

**ACTIVITÉS DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE**  
**COMPTE RENDU DE L'ATELIER DE PRATIQUE ARBITRALE**  
**DU COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE**

*Paris, 17 mai 2011*

**L'AUDITION DES TÉMOINS DANS L'ARBITRAGE**

**par**

**Laura WEILLER**

*Maitre de conférences HDR à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III),  
Centre Pierre Kayser – Co-rapporteur du groupe de travail  
Arbitrage interne du CFA*

Poursuivant son cycle consacré au déroulement de la procédure arbitrale (v. les compte rendus des ateliers précédents : « L'élaboration de l'acte de mission : de la conception à la rédaction », *Rev.arb.*, 2010.411, par L. Weiller ; « Les événements de l'instance arbitrale », *Rev. arb.*, 2010.1003, par L. Weiller et R. Dupeyré ; « Instance arbitrale et procédures parallèles », *Rev. arb.*, 2011.335, par R. Dupeyré), le groupe de travail « Arbitrage interne » du Comité français de l'arbitrage, présidé par MM. Henri-Jacques Nougéin et Jacques Pellerin, a organisé son 4<sup>e</sup> Atelier de pratique arbitrale le 17 mai 2011 dans les locaux de la Maison du Barreau de Paris sur le thème de « L'audition des témoins dans l'arbitrage ».

Philippe Le Boulanger, Président du Comité français de l'arbitrage, étant excusé, l'atelier a pris la forme d'un séminaire interactif au cours duquel Henri-Jacques Nougéin, Jacques Pellerin, Vincent Chantebout, Romain Dupeyré et l'auteur de ces lignes ont pu échanger de fructueux débats avec les participants venus faire part de leurs expériences et réflexions sur cette pratique de l'audition des témoins qui, pour constituer une mesure d'administration de la preuve essentielle en matière d'arbitrage international, n'est que rarement évoquée en matière d'arbitrage interne.

De fait, ainsi que le Président Nougéin l'a souligné lors de la présentation introductive, s'il est vrai que la pratique de l'audition des témoins tend à s'introduire dans le contentieux interne depuis quelques années « par contagion », elle n'en continue pas moins de susciter

de nombreuses difficultés et questions pratiques en raison de l'indétermination des règles précisément applicables en la matière, d'où l'intérêt de l'atelier.

M. Vincent Chantebout, auteur du dossier scientifique sur la base duquel les échanges se sont noués, a d'ailleurs fait part de son honneur d'intervenir sur un sujet caractérisé par un tel laconisme des textes, le « mutisme doctrinal » et les « murmures jurisprudentiels », contrastant avec la quantité de choses à dire sur la question. La raison du laconisme constaté réside vraisemblablement dans l'origine internationale de la pratique, où la volonté de ne pas réglementer à l'excès prédomine. De fait, afin de respecter la neutralité culturelle qui s'impose en présence de parties d'origines différentes, l'arbitre international est conduit à procéder à une synthèse ou du moins, à une harmonisation entre les deux grandes traditions juridiques qui s'affrontent en matière d'administration de la preuve, les systèmes de droit civil d'une part et de *Common Law* d'autre part. Schématiquement, on peut dire qu'alors que dans les systèmes de *Common Law* l'audition des témoins est une étape essentielle de la procédure, il n'en va pas de même dans les pays de tradition civiliste, qui nourrissent une méfiance certaine à l'égard de la preuve testimoniale. Or la conciliation de ces traditions s'est opérée en faveur d'une tendance uniformisatrice largement issue de la *Common Law*, qui représente de fait le système de règles le moins contraignant (v. en particulier Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004.781, n° 26 et s. ; R. Ziadé et Ch. de Taffin, « Les témoins de l'arbitrage international », *RDALIBLJ*, 2010.115, spéc. pp. 118-119 ; F. Bortolotti, « La preuve par témoins vue par l'arbitre international », in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Actes du Colloque du CEPANI, 12 novembre 2009, Bruylant, p. 127 et s. ; A. Mourre, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état des lieux et perspectives d'évolution » in J. Rosell (dir.), *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, p. 153 et s.). L'examen de la première question débattue avec les participants permet d'en témoigner.

**Quels sont les témoins susceptibles d'être entendus ?** Alors que dans les systèmes de *Common Law*, la notion de témoin est largement entendue, toute personne, y compris les parties, leurs représentants ou salariés, pouvant être entendue à ce titre, il n'en va pas de même dans les systèmes de droit civil où l'usage est de considérer qu'une personne ne peut être entendue comme témoin, au sens de tiers au litige ayant personnellement constaté certains faits, que si elle est indépendante des parties, l'indépendance du témoin faisant ainsi la valeur du témoignage produit (v. G. Rouhette, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de *common law* », *Rev. arb.*, 1974.237, spéc. p. 254). Certes, en droit français, une partie a toujours le droit d'être entendue dans le cadre d'une comparution personnelle tout comme un de ses représentants ou

salarié peut venir apporter ses observations à l'audience, mais pas en qualité de témoin, ce qui ne sera pas sans conséquence au regard de la force probante de la déclaration (v. R. Perrot, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage. Le droit continental de la preuve », *Rev. arb.*, 1974.159). En matière d'arbitrage international en revanche, la pratique est largement influencée par la *Common Law*, puisque la tendance est d'admettre que toute personne peut être entendue en qualité de témoin (v. l'article 4-2 des *IBA Rules on The Taking of Evidence*; l'article 20.7 du Règlement d'arbitrage de la LCIA, l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Cette souplesse est rendue possible par le fait qu'en matière arbitrale, les témoins ne prêtent pas serment, l'objectif étant simplement de permettre au tribunal arbitral de mieux comprendre les faits de la cause. A cet égard, il est significatif que le nouvel article 1467 du Code de procédure civile, issu du décret du 13 janvier 2011, dispose que « *Le tribunal arbitral peut entendre toute personne* », en précisant expressément que « *cette audition a lieu sans prestation de serment* », mais sans se prononcer sur le statut sous lequel ces personnes sont entendues (rapp. l'article 20.3 du Règlement d'arbitrage de la CCI; *adde* l'article 1461, al. 2 CPC, *réd. D. n° 81-500* du 12 mai 1981, aux termes duquel « *Les tiers sont entendus sans prestation de serment* »). A cet égard, le Président Pellerin souligne que si l'absence d'*imperium* de l'arbitre explique qu'une prestation de serment ne puisse être exigée, il peut s'avérer opportun de maintenir une certaine solennité à cette occasion, ne serait-ce que pour sensibiliser la personne entendue à l'importance que sa déclaration peut revêtir dans la procédure ou, en matière internationale, pour ne pas heurter la culture juridique de certaines parties. En toute hypothèse, l'absence de détermination précise de la qualité des personnes pouvant être entendues reste susceptible d'être contrebalancée par le pouvoir de l'arbitre d'admettre ou non les témoignages proposés, dont la force probante relève d'ailleurs de sa libre appréciation (v. Paris, 17 décembre 2009, *Gaz. Pal.*, 6-8 juin 2010, note D. Bensaude; Paris, 6 décembre 2001, *Rev. arb.*, 2001.933).

La question de savoir **qui décide de la liste des témoins** conduit ensuite les participants à s'interroger sur l'opportunité de reconnaître aux parties le droit d'imposer des auditions au tribunal arbitral. En accord avec la lettre de l'article 1467, alinéa 2, du Code de procédure civile qui confère au tribunal arbitral le simple pouvoir d'entendre toute personne, doctrine et jurisprudence s'accordent à considérer que l'audition des témoins présente un caractère discrétionnaire pour l'arbitre. Maître de l'audience, ce dernier peut donc refuser d'entendre tel ou tel témoin proposé par l'une des parties, y compris si une déclaration écrite a été déposée, ou convoquer un témoin qui n'aurait été proposé par aucune d'elles (v. Paris, 17 juin 1999, *Juris Data*, 1999-023878; Tribunal Fédéral Suisse, 1<sup>re</sup> Cour civile, 7 janvier 2004, *Bull. ASA*, 2004.592). Il n'en irait autrement qu'en présence d'un accord des parties sur l'audition d'un témoin stipulée dès l'acte de mission. La référence à un règlement d'arbitrage ou, dans une moindre mesure, une déclaration écrite au sujet de laquelle la partie adverse voudrait obtenir

une audience contradictoire pourraient également conduire l'arbitre à devoir accepter une audition ou, à tout le moins, à motiver un refus d'audition (v. Paris, 15 mars 1984, *Rev. arb.*, 1985.285 : « *le fait que les arbitres aient reçu la mission très générale d'entendre tous sachants n'impliquait pas pour eux l'obligation d'entendre des témoins et, plus précisément, des personnes non désignées dans le compromis, et dont l'audition n'a été demandée qu'en cours d'arbitrage par l'une des parties* »).

Sans surprise, le thème de la **préparation des témoins** a ensuite donné lieu à de vifs débats. De fait, si la pratique de la préparation des témoins consistant, pour les conseils des parties, à « préparer » les témoins à leur audition, est largement consacrée en matière d'arbitrage international sous l'influence des systèmes de *Common Law* (v. l'article 4.3 des *IBA Rules*, l'article 20.6 du Règlement d'arbitrage de la LCIA) il n'en va pas de même dans les pays de droit civil où la préparation par l'avocat est généralement perçue comme un manquement à la déontologie – ainsi en France, au regard de l'article 1 du Règlement Intérieur National sur les principes essentiels de la profession et de l'article 5 sur le respect des exigences du procès équitable – et une atteinte à l'indépendance du témoin, à telle enseigne que l'article 214 du Code de procédure civile, applicable devant le juge étatique, interdit expressément aux parties de chercher à influencer les témoins qui déposent, sous peine d'exclusion. Dans le contentieux arbitral international cependant, l'égalité des parties serait rompue si le conseil de l'une était libre de préparer des témoins tandis que le conseil de l'autre se le voyait interdire, ce qui explique que dans une volonté de maintenir l'attractivité de la place de Paris, le Conseil de l'ordre des avocats du Barreau de Paris ait adopté une résolution du 26 février 2008 aux termes de laquelle « *dans le cadre des procédures arbitrales internationales, situées en France ou à l'étranger (...), la préparation du témoin par l'avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur* » (*Bulletin du Barreau de Paris*, 4 mars 2008, n° 9 ; v. aussi X. Normand-Bodard, « La préparation des témoins en arbitrage international », *LPA*, 30 avr. 2008, n° 87, p. 4 et s.).

La pratique de la préparation des témoins n'en demeure pas moins controversée, tant du point de vue de son opportunité que de sa légitimité, la spontanéité du témoignage et partant, sa crédibilité comme son efficacité étant susceptibles d'en être considérablement amoindries, surtout si la préparation dite « à l'américaine », considérée comme particulièrement agressive, est pratiquée. A l'inverse, il est vrai que si le conseil veille à ne pas influencer le témoin mais se contente de bien lui expliquer le contexte de l'affaire en l'aidant simplement à exprimer clairement ce qu'il veut dire, la « préparation », qui s'apparente alors à une « préparation-information », peut s'avérer pertinente et mériter d'être encouragée. Ce type de « préparation-

information » serait d'ailleurs d'ores et déjà pratiqué en matière interne à l'égard des témoins en général comme des experts en particulier, que ce soit par des avocats ou des universitaires, le recours à ces derniers permettant d'éviter toute difficulté éventuelle au regard de la déontologie.

La question demeure cependant de savoir dans quelle mesure et selon quelles modalités la pratique de la « *cross examination* », consistant, pour le conseil de la partie adverse, à contre-interroger le témoin présenté, peut mériter d'être acculturée dans le contentieux arbitral interne. A cet égard, l'usage anglo-saxon consistant à limiter le contre-interrogatoire au contenu de la déclaration écrite ayant pu être produite par le témoin préparé a suscité des controverses dans l'assemblée. En faveur d'un contre-interrogatoire limité au seul objet de la déclaration écrite du témoin, il est avancé que le contre-interrogatoire vise à permettre à une partie de détruire la preuve que tente d'apporter la partie adverse avec le témoin qu'il présente, et non à constituer des preuves sur des points sur lesquels elle n'avait pas annoncé à l'avance qu'elle souhaitait interroger le témoin. L'égalité des parties et la loyauté devant présider à leurs relations militerait donc en faveur d'une limitation du contre-interrogatoire au strict contenu de la déclaration du témoin présenté (en ce sens, v. Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », préc., spéc. p. 799). A l'inverse, en faveur d'un contre-interrogatoire pouvant dépasser le cadre de la déclaration écrite du témoin et aborder tout élément du dossier, le souci de parvenir à la manifestation de la vérité et surtout, la volonté de préserver la flexibilité et l'effectivité de l'exercice ont pu être avancés (v. en ce sens, A. Mourre, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspectives d'évolution », préc., spéc. n° 18).

Au fil des échanges entre participants, il est rapidement apparu que l'opportunité de la pratique de la préparation des témoins ne pouvait en réalité être dissociée ni de la possibilité pour l'avocat de la partie adverse de procéder à un contre-interrogatoire sur le modèle de la « *cross examination* », ni de la possibilité pour l'arbitre de poser lui-même des questions, selon une conception plus « continentale » de l'audition. S'il n'est certes pas évident de déterminer avec précision quel degré de préparation reste acceptable, l'accord semble s'être réalisé sur le fait que les conseils de chacune des parties devraient en toute hypothèse pouvoir interroger les témoins de l'autre, conjointement avec l'arbitre qui a vocation à rester maître de l'audience. C'est dire que c'est à un « panachage » entre les traditions de *Common Law* et de droit civil qu'il serait souhaitable de parvenir, ce qui rejoindrait finalement la pratique développée dans le contentieux arbitral international.

Les modalités de l'audition ont ensuite été envisagées plus largement, en particulier au regard de l'éventuelle opportunité, pour le

tribunal, de conserver une trace écrite de l'audition des témoins. La transcription intégrale semble de règle en matière d'arbitrage international, ce qui s'explique par les commodités pratiques qu'elle permet d'apporter : fixation définitive et incontestable des témoignages consignés, meilleure compréhension et partant, meilleure utilisation de ceux-ci pour l'avancement de l'affaire, pour les parties comme pour l'arbitre au demeurant, ce dernier pouvant en tenir compte dans sa motivation. L'inconvénient réside toutefois dans le coût relativement élevé de la transcription intégrale, outre la lourdeur et la relative rigidité que cette formalité est susceptible d'engendrer. Or si l'aspect financier n'est généralement pas dirimant en matière internationale, il n'en va pas de même en matière interne, l'onérosité du procédé pouvant lui faire perdre tout attrait. Une solution de compromis, moins coûteuse que les transcriptions mais tout aussi opérationnelle, consiste à enregistrer sur CD ROM ou vidéo l'audition, ce qui permet sinon d'éviter, du moins de trancher sans difficulté les éventuelles contestations relatives aux propos tenus par le témoin lors de son audition. En l'absence de stipulation expresse dans la convention ou l'acte de mission cependant, la jurisprudence considère que la transcription des auditions de témoins n'est pas une obligation pour le tribunal arbitral, qui ne saurait donc se voir reprocher de ne pas y avoir procédé (v. Paris, 14 décembre 1999, *Rev. arb.*, 2000.471, note J.-B. Racine ; Aix, 6 avril 2006, *OCEM c/ Parsons Chaîne Europe*, RG n° 05-09.567).

Le dernier thème abordé dans le cadre de l'atelier a porté sur le point de savoir quelles sont les conséquences que le tribunal arbitral peut tirer du **refus d'un témoin de comparaître**. Le nouveau droit français de l'arbitrage permet-il de surmonter un tel refus, l'article 1467, alinéa 3, du Code de procédure civile ne prévoyant une possibilité d'injonction par le tribunal arbitral qu'au sujet des éléments de preuve détenus par une partie à l'arbitrage ? Le recours à l'article 1469 permet certes à une partie, sur invitation du tribunal arbitral, de faire assigner le témoin devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la production d'une pièce; mais le texte ne prévoit pas la possibilité d'une saisine du juge étatique uniquement aux fins d'amener un témoin récalcitrant à comparaître devant l'arbitre. Si certains participants ont pu le regretter, d'autres ont estimé que la légitimité d'une telle ingérence du juge judiciaire dans la procédure arbitrale pouvait sérieusement être discutée. L'invocation, devant le président du tribunal de grande instance, d'une mesure d'instruction préalable fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile aux fins de comparution du témoin devant l'arbitre ne paraît en tous cas pas pouvoir prospérer, le procès arbitral existant déjà. En l'absence d'*imperium* de l'arbitre par conséquent, l'audition « forcée » d'un témoin récalcitrant paraît difficilement pouvoir être envisagée, ce qui n'empêchera toutefois pas l'arbitre de tirer toutes les conséquences d'un tel refus, en ne tenant pas compte, en particulier, de la déclaration écrite qui aurait été déposée par celui qui refuse d'être auditionné.

Il est par ailleurs rappelé que **l'invocation du secret professionnel** ou, dans une moindre mesure, du **secret des affaires**, reste susceptible de « justifier » un refus de comparution ou, à tout le moins, une certaine résistance du témoin. Plus précisément, si un secret professionnel légalement reconnu comme celui du médecin ou le secret bancaire notamment, peut certainement se présenter comme un motif légitime opposable, l'invocation du secret des affaires, dont l'étendue est souvent délicate à déterminer, ne devrait pas, selon plusieurs participants, constituer *ipso facto* et en toutes circonstances un obstacle dirimant : il appartient à l'avocat demandeur de savoir « faire parler » le témoin pour recueillir les informations nécessaires sans le mettre en difficulté, le caractère confidentiel de la procédure arbitrale devant permettre de se limiter au respect du secret d'affaires *stricto sensu*. Dans l'hypothèse où les auditions de témoins n'aboutiraient pas à fournir d'éléments pertinents en raison de l'invocation d'un secret d'affaires ne pouvant être dépassé, il reviendrait en toute occurrence au tribunal arbitral d'en tirer toutes conséquences au regard de la force probante des témoignages proposés par la ou les parties, qui pourraient au demeurant être considérées comme n'ayant pas su choisir avec pertinence les modalités d'administration de la preuve adéquates au regard de l'affaire considérée.

Au terme des débats, il est finalement apparu qu'à condition de maintenir le rôle actif du tribunal arbitral dans la préparation, l'organisation et la conduite de l'audience, le développement de la preuve testimoniale en général et l'acculturation de la pratique de la préparation des témoins en particulier pourraient mériter d'être envisagées en matière d'arbitrage interne, la flexibilité de la procédure arbitrale permettant de fait de réaliser un opportun panachage entre des pratiques issues de systèmes juridiques différents.

\*\*

Le prochain **Atelier de pratique arbitrale** organisé par le groupe « Arbitrage interne » du Comité français de l'arbitrage, qui aura lieu le 15 novembre 2011, de 14 h à 17 h, aura pour thème « **L'exécution de la sentence arbitrale** ».