom de l'arbitre qu'il propose de choisir (**Article 5.1.(e) CCI ; Article 3.2 CMAP ; Article 2 §2 AFA**).

Le délai de réponse du Défendeur peut être prolongé à condition que la demande de prolongation du Défendeur contienne les observations ou propositions de ce dernier concernant le nombre des arbitres et, le cas échéant, son choix d'arbitre (**Article 5.2 CCI**).

Les demandes reconventionnelles formées par le Défendeur sont présentées avec la Réponse (**Article 5.5 CCI ; Article 3 CMAP ; Article 2 §2 AFA**).

Compétence du Tribunal arbitral :

À défaut de Réponse, si la clause compromissoire désigne le règlement d'arbitrage de l'institution concernée, l'arbitrage aura lieu (**Article 6.3 CCI ; Article 4.2 CMAP ; Article 2 §3 AFA**).

Toute contestation de la désignation de l'institution ou de la validité de la clause compromissoire sera tranchée directement prima facie par le Secrétaire général ou, le cas échéant, par la Cour (**Articles 6.3 et 6.4 CCI**) ou par la Commission (**Article 6 CMAP**) ou le Comité (**Article 3 AFA**).

Le principe d'autonomie de la clause compromissoire est expressément repris par le règlement CCI (**Article 6.9 CCI**).

Le principe de compétence-compétence, à savoir que le Tribunal arbitral est juge de sa propre compétence, est expressément repris par les règlements CCI et AFA (**Article 6.5 CCI ; Article 11 AFA**).

Intervention de tiers et jonction :

Le règlement CCI permet à une Partie de faire intervenir un tiers comme Partie à l'arbitrage (**Article 7 CCI**) et prévoit des dispositions relatives aux arbitrages multipartites (**Article 8 CCI ; Article 6§7 AFA**), ainsi qu'aux arbitrages fondés sur de multiples contrats (**Article 9 CCI**).

Les règlements CCI et AFA disposent que la Cour ou le Comité peut, à la demande de l'une des Parties, joindre dans un arbitrage unique plusieurs arbitrages pendants soumis au Règlement d'arbitrage de l'ICC/de l'AFA (**Article 10 CCI ; Article 4 §1 AFA**).

Le Tribunal arbitral :

Les différends soumis aux règlements d'arbitrage de l'ICC et de l'AFA sont tranchés par un arbitre unique ou par trois arbitres (**Article 12.1 CCI ; Article 6 §1 AFA**), tandis que le règlement du CMAP se borne à rappeler la règle de l'imparité (**Article 11 CMAP**).

À défaut d'accord des Parties, la Commission ou le Comité fixe le nombre d'arbitres en tenant compte des caractéristiques du litige (**Article 12 CMAP ; Article 6 §1 AFA**), tandis que le règlement CCI prévoit que le tribunal arbitral est, à défaut d'accord des Parties, composé d'un arbitre unique à moins que la Cour estime que le différend justifie la nomination de trois arbitres (**Article 12.2 CCI**).

Les arbitres doivent révéler, avant d'accepter leur mission (**Article 13.1 CMAP ; Article 5 §1 AFA**), ou avant d'être nommés ou confirmés (**Article 11.2 CCI**), toute circonstance susceptible d'affecter leur indépendance ou impartialité. L'obligation d'impartialité et d'indépendance est expressément continue dans le règlement CCI (**Article 11.1 CCI** : « *doit être et demeurer impartial et indépendant* »).

Sauf volonté contraire des Parties, l'arbitre unique ou le président du Tribunal arbitral d'un arbitrage international est d'une nationalité différente de celles des Parties (**Article 12.3 CMAP ; Article 6 §3 AFA ; Article 13.5 CCI**, sauf si les circonstances justifient un choix différent et qu'il n'y a pas d'opposition des Parties).

Lorsque les Parties sont de nationalités différentes, le règlement AFA prévoit que l'arbitre désigné par le Comité d'arbitrage sera d'une autre nationalité (**Article 6 §4 AFA**).

Dans le règlement AFA, aucun membre du Comité d'arbitrage ou du Conseil d'administration de l'AFA ne peut être nommé arbitre par le Comité d'arbitrage (**Article 6 §1 AFA**). Par ailleurs, l'arbitre nommé doit être adhérent de l'AFA avant le commencement de ses fonctions (**Article 6 §6 AFA**). Le règlement de l'ICC contient une prohibition similaire en ce qui concerne le Président de la Cour et les membres du Secrétariat. En outre, un autre membre de la Cour ne peut pas être nommé par la Cour comme arbitre dans une procédure CCI, mais il peut l'être par une partie (**Appendice II, Article 2 CCI**).

La Commission et la Cour confirment toute proposition de nomination (**Article 12.3 CMAP ; Article 13 CCI ; Article 5 §2 AFA**) et le Secrétaire général de l'ICC peut directement confirmer un arbitre si celui-ci n'a révélé aucune élément affectant son indépendance ou son impartialité (**Article 13.2 CCI**).

Le règlement CMAP prévoit la possibilité d'avoir un Tribunal arbitral préconstitué (**Article 30.1 CMAP**).

Remplacement et récusation d'arbitres :

Les trois règlements prévoient des dispositions relatives au remplacement (**Article 15 CCI ; Article 16 CMAP ; Article 7 AFA**) et à la récusation d'arbitres (**Article 14 CCI ; Article 15 CMAP ; Article 7 AFA**). Dans ce dernier cas de figure, les Parties font parvenir leur demande de récusation dans un délai de trente (30) jours consécutif à la connaissance de la cause de récusation (**Article 14.2 CCI ; Article 15.1 CMAP ; Article 7 §1 AFA**). La Cour, la Commission et le Comité sont les instances compétentes pour se prononcer sur les demandes de récusation.

La Cour de l'ICC se prononce quant à elle en deux temps sur la demande de récusation : d'abord sur sa recevabilité, puis sur son bien-fondé (**Article 14.3 CCI**).

Dans le règlement AFA, en cas de demande de récusation, le délai d'arbitrage est suspendu (**Article 7 §3 AFA**), ce que prévoit aussi le règlement CMAP (**Article 15.2 CMAP**).

Saisine du Tribunal et provisions :

Le Tribunal arbitral est saisi à compter de la date de la communication du dossier par le CMAP (**Article 14 CMAP**), tandis que le règlement CCI prévoit la remise du dossier au Tribunal arbitral (**Article 16 CCI**), sans pour autant expressément qualifier cette remise de saisine.

Le dossier ne peut être remis au Tribunal que si la provision pour frais, appelée à ce stade, a entièrement été versée (**Article 16 CCI ; Article 9.2 CMAP**). L'ICC demande généralement le versement d'une provision pour frais de l'arbitrage jusqu'à l'établissement de l'acte de mission (**Article 37.1.(b) CCI**) puis une nouvelle provision postérieurement à cette étape.

Le règlement CMAP prévoit une plus grande unicité de l'appel de provision, celui-ci étant antérieur à la saisine du Tribunal arbitral.

Les règlements disposent également que le versement de la provision doit s'effectuer à parts égales entre les Parties et que l'une se substitue à l'autre en cas de défaillance (**Articles 37.2 et 37.5 CCI ; Article 9.2 CMAP ; Article 9 §3 AFA**).

En cas de demandes reconventionnelles la Cour, la Commission et le Comité peuvent, à la demande d'une Partie, fixer des provisions distinctes pour les demandes principales et les demandes reconventionnelles (**Article 37.3 CCI ; Article 9.4 CMAP ; Article 9 §4 AFA**).

Toute demande, principale ou reconventionnelle, dont la provision n'aura pas été satisfaite et pour laquelle une Partie n'aura pas pallié la défaillance de l'autre sera considérée comme retirée, caduque ou abandonnée (**Article 37.6 CCI ; Article 9.3 CMAP ; Article 9 §3 AFA**).

En ce qui concerne les montants de provisions, les trois règlements fonctionnent sur la base d'un barème qui est fonction du montant en litige, calculé comme la sommes des demandes principales et reconventionnelles, s'il y en a (*v. Appendice n° 1*).

Siège, langue et règles applicables à l'arbitrage :

En ce qui concerne le siège de l'arbitrage, et en l'absence d'accord des parties, celui-ci est fixé par la Cour de l'ICC ou le Comité de l'AFA (**Article 18.1 CCI ; Article 10 AFA**). En cas d'absence d'accord des Parties, le règlement CMAP fixe le siège de l'arbitrage à Paris (**Article 17.1 CMAP**).

En ce qui concerne la langue de la procédure et toujours en l'absence d'accord des parties, celle-ci est fixée par le Tribunal arbitral (**Article 20 CCI ; Article 12 §2 AFA ; Article 17.2 CMAP**). Le règlement CMAP précise que tant que la langue n'est pas déterminée, le français ou l'anglais est alors utilisé (**Article 17.2 CMAP**).

Les règles applicables à la procédure sont celles décidées par les Parties ou, à défaut, par le Tribunal arbitral (**Article 19 CCI ; Article 18.2 CMAP ; Article 12 §2 AFA**).

Le droit applicable au fond est celui fixé par les Parties ou, à défaut, par le Tribunal arbitral en prenant compte des dispositions du contrat entre les Parties et, le cas échéant, de tous les usages du commerce pertinents (**Article 21.1 CCI ; Article 19.2 CMAP ; Article 15 §1 AFA**).

Devant le CMAP, une Partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le Tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir (**Article 18.3 CMAP**). Une renonciation similaire est prévue dans le règlement CCI (**Article 40 CCI**).

Organisation de la procédure :

Lorsque le Tribunal arbitral est constitué, il établit un acte de mission organisant la procédure (**Article 23.1 CCI**). Les deux autres règlements prévoient également l'établissement d'un document similaire (« document organisant la procédure » : **Article 18.2 CMAP** ; « procès-verbal » : **Article 12 §1 AFA**) et sa transmission à l'institution (**Article 23.2 CCI ; Article 18.2 CMAP ; Article 12 §1 AFA**). Seul le règlement CCI prévoit formellement son approbation par la Cour (**Article 23.2 CCI**).

Mesures d'instruction :

Le Tribunal arbitral peut ordonner tout mesure d'instruction (**Article 25 CCI ; Article 20 CMAP ; Article 14 AFA**).

Mesures conservatoires et provisoires, arbitre d'urgence et procédure accélérée :

Avant la remise du dossier au Tribunal arbitral, les Parties peuvent demander à toute autorité judiciaire des mesures provisoires ou conservatoires (**Article 28.1 CCI**). Une fois constitué, le Tribunal arbitral peut ordonner toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il considère appropriée (**Article 28.2 CCI ; Article 10 CMAP ; Article 13 §1 AFA**).

Les règlements CCI et AFA prévoient également une procédure d'arbitre d'urgence (**Article 29 CCI ; Article 13 §1 AFA**) pour statuer sur des demandes de mesures de même nature, conservatoire ou provisoire. Si les mesures d'urgence sollicitées sont susceptibles d'affecter le fond du litige, le règlement AFA prévoit que le Comité puisse constituer le Tribunal arbitral (**Article 13 §1 AFA**). Si les mesures sollicitées ne sont pas susceptibles d'affecter le fond du litige, le Comité peut alors désigner un Arbitre unique (**Article 13 §1 AFA**).

Par ailleurs, les règlements CMAP et CCI prévoient que les Parties peuvent avoir recours à une procédure accélérée (**Article 32 CMAP ; Article 30 CCI**) pour obtenir une sentence sur le fond du litige dans un délai resserré. Une telle possibilité n'existe pas dans le règlement AFA.

Sentence :

Dans le règlement CCI, le Tribunal arbitral doit rendre sa sentence dans les six mois de la signature de l'acte de mission (**Article 31.1 CCI**). Les règlements CMAP et AFA prévoient pour leur part également un délai de six mois, mais à compter de la saisine du Tribunal arbitral (**Article 24.1 CMAP ; Article 17 §1 AFA**).

Ce délai est prorogeable par la Cour, la Commission et le Comité (**Article 31.2 CCI ; Article 24.2 CMAP ; Article 17 §2 AFA**), ainsi que sur demande conjointe des Parties (**Article 24.2 CMAP ; Article 17 §2 AFA**).

Selon le règlement CCI, tout projet de sentence doit être soumis à la Cour internationale d'arbitrage, qui peut prescrire des modifications de forme et attirer l'attention du Tribunal sur des points intéressant le fond du litige et pouvant affecter le caractère exécutoire de la sentence. On ne peut déroger à un tel examen préalable (**Article 34 CCI**).

Le Tribunal arbitral peut rectifier les erreurs matérielles qui affecteraient la sentence (**Article 36.1 CCI ; Article 28.1 CMAP ; Article 19 §1 AFA**), ainsi que l'interpréter (**Article 36.1 CCI ; Article 28.2 CMAP ; Article 19 §2 AFA**).

Le règlements CMAP et AFA prévoient que les demandes de rectification d'erreur matérielle et d'interprétation ne sont recevables que si elles sont formées dans un délai de trois mois à compter de la communication de la sentence (**Article 28.3 CMAP ; Article 19 §4 AFA**). Par ailleurs, le règlement CMAP prévoit que les demandes de rectification d'erreur matérielle et d'interprétation ne sont recevables que si le Tribunal arbitral peut à nouveau être réuni (**Article 28.3 CMAP**).

Enfin, le règlement AFA prévoit que le Tribunal arbitral qui a omis de statuer sur un chef de demande peut compléter sa sentence (**Article 19 §3 AFA**).

Appendice 1 :

Comparaison d'application des barèmes des trois institutions (en euros)

	Montant en litige		1 million		20 millions	
	Nombre d'arbitres		1	3	1	3
AFA	Frais administratifs		10 725		26 975	
	Honoraires des arbitres	Tranche basse	34 750		105 250	
		Tranche haute	47 500	71 250	131 167	196 750
	Total	Tranche basse	45 475		132 225	
		Tranche haute	48 225	81 975	148 942	223 725
		Moyenne	**46 850**	**63 725**	**140 584**	**177 975**
CMAP	Frais administratifs		1 800			
	Honoraires des arbitres	Tranche basse*	/	/	/	/
		Tranche haute	40 000	95 000	110 000	270 000
	Total	Tranche basse*	/	/	/	/
		Tranche haute	**41 800**	**96 800**	**111 800**	**271 800**
		Moyenne	/	/	/	/
CCI**	Frais administratifs		20 990		60 736	
	Honoraires des arbitres	Tranche basse	13 157	39 471	40 992	122 976
		Tranche haute	57 687	173 061	190 248	570 744
	Total	Tranche basse	34 247	60 461	101 728	183 712
		Tranche haute	78 677	194 051	250 984	631 480
		Moyenne	**56 410**	**127 260**	**176 363**	**407 606**

*Le barème du CMAP n'exprime les frais qu'en terme de plafond.
**Les montants CCI ont été convertis des dollars (US) en euros (taux en vigueur en décembre 2019).

ANNEXE 5

Les clauses compromissoires
dans les contrats-cadre de dérivés ISDA

LES CLAUSES COMPROMISSOIRES
DANS LES CONTRATS-CADRE DE DÉRIVÉS ISDA

	Apparition progressive de clauses d'arbitrage dans les contrats-cadre ISDA	Position des banques et établissements financiers français
RAPPORT ICC FINANCE DE 2016	**1/ Publication par l'ISDA en 2010 d'un contrat-cadre de dérivé Islamique**	
	Ce contrat cadre comporte une clause d'arbitrage proposant l'ICC comme institution arbitrale pour éviter les questions qui pourraient être soulevées par un tribunal étatique manquant d'expertise quant à sa conformité à la Charia.	
	2/ Publication par l'ISDA (en 2013 et 2018) d'un guide de l'arbitrage et de modèles de clause d'arbitrage	
	La nouvelle clause d'arbitrage optionnelle prévoit, au choix, et selon des modalités et des droits applicables différents, l'arbitrage sous l'égide du : a) règlement d'arbitrage de l'ICC à Paris, New-York ou Londres, b) règlement d'arbitrage de la *London Court of International Arbitration* à Londres, c) règlement d'Arbitrage International de l'AAA-ICDR à New-York, d) règlement d'arbitrage du *Hong Kong International Arbitration Centre* (HKIAC) à Hong Kong, e) règlement d'Arbitrage du *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) à Singapour, f) règlement Suisse d'Arbitrage International à Zurich ou à Genève, g) *Panel of Recognized International Market Experts in Finance Arbitration Rules* (P.R.I.M.E. Finance Rules) à Londres, New York, ou La Haye. Le guide de l'arbitrage de l'ISDA de 2013 a été mis à jour en 2018 avec l'accroissement des institutions arbitrales listées.	Les établissements recourent à l'arbitrage uniquement lorsqu'il est plus facile de faire exécuter une sentence arbitrale en raison de la Convention de New-York qu'un jugement rendu par une cour anglaise, c'est-à-dire avec des contreparties souveraines. Ils y ont recours également dans certaines régions comme en Asie du Sud-Est.

LE CONTEXTE DU BREXIT	**3/ Publication par l'ISDA en 2018 d'un contrat-cadre de produits dérivé de droit français comportant le modèle de clause d'arbitrage ICC (Paris)**	
	En prévision du Brexit et de la perte de passeport européen, les banques anglaises transfèrent leurs contrats de dérivés de leurs entités londoniennes vers leurs entités de l'Union. Ce transfert de portefeuille de contrats donne lieu à une renégociation de contrats sur dérivés avec les acteurs de marché des États Membres de l'Union. C'est dans ce contexte que l'ISDA a publié en 2018 un contrat-cadre ISDA de droit Irlandais et un contrat-cadre ISDA de droit français. L'ISDA de droit français permet aujourd'hui d'opérer un choix pour la résolution des litiges (i) entre les chambres internationales du TC et de la CA de Paris et (ii) une clause d'arbitrage ICC classique avec le choix entre un arbitre unique ou un tribunal tripartite.	L'adoption par le *sell* et le *buy sides* du contrat cadre ISDA de droit français se développe. Pas assez de recul à ce stade quant au choix que les utilisateurs feront entre justice étatique et clause compromissoire lorsque cet usage sera plus répandu – notamment en Asie où le contrat semble soulever un intérêt notamment sur le marché chinois, marché de droit civil. À ce stade il semble que la très grande majorité des contrats conclus n'ait pas opté pour l'arbitrage. C'est un processus qui prendra du temps et qu'il est plus facile pour l'instant d'engager pour les *corporates* que pour les établissements bancaires et financiers, ces derniers attendant la complétude des opinons juridiques sur le *netting* nécessaire au respect de leurs obligations ainsi qu'au traitement prudentiel favorable de leurs transactions. Fort heureusement l'ISDA a engagé ces travaux de collection d'opinions juridiques sur le contrat-cadre de droit français. Et là encore les progrès sont rapides et encourageants. Il est probable que les établissements privilégieront une clause d'attribution de compétence juridictionnelle aux chambres internationales du Tribunal de commerce de Paris et de la Cour d'appel de Paris et opteront pour une convention d'arbitrage à la demande des contreparties étrangères ne voulant pas d'une clause d'attribution à une juridiction étatique française.
	4/ Publication par l'ISDA d'un de FAQ sur le Brexit le 17 juillet 2019 préconisant d'utiliser une clause d'arbitrage dans les contrats-cadre de droit anglais plutôt qu'une clause d'attribution aux tribunaux anglais en cas de doute sur la reconnaissance d'un jugement anglais dans l'Union européenne continentale post-Brexit	
	Dans des FAQ sur le Brexit publiées en ligne le 17 juillet 2019, l'ISDA analyse l'impact qu'aurait une sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, avec ou sans ratification de l'Accord de Sortie négocié avec l'Union européenne, pour mettre en exergue que :	

	a) la sortie du Royaume-Uni n'aura aucune incidence sur les conventions d'arbitrage puisque le Royaume-Uni est membre de la convention de NY, b) il y a un certain nombre de cas dans lesquels la reconnaissance d'un jugement anglais dans l'Union européenne posera problème du fait que le Royaume-Uni devenant pays tiers, le Règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne sera plus applicable, alors que la Convention de la Haye de 2005 sur l'Election de For ne couvrira pas toutes les hypothèses, c) une convention d'arbitrage dans les contrats-cadre de droit anglais permet de lever ces incertitudes.	

ANNEXE 6

Principaux critères de choix entre l'arbitrage et la justice étatique retenus par les établissements bancaires et financiers français et les conséquences pour l'arbitrage simplifié

PRINCIPAUX CRITÈRES DE CHOIX ENTRE L'ARBITRAGE ET LA JUSTICE ÉTATIQUE RETENUS PAR LES ÉTABLISSEMENTS BANCAIRES ET FINANCIERS FRANÇAIS ET LES CONSÉQUENCES POUR L'ARBITRAGE SIMPLIFIÉ

Principaux critères de choix entre arbitrage et justice étatique retenus par les établissements bancaires et financiers français	**Recommandations aux institutions arbitrales de la Place pour faciliter le recours à l'arbitrage par les établissements bancaires et financiers**
1/ Contexte international	
Les établissements préfèrent avoir recours aux tribunaux étatiques français pour des litiges les opposant à une contrepartie française en raison tout à la fois de la qualité du système judiciaire français, et du coût jugé moindre que celui d'un recours à l'arbitrage en pareille hypothèse. Le recours à l'arbitrage est envisagé lorsque la contrepartie est étrangère et/ou les actifs situés à l'étranger si les circonstances le justifient ou qu'il n'y a pas de marge de négociation, le recours aux tribunaux étatiques français ou étrangers demeurant la solution privilégiée. Les établissements recourent donc à l'arbitrage dans un contexte correspondant au concept d'arbitrage international, tel que défini par l'article 1504 du Code de Procédure Civile (CPC), par opposition à l'arbitrage interne : - arbitrage commercial résultant d'un contrat de nature commerciale conclu par des parties à titre privé, - arbitrage d'investissement entre État d'accueil et investisseurs étrangers,	
2/ Coût	
<u>Coût d'une procédure d'arbitrage par comparaison au coût d'une procédure devant une juridiction étatique</u> Les établissements estiment globalement que le coût d'une procédure arbitrale est plus élevé que celui d'une procédure judicaire étatique, sauf dans les deux cas suivants : a) un recours à l'arbitrage est jugé moins onéreux dans un contexte international	Option possible entre une procédure d'arbitrage classique et une procédure d'arbitrage d'accélérée. Conseils pour l'encadrement des modes d'administration de la preuve afin de limiter les coûts.

pour éviter la saisine de plusieurs juridictions étatiques pour un même litige, notamment pour des crédits syndiqués impliquant des parties de différents États, avec le cas échéant un risque d'avoir des appels coûteux et divergents contrasté au caractère final de l'arbitrage. b) Un recours à l'arbitrage est jugé moins onéreux qu'un recours devant une juridiction étatique d'un pays de *common law* en raison du coût et des délais induits par l'administration de la preuve résultant des procédures de *discovery (USA)* ou *disclosure (UK)*, pour un contrat régi par un droit du *common law* ou même par un droit civil. Ce dernier point est particulièrement important dans le contexte du Brexit, le recours à l'arbitrage plutôt qu'à une juridiction britannique permettant tout à la fois de minimiser le coût élevé de la procédure propre à l'administration de la preuve devant ce type de juridiction et de pallier aux conséquences de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne (voir *infra* « 4/ Exécution de la sentence arbitrale lorsque le pays est en dehors de l'espace de coopération judicaire de l'Union européenne ») [57]. <u>Coût d'une procédure d'arbitrage classique par comparaison au coût d'une procédure d'arbitrage accélérée</u> Les établissements estiment que le coût d'une procédure accélérée est inférieur à celui d'une procédure arbitrale classique. <u>Coût de l'administration de la preuve pour une procédure d'arbitrage</u> Les banques estiment que le coût de l'administration de la preuve peut être élevé dans une procédure d'arbitrage lorsque celle-ci applique les règles de l IBA (*International Bar Association*) opérant une synthèse entre les règles de procédure civilistes et de *Common Law*.	Publication de barème avec si possible un calculateur en ligne, à l'instar de la ICC pour évaluer le coût d'une procédure arbitrale.

[57] *Cf. mail de l'AMAFI du 23 septembre 2019 en Annexe 7.*

3/ Risque de partialité, vénalité ou incompétence de la juridiction étatique naturellement compétente	
- Les établissements sont très vigilants quant à la qualité de la juridiction étatique naturellement compétente, lorsqu'il s'agit d'une juridiction étrangère, et opte volontiers pour l'arbitrage lorsqu'il y a un risque de partialité, vénalité ou incompétence. - Dans le même ordre d'idée, les établissements peuvent recourir à l'arbitrage : a) par souci de neutralité, b) pour bénéficier d'un jugement d'expert dans un litige présentant un caractère très technique, c) en l'absence de « maturité » des instances mises en place dans certains États en cours de « refonte » de systèmes des tribunaux » ou pour lesquels le respect ou la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée reste aléatoire en terme d'indépendance des tribunaux.	Accès en ligne à une liste de confiance d'arbitres spécialisés en matière bancaire et financière, comme actuellement proposé par P.R.I.M.E. FINANCE et HKIAC et envisagé par la ICC.
4/ Exécution de la sentence arbitrale lorsque le pays est en dehors de l'espace de coopération judicaire de l'Union européenne	
- Les établissements optent volontiers pour l'arbitrage lorsque le pays de localisation des actifs de la contrepartie étrangère est en dehors de l'espace de coopération judicaire de l'Union européenne, parce qu'il est globalement plus facile de faire exécuter une sentence arbitrale étrangère qu'un jugement étranger. En effet la Convention de New-York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, permettant de faire exécuter sur le territoire d'un État membre les sentences rendues dans les autres États parties à la Convention, a été ratifiée par 160 pays. - Par contraste en matière de reconnaissance de jugements étrangers, la Convention de la Haye de 2005 sur l'Election de For n'a été ratifiée que par 34 pays et ne couvre que les jugements rendus par application de clauses d'attribution de juridiction exclusives. - Quant à la Convention de la Haye de 2019 sur la reconnaissance des jugements, portant sur	Dans le contexte du Brexit, assurer une promotion des institutions arbitrales de la Place. Une comparaison entre la ICC et la *London Court of Arbitration* serait très utile dans ce cadre.

les jugements rendus par application de clauses d'attribution de juridiction non exclusives, elle vient tout juste d'être adoptée et n'est pas encore entrée en vigueur. - Dans le contexte d'une possible sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne le 1er février 2020, sans accord, il y a des incertitudes concernant la reconnaissance des jugements anglais, poussant les acteurs de la place à s'interroger sur la pertinence d'un recours aux tribunaux anglais et l'opportunité de recourir à l'arbitrage. En effet, le Royaume-Uni devenant pays tiers, le Règlement (UE) n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ne serait plus applicable. - Le Royaume-Uni deviendrait membre de la Convention de la Haye de 2005 sur l'Election de For à partir du 1er février 2020, suite à sa demande d'adhésion du 28 décembre 2018, cette Convention étant déjà vigueur dans tous les pays de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. Toutefois, d'après l'interprétation de la Commission Européenne, la Convention ne couvrirait que les décisions de justice anglaises rendues par application d'une clause l'élection de for postérieures au 31 janvier 2020. À titre d'illustration, une décision de justice anglaise rendue par application d'une clause d'attribution de juridiction exclusive datant de 2017, dans le cadre d'une procédure entamée en 2021 ne serait pas couverte par la Convention de la Haye de 2005.	
5/ Confidentialité	
Les établissements estiment que la confidentialité peut dans certains cas être un critère important de recours à l'arbitrage par les établissements, le contentieux étatique étant en principe public. En droit français, le l'article 1464 du Code de Procédure Civile consacre le principe de la confidentialité pour la procédure arbitrale interne seulement. Ce principe n'est pas consacré par le droit français pour l'arbitrage international, laissant ainsi la	Publier des clauses optionnelles permettant d'assurer la confidentialité lorsque le règlement d'arbitrage ne prévoit pas par défaut la confidentialité de la procédure.

possibilité aux parties d'exprimer un choix pour la confidentialité de la procédure arbitrale dans la clause compromissoire, dans l'acte de mission ou sur demande raisonnée, par ordonnance de procédure du tribunal arbitral. Cette différence entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international en droit français s'explique par le fait que la confidentialité est, petit à petit, écartée de l'arbitrage des investissements.	
6/ Mesures provisoires et conservatoires	
Les établissements préfèrent recourir à la justice étatique plutôt qu'à l'arbitrage lorsqu'ils anticipent d'avoir recours à des mesures provisoires et conservatoires en raison de l'absence d'imperium du tribunal arbitral, en dépit de la tendance au renforcement des pouvoirs du tribunal arbitral en droit français : a) compétence exclusive du tribunal arbitral pour décider de mesures conservatoires à partir de sa constitution (article 1449 du CPC), b) possibilité d'ordonner à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire à l'exception des saisies conservatoires et sûretés judicaires (article 1468 du CPC).	Développer les dispositions relatives aux mesures provisoires et conservatoires, à l'instar de ce qui existe dans la procédure d'arbitrage ICC et notamment, a) le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires (cf. article 28 du règlement d'arbitrage CCI) qui peuvent s'imposer aux tiers par le recours du juge d'appui, b) en cas d'urgence, la ICC peut nommer un arbitre d'urgence pour rendre une décision sous quinzaine (cf. article 29 du règlement d'arbitrage ICC).
7/ Durée	
Les établissements considèrent qu'une procédure arbitrale est en règle générale plus courte qu'une procédure devant des juges étatiques pour les raisons suivantes : a) suppression du double degré de juridiction et caractère limitatif des cas d'ouverture des recours contre les sentences arbitrales, lesquels ne suspendent pas l'exécution de la sentence en droit français (article 1526 CPC), b) retours d'expérience positifs sur les procédures accélérées du Règlement de l'ICC et de celui de la HKIAC.	
8/ Litige multipartite	
Les établissements préfèrent recourir à la justice étatique plutôt qu'à l'arbitrage pour des litiges intéressants plus de deux parties pour les raisons suivantes :	Développer les dispositions relatives aux litiges, à l'instar de ce qui existe dans la procédure d'arbitrage ICC, la Cour Internationale

a) un tribunal n'a pas le pouvoir d'ordonner l'intervention d'un tiers ou la jonction de plusieurs instances, à la différence d'une juridiction étatique, sauf accord de toutes les parties avec dans ce dernier cas une difficulté déplacée vers la constitution d'un tribunal statuant sur des procédures consolidées, b) en outre une sentence arbitrale ne fait pas jurisprudence et ne lie pas un tiers qui ne serait pas partie à l'instance arbitrale.	d'Arbitrage de la ICC pouvant, sous certaines conditions : a) ordonner la jonction d'instance (cf. article 10 du règlement d'arbitrage ICC), b) ordonner l'intervention d'un tiers comme partie à l'arbitrage (cf. article 7 du règlement d'arbitrage ICC).
9/ Immunité de juridiction	
- Inopposabilité de la prohibition de compromettre de la personne morale étrangère dans l'ordre juridique français et donc renonciation implicite à une interdiction de compromettre dès lors qu'un État a signé une clause compromissoire - Les établissements optent pour l'arbitrage dans le cadre de transaction avec des entités publiques étrangères.	

ANNEXE 7

Communication de l'Amafi à ses adhérents

From: Secrétariat <secretariat@amafi.fr>
Sent: lundi 23 septembre 2019 15:47
Subject: AMAFI - Brexit - Contrats soumis à la compétence des juridictions anglaises

CB/NN/19-0840

Destinataires : - Juridique
- Conformité
- Cabinets Correspondants

Madame, Monsieur,

Dans le cadre de la préparation à un Brexit dur, le Gouvernement français encourage les entreprises à réaliser un audit complet des contrats en cours les liant à un client ou prestataire installé au Royaume-Uni.

En effet, parmi les nombreuses conséquences d'une sortie sans accord, figure en bonne place le sort des contentieux issus de contrats soumis à la compétence des juridictions anglaises. Il est en effet rappelé que le règlement européen de 2001, refondu en 2012, a consacré la libre circulation des jugements et permis l'exécution directe au sein de l'Union des décisions judiciaires rendues dans les États membres, sans procédure d'exequatur préalable. Toutefois, un Brexit dur impliquerait un retour au droit commun de l'exequatur : tout jugement français ou britannique devrait alors faire l'objet d'une procédure d'exequatur pour pouvoir être exécuté dans chacun de ces pays.

A cette difficulté qui ne doit pas être ignorée, l'AMAFI souhaite en outre attirer en tant que de besoin votre attention sur un aspect parfois méconnu du droit britannique et sans lien direct avec le Brexit : le régime d'administration de la preuve, dit de *disclosure*, fondement de la justice « cartes sur table ».

Ce régime est complexe et à compartiments multiples. La procédure de *standard disclosure* qui en fait partie et dont les grandes lignes sont brièvement présentées ci-dessous, est représentative :

- Il s'agit de l'obligation des parties de communiquer toutes les pièces qui leur sont favorables mais également celles qui le sont à la partie adverse, c'est-à-dire tous les éléments de preuve qui ne soutiennent pas leurs prétentions pour peu qu'elles en aient, ou en aient eu, le contrôle.

- La tâche se complique quand la liste de documents s'allonge, quand leur support se diversifie : de plus en plus dématérialisés, l'obligation de diffusion pourra même s'étendre aux données supprimées ; de plus en plus diffusés largement, l'obligation pourra encore atteindre les tiers, les documents connexes... La *disclosure* va également entrainer la divulgation de tous les documents connexes, tous les fruits de l'arbre empoisonné - *train of inquiry documents* - qui peuvent conduire à la découverte d'autres preuves.

  Les acteurs dont les contrats relèvent de la compétence des juridictions britanniques mettent en conséquence en place des politiques de conservation des documents.

- S'il existe des exceptions, elles sont tellement complexes qu'elles peuvent finalement se vider de leur sens. On citera à cet égard le fameux *privilege* qui protège les communications entre un avocat et son client. Bien que décrit comme un droit fondamental, il voit souvent la forme prendre le dessus sur le fond. A titre d'exemple, frappant pour toute personne morale, seuls les échanges entre l'avocat et les personnes physiques expressément chargées par leur employeur de solliciter et recevoir les conseils juridiques peuvent bénéficier du *privilege*. Attention donc à toute transmission subséquente, tant en interne qu'en externe.

La lourdeur, les coûts astronomiques résultant de l'obligation de *disclosure* ainsi que l'imminence du *Brexit* ont amené le Royaume-Uni à repenser son système. Si traditionnellement, la justice « cartes sur table » a pu attirer les parties vers les juridictions britanniques, ses bénéfices sont aujourd'hui largement éclipsés par les coûts qu'elle implique. Une première

réforme en 2013 n'a pas suffi. Une autre est en cours de réflexion (un *pilot scheme* a même été mis en place), dont on dit déjà qu'elle ne changera que très peu la donne.

Si, comme il a été relevé plus haut, le Brexit est sans impact sur le régime britannique d'administration de la preuve, il n'en reste pas moins que le périmètre des audits contractuels en cours de réalisation par les entreprises d'investissement et les établissements de crédit dans le cadre de leur préparation au Brexit pourrait utilement intégrer une revue des clauses de compétence.

Je reste bien entendu à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire.

Je vous prie de bien vouloir recevoir, Madame, Monsieur, mes salutations respectueuses.

Claire Boiget
Directrice des Affaires Juridiques / Director of Legal Affairs
AMAFI - Association française des marchés financiers

Tel. : +33.(0)1.53.83.00.91 – Mob. : +33.(0)7.66.03.44.90 - E.Mail : cboiget@amafi.fr
Site : www.amafi.fr Twitter : @AMAFI_FR

Amafi ASSOCIATION FRANÇAISE DES MARCHÉS FINANCIERS

AVERTISSEMENT / DISCLAIMER

Ce message et ses pièces jointes sont établis à l'intention exclusive de ses destinataires et sont confidentiels. Si vous recevez ce message par erreur, merci de le détruire et d'en avertir immédiatement l'expéditeur, toute utilisation de ce message étant interdite, sauf autorisation expresse. La responsabilité de l'AMAFI ne peut être engagée du fait de ce message.
Des Données Personnelles ont été ou seront collectées ou reçues par l'AMAFI. Nous collectons et traitons ces Données Personnelles conformément à la règlementation applicable. De plus amples informations sont disponibles dans notre Politique de Confidentialité ou peuvent être obtenues en contactant RGPD@amafi.fr.
Access by the intended recipient only is authorised. Any liability arising from any third party acting, or refraining from acting, on any information contained in this email is excluded. If you are not the intended recipient, please notify the sender immediately then delete it and do not disclose the contents to any other person. Personal Data has been, or will be, collected or received by the AMAFI. We collect and manage Personal Data in accordance with applicable rules and regulations. Please refer to our Data Privacy Policy (in French) for more details or contact RGPD@amafi.fr.

ANNEXE 8

Problématique de l'administration de la preuve

PROBLÉMATIQUE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

I- L'administration de la preuve en France

Les modalités d'administration de la preuve dans un pays de tradition civiliste comme la France diffèrent de celles des pays de *common law* et reposent sur l'initiative des parties : une partie ne versera aux débats que les documents qu'elle considère utiles au succès de ses prétentions et s'abstiendra, naturellement, de produire des éléments qui lui seraient défavorables. Le système français d'administration de la preuve s'explique par le fait que, selon l'article 9 du code de procédure civile, il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de ses prétentions. Une partie doit ainsi produire en justice les éléments de preuve qui lui paraissent pertinents pour obtenir un jugement favorable. Elle n'a pas à aller au-delà, son obligation probatoire tendant seulement à démontrer la réalité des faits qu'elle allègue pour justifier ses demandes.

Le caractère contradictoire de la procédure et le droit pour chaque partie, quelle que soit sa position dans le procès, de verser aux débats l'ensemble des éléments de conviction utiles permet au juge de forger sa conviction, après un examen des pièces produites et l'analyse des commentaires faits par le demandeur ou le défendeur tant de ses propres pièces que de celles de l'adversaire.

La réglementation française du droit de la preuve ne méconnaît pas néanmoins le fait que, dans certains cas, une partie peut se trouver dans l'impossibilité de produire les preuves qui lui sont nécessaires parce qu'elles sont détenues, soit par l'autre partie au litige, soit par un tiers.

Le code de procédure civile (articles 11, 138 et suivants) prévoit ainsi que chaque partie peut demander à un juge d'enjoindre à l'autre partie de produire des éléments de preuve que celle-ci se serait abstenue de communiquer spontanément.

Les parties peuvent aussi demander la production de tous documents détenus par des tiers, s'il n'existe pas d'empêchement légitime, comme par exemple, le secret bancaire ou la nécessité de respecter l'intimité de la vie privée.

Tout en n'ayant pas la même portée, ce mécanisme s'approche ainsi des systèmes de droit imposant à chaque partie une communication générale des éléments de preuve, favorables ou défavorables, la différence tenant au caractère non systématique de ces productions et à une possibilité de meilleur ciblage de l'étendue de l'obligation de communication.

La demande de communication peut, bien sûr, être faite au juge déjà saisi du litige et cette demande peut être présentée sans formalisme particulier (article 139 du code de procédure civile).

Le code de procédure civile prévoit aussi que la demande de communication de pièces peut être formée avant l'engagement d'un procès.

Plusieurs raisons expliquent cette anticipation :

- l'engagement du procès suppose que le demandeur indique, dans l'acte de saisine de la juridiction, les pièces sur lesquelles la demande est fondée. Or, comme indiqué précédemment, il existe des hypothèses dans lesquelles les pièces utiles ne sont pas détenues par celui qui entend les invoquer, mais par son adversaire potentiel. Dans un tel cas, il est parfaitement justifié qu'à défaut de production spontanée, la communication des documents nécessaires à la régularité de la saisine du tribunal puisse être ordonnée par un juge.

- Il arrive également que le demandeur ne soit pas encore certain, en l'état des informations dont il dispose, qu'un procès sera possible ou opportun et c'est seulement à l'examen des éléments détenus par l'autre partie qu'il pourra véritablement apprécier l'utilité du procès ou orienter l'affaire vers une recherche de solution négociée du litige.

L'article 145 du code de procédure civile instaure pour ces différentes situations ce que l'on appelle un système de mesures d'instruction "*in futurum*", système qui fait l'objet d'une utilisation quotidienne importante devant les juridictions civiles françaises.

Deux types de procédure sont mises à la disposition des parties :

- En principe le demandeur doit appeler l'adversaire potentiel à la procédure, pour assurer le respect du principe de la contradiction. Cette procédure est néanmoins particulièrement souple et permet la saisine du juge dans des délais qui, en cas d'urgence, peuvent être très brefs.

- Le code de procédure civile prévoit aussi que, par exception à cette procédure contradictoire, le demandeur peut solliciter du juge une mesure d'instruction par simple requête, sans appeler la partie adverse. Cette procédure peut être utilisée lorsque les circonstances exigent de ne pas appeler cette autre partie (risque de destruction des éléments de preuve ; difficulté pour identifier un adversaire potentiel, dont l'identité ne pourra précisément apparaître qu'au vu des éléments réclamés dans le cadre de la mesure d'instruction).

L'intérêt de la procédure sur requête est évident, puisqu'elle n'implique pas la convocation d'un contradicteur devant le juge et permet au juge de prendre une décision immédiatement exécutoire, mais celui auquel cette décision sera opposée conserve la possibilité de demander au juge de rétracter sa décision dans le cadre d'un débat contradictoire avec l'auteur de la requête.

Il est important de souligner que les procédures de l'article 145 du code de procédure civile peuvent être utilisées pour obtenir des mesures autres que la communication de documents. L'expertise confiée à un technicien ou le constat exécuté par un professionnel, tel que l'huissier de justice, font partie des principales décisions qui peuvent être demandées au juge dans ce cadre. Ces modes d'obtention des preuves sont très fréquemment mis en œuvre pour de nombreuses catégories de

litiges impliquant des investigations complexes et permettent d'obtenir des informations que la seule consultation des pièces produites par chaque partie serait dans l'incapacité de révéler.

Il convient enfin d'ajouter qu'en vertu de l'article 1449 du code de procédure civile, l'existence entre les parties d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction étatique afin d'obtenir une mesure d'instruction, notamment par l'une des procédures prévues à l'article 145 du code de procédure civile.

II- Procédure d'administration de la preuve applicable dans les pays de common law – l'exemple du Royaume-Uni

Le recours à l'arbitrage international peut présenter un intérêt pour les établissements bancaires et financiers dans l'hypothèse où le litige concerne des contrats soumis à un droit de *common law* et lorsque la juridiction naturellement compétente pour connaître du différend se trouve dans un pays de *common law*.

La procédure civile au Royaume-Uni est soumise aux *Civil Procedure Rules* (CPR) fondées sur le principe directeur de gestion juste et proportionnée[58] des affaires. Ces CPR sont complétées par des *Practice Directions*[59].

Garantir le meilleur usage possible des ressources de la Cour implique une répartition des affaires qui leur soit adaptée, entre les trois procédures[60] (*tracks*) suivantes :

- *Small claims* : demandes inférieures à 10 000 pounds sterling ;

- *Fast track* : demandes non-complexes comprises entre 10 000 et 25 000 pounds sterling ;

- *Multi-track* : demandes supérieures à 25 000 pounds sterling et/ou complexes.

Dans la mesure où il n'apparaît pas opportun, pour les besoins du présent rapport qui s'adresse aux établissements financiers, de s'attacher aux règles d'administration de la preuve applicables aux *small claims* et *fast track*, les développements qui suivent seront centrés sur les affaires relevant du *multi-track*.

---

[58] *CPR1.1 : These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.*

[59] *CPR – Rules and Directions.*

[60] *CPR 26.1(2).*

2.1 - Le choix de la méthode de *disclosure*

La standard disclosure (abordée ci-après) n'est plus en théorie l'approche retenue par défaut depuis la réforme Jackson dont les dispositions sont entrées en vigueur en avril 2013. Un menu est désormais offert au juge et le choix lui-même est soumis au respect d'une procédure stricte : la rédaction d'un *disclosure report*, qui devra être discuté entre les parties pour être ensuite entériné par la Cour à l'occasion de la première *case management conference*.

2.1.1 - Le *disclosure report*

Soumis à la Cour et à la partie adverse au moins 14 jours avant la première *case management conference*[61], il doit contenir les éléments suivants :

- une description des documents pertinents qui existent ou pourraient exister ;

- une description de l'endroit et de la méthode de conservation de ces documents ;

- une estimation du coût d'une *standard disclosure* dans le cas d'espèce ;

- la préférence de la partie en cause quant à l'approche à retenir en matière de *disclosure*.

2.1.2 - La discussion entre les parties

Les parties sont tenues de tenter de s'accorder sur la *disclosure* (y compris en ce qui concerne les documents au format électronique) au moins 7 jours avant la première *case management conference*[62]. En pratique, une telle discussion a lieu très en amont compte tenu des difficultés que les parties rencontreront nécessairement dans la recherche d'un accord mais également afin de permettre aux parties d'estimer le budget qu'elles devront consacrer à cette *disclosure*.

2.1.3 - La première *case management conference*

Si les parties sont parvenues à un accord, la Cour a la possibilité de l'entériner sans qu'une audience soit nécessaire.

En revanche, lorsque des désaccords subsistent, ce qui est naturellement le cas en pratique, le juge peut sélectionner l'une des options qui lui sont offertes par le menu prévu à la CPR31.5(7) :

---

[61] *CPR 31.5(3).*

[62] *CPR 31.5(5).*

- pas de *disclosure* ;

- *disclosure* des pièces sur lesquelles chaque partie se fonde ainsi que de celles spécifiquement réclamées par la partie adverse ;

- *disclosure* spécifique à chaque demande des parties ;

- *disclosure* limitée aux pièces sur lesquelles chaque partie se fonde ;

- *standard disclosure* ;

- *disclosure ad hoc* à la discrétion de la Cour.

À défaut de choix, la méthode dite de *standard disclosure* s'appliquera.

En pratique, ni les avocats ni les magistrats n'ont utilisé le menu dont ils disposent depuis 2013 et la standard disclosure est restée l'option par défaut dans presque tous les cas [63].

2.2 - La *standard disclosure*

Il s'agit de l'obligation des parties de communiquer, sous réserve de rares exceptions, toutes les pièces qui leur sont favorables mais également celles qui le sont à la partie adverse, c'est-à-dire tous les éléments de preuve qui ne soutiennent pas leurs prétentions pour peu qu'elles en aient, ou en aient eu, le contrôle.

La tâche se complique quand la liste de documents s'allonge, quand leur support se diversifie : de plus en plus dématérialisés, l'obligation de diffusion pourra même s'étendre aux données supprimées ; de plus en plus diffusés largement, l'obligation pourra encore atteindre les tiers, les documents connexes... L'arrêt *Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners*[64] rappelle que « *le principe d'accès aux pièces n'est pas confiné aux seules parties à l'instance mais peut être étendu aux tierces personnes détenant un document essentiel* ». La *disclosure* va également entrainer la divulgation de tous les documents connexes, tous les fruits de l'arbre empoisonné - *train of inquiry documents* - qui peuvent conduire à la découverte d'autres preuves.

C'est ainsi qu'il est impératif, pour les acteurs dont les contrats relèvent de la compétence des juridictions britanniques, de mettre en place des politiques de conservation des documents dans la mesure où le client est tenu de préserver les pièces utiles à la procédure[65].

---

[63] *Disclosure Working Group Press Announcement, 31 July 2018.*

[64] *Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners [1973] (2 All E.R 943 à 973c).*

[65] *CPR31.11(1) qui inclut le devoir de préservation des pièces.*

2.2.1 - La notion de « document »

L'obligation de *disclosure* d'une partie se définit par référence à la notion de « document ». La CPR31.4[66] précise que constitue un document « *un support, quel qu'il soit, sur lequel une information quelle qu'elle soit, est enregistrée* ». Le périmètre est pour le moins large et la *Practice Direction* qui complète cette CPR[67] inclut expressément les documents électroniques. La notion de document s'étend aux données électroniques sauvegardées mais également aux données supprimées et aux métadonnées.

2.2.2 - La notion de « contrôle »

La notion de « contrôle[68] » recouvre :

- la détention physique ;

- le droit de détenir : il en est ainsi, à titre d'exemple, lorsque le document est physiquement en la possession de l'avocat ou du comptable d'une partie, mais également d'une filiale (comme le précise l'arrêt *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Ltd* [69]) ;

- le droit d'inspecter ou de copier le document : il s'agit ici d'un droit fondé sur une loi ou encore un contrat.

La CPR31.8 précise que l'obligation de *disclosure* s'étend aux documents dont une partie a actuellement, a eu[70] ou aura sous son contrôle[71] avant la fin de la procédure :

- Lorsqu'un document a été, mais n'est plus, en la possession d'une partie, celle-ci doit toutefois l'inclure dans sa liste de pièces afin de permettre au juge de vérifier que le devoir de préservation des pièces n'a pas été méconnu et à la partie adverse de solliciter, le cas échéant, la communication de la pièce en question auprès la tierce personne qui la détient désormais ;

- S'agissant du contrôle futur, il est d'usage pour l'avocat de mettre en garde son client contre les deux dangers suivants : la création ou la réception de nouveaux documents au cours de la procédure, afin d'éviter autant que faire se peut, d'allonger encore la *disclosure list*.

---

[66] *CPR31.4.*

[67] *PD31A 2A 1.*

[68] *CPR31.8.*

[69] *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Ltd [1980] 1 WLR 627.*

[70] *CPR31.8 : « For this purpose a party has or has had a document in his control (…) ».*

[71] *PD31.11.*

2.2.3 - La notion de « *recherche raisonnable* [72] »

Chaque partie se doit de procéder à une recherche raisonnable/proportionnée des pièces qui :

- impactent négativement son propre dossier ;

- impactent négativement le dossier de la partie adverse ;

- viennent au soutien du dossier de la partie adverse ;

- sont requises par une règle de procédure spécifique.

Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération afin de distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas :

- le nombre de documents ;

- la nature et la complexité de l'affaire ;

- la faisabilité et le coût de recherche de chaque pièce ;

- l'importance de chaque pièce.

C'est donc à un formidable exercice de cartographie, d'analyse et de recherche que les parties doivent se soumettre lorsque leur différend est soumis à la compétence des juridictions britanniques, auquel s'ajoute le lourd travail de tri et d'expurgation lorsqu'un document contient des informations privilégiées, sans lien avec l'affaire et sensibles sur le plan commercial.

2.3 - Les exceptions à l'obligation de *disclosure*

Il est important de distinguer, à titre liminaire, entre l'obligation de communiquer et celle de lister un document. Ainsi, si une pièce dans son ensemble peut bénéficier d'une exception, il n'en reste pas moins qu'elle devra être incluse dans la liste de pièces établie par la partie en cause. De la même façon, une pièce contenant certaines informations protégées devra être expurgée et listée en tant que tel.

2.3.1 - Les informations sans lien avec l'affaire et sensibles sur le plan commercial

La confidentialité n'est pas en elle-même un élément suffisant pour justifier que l'information soit expurgée. Pour ce faire, il est en outre nécessaire que ladite information soit sans lien avec l'affaire (*irrelevant*).

---

[72] *Reasonable search – PD31.7.*

Le même principe s'applique aux données personnelles soumises au règlement européen relatif à la protection des données[73]. Dans ce cas toutefois, la situation se complique puisqu'il est très probable que l'individu dont le nom est supprimé puisse encore être identifié grâce au contexte et aux autres informations contenues dans le document.

Ainsi, outre la difficulté et le coût de l'exercice, ce sont les risques résiduels qui ne sauraient être sous-estimés.

2.3.2 - Les *privileges*

La principale exception à l'obligation de *disclosure* réside certainement dans les différents privilèges que reconnaît le droit anglais. L'on pourra citer : le *legal advice privilege, litigation privilege, common interest privilege, without prejudice privilege.*

Sont retenus dans le cadre du présent rapport les privilèges les plus importants que sont le *legal advice privilege* et le *litigation privilege.*

Malgré la nature absolue du privilège[74], son application en droit anglais repose souvent sur le respect de formalités bien plus que sur sa substance.

2.3.2.1 - Legal advice privilege

Ce privilège a pour objet de favoriser la relation de confiance entre le client et son avocat[75] et s'applique aux échanges confidentiels qui interviennent entre eux dans le cadre de l'activité de conseil de l'avocat[76].

Ces communications sont privilégiées et échappent ainsi à l'obligation de *disclosure* pour autant que le privilège n'ait pas été perdu ou que le client n'y ait pas renoncé.

---

[73] *Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).*

[74] *Dès lors que le privilège est établi, le titulaire dispose du droit absolu de ne pas communiquer la pièce (qui devra toutefois figurer sur la liste des pièces).*

[75] *Principe confirmé notamment dans Three Rivers DC v Bank of England [2004] UKHL 48 (11 November 2004).*

[76] *Pour rappel, le Royaume-Uni reconnaît le statut d'avocat d'entreprise (le titre de solicitor peut être conservé), ce qui permet aux in-house lawyers et à leurs clients employeurs, de bénéficier du legal advice privilege.*

Si le périmètre de ce privilège peut au premier abord sembler relativement large et, dès lors, protecteur, son application est soumise au respect de certaines conditions : l'existence d'une communication ou encore, et surtout, la définition de la notion de client. À ce titre, lorsque (et c'est évidemment le cas le plus fréquent) le client est une personne morale, ce n'est pas l'ensemble de ses employés qui peut se prévaloir du *legal advice privilege*. Ainsi, dans l'affaire *Three Rivers No5*[77], seuls les trois collaborateurs expressément chargés par leur employeur de solliciter et recevoir les conseils juridiques ont été protégés. Il en résulte que tout employé n'appartenant pas à ce groupe restreint et qui communique, en interne ou en externe (même avec l'avocat retenu), court le risque de voir ses communications soumises à l'obligation de *disclosure*, réduisant ainsi à néant l'intérêt du *legal advice privilege*.

2.3.2.2 - Litigation privilege

Ce privilège trouve sa raison d'être dans le principe selon lequel une (future) partie à un procès doit pouvoir être libre de rechercher les preuves dont elle a besoin sans être tenue de divulguer le fruit de cette recherche.

Un certain nombre de conditions cumulatives doivent toutefois être remplies. La pièce en question doit :

- être une communication entre l'avocat et son client ou entre l'un d'eux et une tierce partie, ou un document créé par ou pour le compte du client ou son avocat ;

- avoir pour objet principal (*dominant purpose*) une procédure judiciaire (ou arbitrale) ;

- être liée à une procédure pendante ou raisonnablement prévisible[78] ; et

- être confidentielle.

À défaut, la pièce ne sera pas couverte par le privilège. Tel est ainsi le cas de documents ayant pour objet principal la négociation d'un règlement amiable de l'affaire. De la même façon, il est improbable que le *litigation privilege* s'applique aux enquêtes internes ou à celles réalisées dans les premières phases d'un contrôle du régulateur.

---

[77] *Three Rivers District Council and others v The Governor and Company of the Bank of England [2003] EWCA Civ 474, approche confirmée dans RBS Rights Issue Litigation [2015] EWHC 3433 (Ch) (26 November 2015).*

[78] *Il doit s'agir d'une possibilité réelle plutôt que d'une simple éventualité (USA v Philip Morris Inc and British American Tobacco (Investments) Ltd [2003] EWHC 3028 (Comm)).*

2.3.2.3 - La perte des privilèges

Celle-ci pourra se produire dans de nombreuses situations au cours de la procédure. L'on citera à titre d'exemple :

- *Statement of case*[79] : une fois communiqué, la partie qui l'a rédigé ne peut plus se prévaloir d'un privilège protégeant le document ;

- Documents cités dans les *statements of case* : citer et s'appuyer sur le contenu d'une pièce privilégiée dans les conclusions peut entraîner la perte du privilège.

2.3.2.4 - Le triomphe de la forme sur le fond

Si la notion de privilège a pu être décrite comme un droit fondamental[80], il n'en reste pas moins qu'en pratique, la forme (autrement dit le respect de formalités) commande bien souvent son application.

Les tests précités dissimulent en réalité une multitude de difficultés que les exemples concrets suivants mettent en lumière. Ainsi, le privilège ne s'appliquera pas :

- au courrier électronique adresse par l'avocat au comptable de son client pour solliciter les informations dont il a besoin pour formuler un conseil juridique ;

- à la conversation téléphonique entre le client et son comptable pour discuter desdites informations à fournir à l'avocat ;

- aux notes prises par l'avocat qui participe à cette conférence téléphonique (sauf si les notes sont transmises au client) ;

- à l'article (de presse/ de doctrine etc.[81]) joint à un courrier électronique envoyé par l'avocat à son client (alors que les extraits cités dans le corps du courrier électronique seraient privilégiés).

Il en résulte que l'obtention ou la perte du privilège peut dépendre de questions de forme, renvoyant ainsi trop souvent à la règle générale inéluctable : *la disclosure*.

---

[79] *Conclusions/ mémoire.*

[80] *Lord Hoffmann in R. (on the application of Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Commissioners of Income Tax, Court of Appeal (civil division) (2 March 2001).*

[81] *Il s'agit d'un exemple – en réalité tout document non-privilégié per se adressé en pièce jointe d'une communication privilégiée ne sera pas protégé.*

2.4 - Les sanctions encourues

Le principe sous-tendant l'obligation de *disclosure* étant l'équité (« *cards on the table*[82] »), les manquements des parties entraîne l'application de sanctions.

2.4.1 - Manquement par une partie à son obligation de communiquer un document au soutien de son dossier :

Conformément aux règles de procédure civile[83], la partie en cause ne peut se prévaloir de cette pièce sauf autorisation donnée par la Cour.

2.4.2 - Manquement par une partie à son obligation de communiquer un document au soutien du dossier de la partie adverse :

La liste des pièces établie par chaque partie contient un *disclosure statement*[84] dans lequel cette partie certifie qu'elle comprend son devoir de *disclosure* et qu'elle l'a accompli. Une fausse déclaration peut alors entraîner l'ouverture d'une procédure d'outrage[85].

En outre, en cas de destruction volontaire de pièces, l'affaire encourt la radiation.

Enfin, plus généralement, c'est dans le cadre de la décision de la Cour quant aux coûts (*costs*[86]) que la partie qui a manqué à son obligation de *disclosure* peut se voir lourdement sanctionnée. Ainsi, dans l'arrêt *Earles v Barclays Bank*[87], Barclays, pourtant gagnante, a fait l'objet de multiples critiques concernant son incapacité à fournir certaines pièces et ce n'est que 25% de ses coûts qui lui ont été alloués (38 000 livres sterling contre 154 000 livres sterling effectivement engagés[88]). Outre la sanction, on retiendra de cette décision l'importance des politiques de conservation des documents qu'il est impératif de mettre en place, qu'une procédure soit ou non envisagée ou envisageable.

La lourdeur, les coûts astronomiques résultant de l'obligation de *disclosure* ainsi que l'imminence du *Brexit* ont amené le Royaume-Uni à repenser son système. Si traditionnellement, la justice « cartes

---

[82] *Citation de Sir John Donaldson MR, Davies v Eli Lilly [1987] 1 WLR 428.*

[83] *CPR31.21.*

[84] *CPR31.10(5).*

[85] *CPR31.23.*

[86] *CPR Part 4 – l'équivalent sensiblement plus strict de l'article 700 du Code de procédure civile français.*

[87] *Earles v Barclays Bank [2009] EWHC 2500 (QB).*

[88] *Étant précisé que Barclays avait initialement sollicité 256 000 livres sterling, qui ont fait l'objet d'une réduction par la Cour en raison de leur caractère manifestement excessif.*

sur table » a pu attirer les parties vers les juridictions britanniques, ses bénéfices sont aujourd'hui largement éclipsés par les coûts qu'elle implique. À défaut de modifications en profondeur lors de la réforme Jackson de 2013, un *Disclosure Working Group* a été mis en place en 2016 et a été chargé tant d'identifier les difficultés que de proposer des solutions radicales.

C'est ainsi qu'un régime temporaire (*Disclosure Pilot Scheme*[89]) s'applique depuis le 1er janvier 2019, pour deux ans, dans les *Business & Property Courts* à Birmingham, Bristol, Cardiff, Leeds, London, Manchester et Newcastle. L'objet de ce régime temporaire est de tester les solutions proposées par le *Disclosure Working Group* tout en permettant aux praticiens de formuler leurs retours d'expérience.

Les parties peuvent désormais s'accorder sur l'un des cinq modèles de *disclosure* prévus afin d'éviter tout transfert d'information inutile. Cette réforme, en réalité, ne semble que très peu changer la donne : l'ancien régime conférait déjà à la Cour la marge de manœuvre nécessaire pour rendre des ordonnances de *disclosure* (cf. *infra*) très similaires à ces nouveaux modèles.

III- L'administration de la preuve en arbitrage international

En matière de preuve, les procédures d'arbitrage international concilient souvent l'approche des pays anglo-saxons, où les procédures de *discovery* / *disclosure* sont d'usage, et l'approche civiliste, de nature inquisitoriale.

L'arbitrage international se présente comme une alternative intéressante aux contentieux portés devant les juridictions de tradition anglo-saxonne, qui présentent le risque qu'une partie se retrouve confrontée à une procédure de *discovery* / *disclosure* longue, coûteuse et à l'issue de laquelle elle pourrait être tenue de divulguer des informations sensibles, voire confidentielles.

Du fait de sa souplesse procédurale, la procédure d'arbitrage international se différencie du contentieux classique dans la mesure où elle offre la possibilité aux parties de prévoir et d'encadrer les règles d'administration de la preuve, notamment s'agissant de demandes de production de documents, d'usage en arbitrage international (3.1).

Dans une moindre mesure, le choix de l'arbitre par les parties aura également une incidence sur les modalités d'administration de la preuve (3.2).

[89] *PD51U.*

3.1 - L'encadrement et l'aménagement des modalités d'administration de la preuve par les parties lors de la rédaction de la clause d'arbitrage

Afin de réduire le coût et la durée de la procédure arbitrale, les parties disposent de la faculté de définir et d'encadrer les modalités d'administration de la preuve dans la clause d'arbitrage, soit :

(a) dans la clause d'arbitrage ;

(b) en prévoyant le recours à des règles d'administration de la preuve définies par des groupes de travail opérant en matière d'arbitrage international, telles que les « *Règles de l'IBA (International Bar Association) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international* » adoptées le 29 mai 2010[90] ou encore les « *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* » (« *Prague Rules* »), publiées le 14 décembre 2018[91].

Les « *Règles de l'IBA sur l'Administration de la preuve dans l'arbitrage international* » préconisent une approche accusatoire anglo-saxonne, qui se rapproche des principes gouvernant l'administration de la preuve dans les pays de *common law*. Les « *Prague Rules* » confèrent en revanche des pouvoirs d'investigation plus importants au tribunal arbitral, inspirés de ceux mis en œuvre dans les pays de tradition civiliste, et visent à limiter la production de documents.

S'agissant des « *Règles de l'IBA sur l'Administration de la preuve dans l'arbitrage international* », largement utilisées, celles-ci se donnent « *pour objectif d'établir une procédure efficace, économique et équitable de l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, en particulier pour des parties de traditions juridiques différentes* » (Préambule, article 1). Les règles de l'IBA encadrent l'étendue et l'objet d'une procédure de *discovery / disclosure* en cantonnant les demandes de production de documents à une « *catégorie limitée et précise* » et en exigeant que soit démontrée la pertinence des documents sollicités au regard du différend (article 3).

Les « *Prague Rules* », qui préconisent l'adoption d'une approche proactive du tribunal arbitral lors de l'administration de la preuve, entendent limiter le recours à la *discovery / disclosure* : « *Generally, the arbitral tribunal and the parties are encouraged to avoid extensive production of documents, including any form of e-discovery* » (article 4.2). Les « *Prague Rules* » prévoient en revanche la possibilité pour les parties de formuler des demandes de production de documents, sous réserve qu'elles explicitent les raisons d'une telle requête (articles 4.3 et 4.5).

---

[90] *https://www.ibanet.org/publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.*

[91] *https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf.*

En pratique, les parties seront tenues d'insérer une référence à ces règles dans la convention d'arbitrage – en complément d'une clause type du Règlement CCI ou d'une clause inspirée du Règlement CCI et adaptée à l'arbitrage accéléré en matière bancaire et financière :

- Pour les « *Règles de l'IBA sur l'Administration de la preuve dans l'arbitrage international* »[92] :

(Outre les pouvoirs conférés au Tribunal arbitral par le (règlement d'arbitrage)), le Tribunal arbitral aura le pouvoir d'ordonner la production de documents (en application des règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international / en s'inspirant le cas échéant des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international) en vigueur à la date de (conclusion du contrat / introduction de l'instance arbitrale).

- Les rédacteurs des « *Prague Rules* » n'ont, à ce jour, pas proposé de clause type. Les « *Prague Rules* » prévoient que les parties peuvent s'accorder sur leur application préalablement ou postérieurement à l'introduction de l'instance arbitrale (article 1.1). Dans un souci de prévisibilité, on recommandera qu'une référence à ces dernières soit intégrée par les parties dans la convention d'arbitrage.

3.2 - L'influence du choix de l'arbitre sur les modalités d'administration de la preuve

Le choix des arbitres aura également une incidence sur les modalités d'administration de la preuve.

L'origine de l'arbitre ainsi que sa formation influenceront son approche et ses décisions quant aux demandes de documents formulées par les parties lors de la procédure arbitrale.

Un arbitre civiliste sera très probablement opposé à de larges demandes de production de documents dans la mesure où, dans la tradition civiliste, les parties se contentent de verser aux débats les pièces en leur possession et ne formulent pas, sauf dans des cas limités, de demandes de production de documents à la partie adverse ou à des tiers.

À l'inverse, dans les pays de *common law*, il est d'usage pour les juges de permettre aux parties de formuler des demandes de production de documents larges et vastes, principalement pour des raisons d'équité. Les arbitres issus de tradition anglo-saxonne seront donc naturellement plus enclins à statuer en faveur de demandes de production de documents extensives.

En conséquence, au moment du choix de l'arbitre, les parties devront s'interroger sur les faits dont elles doivent établir l'existence, les éléments de preuve dont elles disposent pour y parvenir et l'intérêt de recourir à une *discovery / disclosure* limitée ou, au contraire, large et non encadrée.

---

[92] *https://www.ibanet.org/publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Practice Rules and Guidelines : "Lignes directrices de l'IBA pour la rédaction de clauses d'arbitrage international", para. 58.*

En conclusion, l'arbitrage international offre une alternative intéressante au contentieux devant les juridictions étatiques dans le cas de contrats soumis à un droit de *common law* et à une juridiction anglo-saxonne, façonnée par une procédure accusatoire, pour des raisons principalement liées aux coûts, à la durée et efficacité de la procédure arbitrale.

En outre, on notera qu'un autre facteur plaidant en faveur de l'arbitrage international réside dans la possibilité d'éviter que l'adversaire se retrouve en possession de documents sensibles, voire confidentiels, la *discovery* dans le cadre d'un procès mené devant des juridictions anglo-saxonnes pouvant se transformer en « *fishing expedition* ».

ANNEXE 9

Tableau comparatif – Arbitrage accéléré proposé et chambre internationale du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris

TABLEAU COMPARATIF
ARBITRAGE ACCÉLÉRÉ PROPOSÉ ET CHAMBRE INTERNATIONALE DU TRIBUNAL DE COMMERCE ET DE LA COURS D'APPEL DE PARIS

Hypothèse : contrat entre une contrepartie française et une contrepartie non-française.

Le tableau ci-dessous compare l'actuelle procédure d'arbitrage accéléré de l'ICC (colonne n°2) aux procédures devant les chambres internationales du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel de Paris (colonne n°1). L'objectif est de visualiser rapidement les principales caractéristiques de chacune d'entre elles.

Les cases vertes signalent l'option qui nous a semblé la plus avantageuse et les cases rouges l'option la moins intéressante. Lorsqu'aucun avantage ne se dégageait, les cases ont été laissées en blanc.

La dernière colonne propose des pistes d'amélioration de ces deux types de procédures, lesquelles pourraient être intégrées dans la nouvelle proposition d'arbitrage en matière bancaire et financière.

	Chambre internationale du Tribunal de commerce / Cour d'appel de Paris	**Arbitrage ICC accéléré**	**Commentaires**
I/ Rédaction de la clause d'attribution de juridiction			
Options concernant	La juridiction compétente - possible recours devant la chambre internationale de la CA de Paris.	Le siège de l'arbitrage.	
	Le droit applicable.	Le droit applicable.	
	Possibilité de communiquer des pièces en anglais et de s'exprimer en anglais pour les parties, témoins, techniciens et conseils des parties **lorsqu'ils sont étrangers et habilités** à plaider devant le TC Paris (en l'état des protocoles, les avocats français ne peuvent donc pas plaider en anglais devant ces chambres).	La langue de l'arbitrage.	Plus d'options pour la rédaction d'une clause d'arbitrage ICC accélérée, la bonne rédaction de cette clause nécessitant de se faire assister d'un avocat. NB : l'arbitrage interne est par nature confidentiel, sauf si les parties en disposent autrement. Le principe est inverse en matière d'arbitrage international.
		La confidentialité.	
		Le nombre d'arbitres.	
		Le règlement d'arbitrage.	
		Le centre d'arbitrage.	
Divers	Guide pratique disponible en 2020.		

	Chambre internationale du Tribunal de commerce / Cour d'appel de Paris	Arbitrage ICC accéléré	Commentaires
II/ Conduite de la procédure			
Coût de la procédure	Minime.	Élevé - partiellement maitrisable en fonction des options retenues : 1 ou 3 arbitres etc. Généralement, la partie perdante ne supporte pas tous les coûts. Arbitrage non adapté quand les enjeux financiers sont faibles.	Dans les deux cas, il est possible de fixer un calendrier dès le début de la procédure, privilégier l'usage des nouvelles technologies (visio, etc.).
Durée	Possibilité de retarder la procédure/ l'exécution/ la reconnaissance de manière dilatoire. Manque d'encadrement de la procédure (nombre d'échange de mémoires, procédure de production de documents, déroulement des audiences, façon dont les témoins seront entendus).	Possibilité de retarder la procédure / l'exécution / la reconnaissance de manière dilatoire. Manque d'encadrement de la procédure (nombre d'échange de mémoires, procédure de production de documents, déroulement des audiences, façon dont les témoins seront entendus).	
Validité de la clause attributive de compétence	Les chambres internationales ne figurent pas dans le Code d'organisation judiciaire. En conséquence : - la validité de la clause attributive de juridiction en leur faveur est incertaine ; - possibilité pour les parties de ne pas adhérer aux protocoles relatifs à la procédure devant les chambres internationales (car le fait de leur attribuer juridiction n'emporte pas adhésion aux protocoles / possibilité d'adhérer dans la clause attributive de juridiction le cas échéant).	Peu problématique.	

	Chambre internationale du Tribunal de commerce / Cour d'appel de Paris	Arbitrage ICC accéléré	Commentaires
Qualification des juges	Cette chambre est composée de 10 juges consulaires et pourra s'appuyer sur l'expertise de juges d'autres chambres sans que ce soit une obligation.	Possibilité de nommer des arbitres figurant sur une liste de confiance ayant une expertise assurée en matière de dérivés.	L'arbitrage CCI accéléré devrait présenter de réels atouts dans le cadre d'un contentieux portant sur un contrat de dérivé.
Présence de plusieurs parties	Les parties ne choisissent pas leurs juges.	Obligation pour les demandeurs ou les défendeurs multiples de désigner conjointement un seul arbitre, même si leurs intérêts sont divergents.	Prévoir que la désignation de l'arbitre requiert l'accord unanime des demandeurs / défendeurs multiples.
Caractère définitif de la sentence	Plusieurs voies de recours possibles.	Rapidité.	
		Annulation souvent seule voie de recours encadrée par des conditions strictes / oblige à tout miser sur la décision d'un tribunal arbitral.	Dans le cadre d'un arbitrage, prévoir la possibilité de renoncer aux conditions strictes d'annulation de la sentence / prévoir la possibilité de faire appel devant un nouveau tribunal arbitral.
Immunité	Immunité opposable.	Permet une renonciation explicite ou tacite.	
Arbitrabilité / possibilité d'obtenir une décision	Litiges de nature économique et commerciale de dimension internationale.	Toutes les matières ne sont pas arbitrables.	
Publicité des débats	Oui.	Non.	
Équité	Non prise en compte.	Pas toujours souhaitable.	
Mesures conservatoires	Possibles.	Possibles.	
Décisions en cas d'urgence	Possibles.	Possibles.	
Litiges devant être exécutés hors Union européenne	Reconnaissance et exécution des décisions de ces chambres dans les pays ayant conclu avec la France des conventions (bilatérales ou multilatérales) de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers.	Reconnaissance et exécution de sentences arbitrales étrangères dans les États ayant ratifié la convention de NY.	

	Chambre internationale du Tribunal de commerce / Cour d'appel de Paris	Arbitrage ICC accéléré	Commentaires
Divers	La chambre internationale de la cour d'appel de Paris devrait être juge d'appel des sentences arbitrales.		