



ELI

EUROPEAN
LAW
INSTITUTE



UNIDROIT

International Institute for the Unification of Private Law
Institut international pour l'unification du droit privé

ELI – UNIDROIT

RÈGLES MODÈLES EUROPÉENNES DE PROCÉDURE CIVILE

***DES PRINCIPES TRANSNATIONAUX AUX RÈGLES EUROPÉENNES DE
PROCÉDURE CIVILE***

Règles et commentaires

Avant-propos

En 2004, UNIDROIT, en collaboration avec l'American Law Institute (ALI), a publié les Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale. Ces Principes constituaient un modèle d'équilibre entre différentes familles et traditions juridiques, mais ils n'étaient pas adaptés aux exigences de certaines régions du monde, et notamment aux spécificités des systèmes juridiques européens. C'est pourquoi l'Institut européen du droit (ELI) et UNIDROIT ont uni leurs forces pour élaborer les présentes Règles modèles européennes de procédure civile ELI-UNIDROIT. L'idée était d'aller au-delà de la formulation de Principes et d'élaborer des règles plus détaillées, en tenant compte des instruments juridiques existants au niveau de l'Union européenne, des traditions juridiques européennes et des développements juridiques actuels en Europe, afin de produire un cadre de référence et une source d'inspiration pour un large éventail d'acteurs, notamment les législateurs et les décideurs politiques. Cette idée ambitieuse a donné naissance au texte que nous avons l'honneur de présenter.

Le projet est né d'un atelier international organisé à Vienne en octobre 2013, à l'initiative de l'ancien Secrétaire Général d'UNIDROIT José Angelo Estrella Faria et de Christiane Wendehorst, alors Vice-Présidente de l'ELI et l'une des auteurs de cet avant-propos. Pendant plus de sept ans de travail acharné, une cinquantaine d'experts internationaux d'Europe et d'ailleurs, ainsi que des représentants de nombreuses institutions et organisations, ont été impliqués dans cette intense entreprise collective, couvrant tout le spectre de la procédure civile, de la signification des actes aux recours, en passant par – de manière assez innovante – certains types de procédures collectives.

En pleine pandémie de Covid-19, l'une des crises sanitaires, économiques et sociales les plus traumatisantes que notre continent ait connues depuis des générations, l'ELI et UNIDROIT ont poursuivi leurs activités en vue d'une plus grande unification et modernisation des règles juridiques. Le Conseil de l'ELI, le 15 juillet 2020, les membres de l'ELI, le 5 août 2020, et un peu plus tard, le Conseil de Direction d'UNIDROIT, le 24 septembre 2020, ont formellement approuvé les Règles modèles européennes de procédure civile ELI-UNIDROIT, concluant avec succès un projet commun qui représente un excellent exemple de la coopération entre l'ELI et UNIDROIT et montre le potentiel pour de nouveaux projets dans le futur.

Nous avons le plaisir d'exprimer notre profonde gratitude et notre admiration pour l'excellent travail accompli par tous les participants. Il n'est peut-être que juste de commencer par les membres du Comité pilote, composé de représentants des deux organisations (Remo Caponi et John Sorabji pour l'ELI, Rolf Stürner pour UNIDROIT) et présidé avec compétence par Diana Wallis, ancienne Présidente de l'ELI, et Anna Veneziano, Secrétaire Générale adjointe d'UNIDROIT. Un mot spécial d'appréciation est également dû aux co-rapporteurs du Groupe de la structure, aux co-rapporteurs et, en général, aux membres des neuf Groupes de travail qui ont contribué à la recherche et à la rédaction des Règles et Commentaires. S'agissant d'un texte bilingue, un grand merci à la "French Task Force", dont les membres ont assuré la cohérence avec la version française des Règles. Naturellement, tous les experts impliqués mériteraient une mention spéciale, mais, pour des raisons évidentes d'espace, nous devons nous limiter à faire expressément référence à la liste complète des noms et affiliations des participants qui ouvre cette publication. En leur accordant l'ouverture de la publication, nous reconnaissons non seulement leur travail inestimable, mais nous témoignons également du calibre des experts que nous avons eu la chance de réunir dans ce projet. Enfin, notre gratitude va aux représentants des organisations observatrices et aux conseillers qui ont prêté leurs connaissances spécialisées au projet.

Nous souhaitons également exprimer notre reconnaissance à ceux qui ont soutenu l'équipe du projet au sein de nos Secrétariats au fil des ans, et plus particulièrement: à UNIDROIT, Valentina Viganò, qui a été le point focal pour l'organisation du projet, ainsi que Isabelle Dubois et Françoise Ghin; à l'ELI, Alina Lengyel, Adi Bikić, Ala Krinickyté et Tomasz Dudek. Un remerciement particulier à Lena Peters d'UNIDROIT pour le travail éditorial sur le projet et à Frédérique Mestre et Marina Schneider pour la traduction des commentaires en français.

Avant-propos

La conclusion de ce projet n'est que la fin de la première étape: ces Règles modèles doivent maintenant entamer un nouveau voyage, une incursion fascinante dans la modernisation d'un droit procédural plus harmonisé et plus convivial en Europe, qui permette une meilleure compréhension et une meilleure utilisation des règles de procédure, un objectif particulièrement pertinent à une époque où des circonstances extrêmes sont susceptibles de mettre les systèmes procéduraux à l'épreuve. Si le projet de Règles modèles a déjà influencé le débat sur la réforme du droit et l'élaboration de règles harmonisées, nous sommes convaincus que l'instrument finalisé bénéficiera d'une plus grande diffusion et d'une mise en œuvre en tant que meilleures pratiques dans le domaine de la procédure civile pour les législateurs nationaux et les décideurs internationaux, en Europe et au-delà.

Vienne / Rome, janvier 2021

Prof. Christiane Wendehorst, Présidente de l'ELI

Prof. Maria Chiara Malaguti, Présidente d'UNIDROIT

Prof. Ignacio Tirado, Secrétaire Général d'UNIDROIT

Introduction

Une introduction est normalement écrite par les auteurs, un rôle que nous ne revendiquons pas pour les Règles modèles de procédure civile européennes ELI-UNIDROIT. Ce que nous pouvons peut-être dire, c'est que nous avons agi comme des points de référence constants, représentant respectivement chacune de nos institutions du début à la fin, et c'est en cette qualité que nous rédigeons ces mots d'introduction.

Lorsque ce projet a débuté il y a plus de sept ans, aucun d'entre nous n'aurait pu prévoir la profondeur et l'ampleur qu'allait prendre cette publication. Partant de l'idée initiale de transformer les Principes ALI-UNIDROIT de procédure civile transnationale en règles pertinentes pour le continent européen, l'instrument, bien que ne représentant pas un modèle de Code, s'est développé en un nombre impressionnant de pages de Règles et de Commentaires, partant des dispositions générales et couvrant les procédures de première instance (gestion coopérative des affaires par les parties et le tribunal, plaidoiries, signification et notification, litispendance, procédures préparatoires à une audience finale, accès à l'information et obtention de preuves, jugements et leurs effets). Il traite également des mesures provisoires et conservatoires, des recours, des réparations collectives et des frais.

Nous souhaitons nous faire l'écho des mots d'admiration et de remerciement du Secrétaire Général d'UNIDROIT et des Présidents d'UNIDROIT et de l'ELI à nos collègues membres du Comité pilote et à tous les auteurs de cet instrument. Nous tenons également à exprimer notre gratitude à tous ceux qui, à un titre ou à un autre, ont participé aux discussions, séminaires et ateliers, partageant leurs commentaires et leurs connaissances, y compris les observateurs institutionnels et les organes institutionnels de l'ELI et d'UNIDROIT (Conseil et Comité consultatif de l'ELI, Conseil de Direction d'UNIDROIT). Enfin, nous n'aurions jamais pu achever l'instrument sans l'aide dévouée du personnel d'UNIDROIT et de l'ELI au fil des ans.

Ce fut tout un parcours, et nous avons développé certaines méthodes de travail et peut-être même, pourrait-on dire, certaines traditions au sein de l'équipe au fil du temps. Les réunions semestrielles organisées par UNIDROIT à son siège de la Villa Aldobrandini à Rome et par l'ELI à Vienne et en coopération avec d'autres organisations (notamment ERA à Trèves) ont été des moments forts pour tous les participants. Les discussions ont été nombreuses, parfois passionnées, nous obligeant à trouver des compromis ou à mieux comprendre la valeur des différentes approches entre les systèmes juridiques.

Le résultat de ces discussions, les Règles modèles européennes de procédure civile ELI-UNIDROIT, ne sera probablement pas lu d'un bout à l'autre; différents lecteurs seront intéressés par différentes parties spécifiques à leur propre pratique, recherche ou besoins. Nous espérons cependant que l'incroyable érudition et la richesse de l'expérience pratique qui ont permis la réalisation de cet instrument seront à la fois une source d'inspiration et une provocation pour les universitaires, les décideurs politiques et les praticiens, à travers le continent européen et au-delà, dans la mesure où cela peut représenter un jalon plutôt qu'un point final dans la quête de règles de procédure civile modernes, efficaces et équitables.

Janvier 2021

Diana P. Wallis

Anna Veneziano

Participants au projet

COMITÉ PILOTE ET GROUPES DE TRAVAIL

COMITÉ PILOTE

Co-Présidents

José Angelo ESTRELLA FARIA — ancien Secrétaire Général d'UNIDROIT (Co-président jusqu'en juillet 2018)

Anna VENEZIANO — Secrétaire Générale adjointe d'UNIDROIT (Co-présidente jusqu'en août 2018)

Diana WALLIS — ancienne Présidente de l'ELI, avocate et médiatrice, Université de Hull

Membres représentant l'ELI

Remo CAPONI — Université de Florence

John SORABJI — Ancien Conseiller juridique principal auprès du *Lord Chief Justice and Master of the Rolls*; University College, Londres

Membres représentant UNIDROIT

Rolf STÜRNER — Université de Freiburg; ancien Juge auprès des Cours d'appel de Stuttgart et de Karlsruhe et ancien Co-rapporteur des Principes ALI / UNIDROIT

Anna VENEZIANO — Secrétaire Générale adjointe d'UNIDROIT

GROUPES DE TRAVAIL *

ACCÈS À L'INFORMATION ET PREUVE

Rapporteurs

Neil ANDREWS — Université de Cambridge, ancien membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT (Co-rapporteur jusqu'en 2017)

Fernando GASCÓN INCHAUSTI — Université Complutense de Madrid

Membres

Laura ERVO — Université d'Örebro

Frédérique FERRAND — Université Jean Moulin Lyon 3; ancienne membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT

Victória HARSÁGI — Université catholique Pázmány Péter, Budapest

Michael STÜRNER — Université de Constance; Juge auprès de la Cour d'appel de Karlsruhe

MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

Rapporteurs

Neil ANDREWS — Université de Cambridge; ancien membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT (Co-rapporteur jusqu'en 2016)

Gilles CUNIBERTI — Université de Luxembourg (Co-rapporteur jusqu'en 2016)

Xandra KRAMER — Université Erasmus, Rotterdam (Rapporteur jusqu'en 2016)

Membres

Torbjörn ANDERSSON — Université d'Uppsala

Remo CAPONI — Université de Florence (Co-rapporteur à partir de septembre 2016)

* Ordre chronologique de formation, à l'exception du Groupe de la Structure (dont les membres figurent en page 6).

Participants au projet

Fernando DE LA MATA — Faculté de droit ESADE, Barcelone; Baker & McKenzie

John SORABJI — Ancien Conseiller juridique principal auprès du *Lord Chief Justice and Master of the Rolls*; University College, Londres (à partir de septembre 2016)

Alan UZELAC — Université de Zagreb

SIGNIFICATION ET NOTIFICATION DES DOCUMENTS

Rapporteurs

Astrid STADLER — Université de Constance

Eva STORSKRUBB — Université de Uppsala

Membres

Marco DE CRISTOFARO — Université de Padoue

Emmanuel JEULAND — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Wendy KENNETT — Université de Cardiff

Dimitrios TSIKRIKAS — Université d'Athènes

LIS PENDENS ET RES JUDICATA

Rapporteurs

Frédérique FERRAND — Université Jean Moulin Lyon 3 (Co-rapporteur), ancienne membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT

Burkhard HESS — Directeur, Institut Max Planck de droit procédural et réglementaire européen et international, Luxembourg

Membres

Neil ANDREWS — Université de Cambridge; ancien membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT

Alexander ARABADJIEV — Juge, Cour de justice de l'Union européenne

Marco DE CRISTOFARO — Université de Padoue

Tania DOMEJ — Université de Zürich

Fernando GASCÓN INCHAUSTI — Université Complutense de Madrid

Kalliopi MAKRIDOU — Université Aristote, Thessalonique

Jarkko MÄNNISTÖ — Juriste, Finlande

Karol WEITZ — Université de Varsovie

OBLIGATIONS DES PARTIES ET DES AVOCATS

Rapporteurs

C.H. (Remco) VAN RHEE — Université de Maastricht

Alan UZELAC — Université de Zagreb

Membres

Emmanuel JEULAND — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Bartosz KAROLCZYK — DZP, Varsovie

Walter H. RECHBERGER — Université de Vienne

Elisabetta SILVESTRI — Université de Pavie

John SORABJI — Ancien Conseiller juridique principal auprès du *Lord Chief Justice and Master of the Rolls*; University College, Londres

Magne STRANDBERG — Université de Bergen

JUGEMENTS

Rapporteurs

Chiara BESSO — Ancienne Professeure, Université de Turin; Juge, Cour de cassation, Italie

Christoph A. KERN — Université de Heidelberg

Membres

Laura ERVO — Université d'Örebro

Natalie FRICERO — Université de Nice

Andrew HIGGINS — Université d'Oxford

Thomas SUTTER-SOMM — Université de Bâle

PARTIES ET RECOURS COLLECTIF

Rapporteurs

Emmanuel JEULAND — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Astrid STADLER — Université de Constance

Membres

Vincent SMITH — British Institute for International and Comparative Law; ESCP

Ianika TZANKOVA — Université de Tillburg

Istvan VARGA — Faculté de droit ELTE

Stefaan VOET — Université catholique de Louvain

COÛTS

Rapporteurs

Paul OBERHAMMER — Université de Vienne

Eva STORSKRUBB — Université d'Uppsala

Wendy KENNETT — Université de Cardiff (Co-rapporteur à partir de 2018)

APPELS

Rapporteurs

Frédérique FERRAND — Université Jean Moulin Lyon 3: ancienne membre du Groupe de travail
ALI/UNIDROIT

Christoph A. KERN — Université de Heidelberg

Membres

Fernando GASCÓN INCHAUSTI — Université Complutense de Madrid

Magne STRANDBERG — Université de Bergen

GROUPE DE LA STRUCTURE

Rapporteurs

Loïc CADIET — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; ancien Président de l'Association internationale
de droit processuel (IAPL))

Xandra KRAMER — Université Erasmus, Rotterdam

Membres

John SORABJI — Ancien Conseiller juridique principal auprès du *Lord Chief Justice and Master of the
Rolls*; University College, Londres

Participants au projet

Rolf STÜRNER — Université de Freiburg; ancien Juge aux Cours d'appel de Stuttgart et Karlsruhe;
ancien Co-rapporteur pour les Principes ALI / UNIDROIT

Groupe de travail français

Loïc CADIET — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; ancien Président de l'Association internationale de droit processual (IAPL)

Frédérique FERRAND — Université Jean Moulin Lyon 3; ancienne membre du Groupe de travail ALI / UNIDROIT

Emmanuel JEULAND — Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Observateurs

American Law Institute (ALI)

Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP)

Association internationale du barreau (IBA)

Association internationale de droit processuel (AIDP)

Association internationale des jeunes avocats (AIJA)

Association pour l'arbitrage international (AIA)

Comité de l'arbitrage de l'IBA

Comité du contentieux de l'IBA

Commission européenne (CE)

Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH)

Conseil des barreaux européens (CCBE)

Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE)

Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

Institut Max Planck de droit procédural règlementaire international et européen,
Luxembourg

Parlement européen

Réseau européen des Conseils de la Justice (RECJ)

Union internationale des avocats (UIA)

Union internationale des huissiers de justice (UIHJ)

Membres du Comité consultatif *

Teresa Arruda ALVIM WAMBIER — Professeure, Pontificia Universidade Catolica, São Paulo (PUC-SP); Associée, Cabinet Wambier & Arruda Alvim Wambier, Brésil

Alexander ARABADJIEV — Juge, Cour de justice de l'Union européenne

Stefania BARIATTI — Professeure de droit international, Università degli Studi di Milano, Milan (Italie); Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

Núria BOUZA VIDAL — Professeure de droit international privé, Université Pompeu Fabra, Faculté de droit, Barcelone (Espagne); Membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

Anna ENGELHARD-BARFIELD — Avocate en Allemagne (Hambourg) et aux Etats-Unis d'Amérique

Michael ELMER — Vice-Président, Tribunal maritime et de commerce de grande instance, Copenhague; Co-fondateur et Vice-Président de l'*Association of European Competition Law Judges*; ancien membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

B. Bahadır ERDEM — Professeur de droit, Université d'Istanbul; Avocat, Istanbul (Turquie); membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

Antonio GIDI — Professeur, Université de Syracuse, Faculté de droit

Peter GOTTWALD — Professeur de droit privé, de droit international et de droit de la procédure civile, Université de Regensburg

Geoffrey C. HAZARD[†], Jr. — Professeur, Université de Pennsylvanie, Faculté de droit; ancien Directeur de l'ALI

Christopher HODGES — Professeur, Centre d'études socio-juridiques, Université d'Oxford; Université Erasmus

Samuel ISSACHAROFF — Professeur de procédure civile et de droit constitutionnel, Université de New York; praticien

Ole LANDO[†] — Professeur émérite, École de commerce de Copenhague, Frederiksberg (Danemark); fondateur et Président de la Commission sur le droit européen des contrats (CECL); membre du Groupe de travail d'UNIDROIT sur les contrats du commerce international

Richard (Rick) MARCUS — Professeur, Université de Californie, Faculté de droit Hastings

Paul MATTHEWS — *Master of the High Court, Chancery Division, in England and Wales*; co-auteur de *The leading English text on disclosure*; Professeur à temps partiel, King's College, Londres

José Antonio MORENO RODRÍGUEZ — Professeur de droit; Avocat, Asunción (Paraguay); membre de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale; membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

Andras OSZTOVITS — Doyen, Faculté de droit, Université de l'Église réformée de Hongrie Károli Gáspár, Budapest

Eduardo OTEIZA — Président de l'*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*

Monika PAUKNEROVÁ — Professeure, Université Charles, Prague; membre du Conseil de Direction

* Veuillez noter que la liste contient les affiliations des personnes au moment de leur nomination.

Membres du Comité consultatif

d'UNIDROIT

Thomas PFEIFFER — Professeur de droit privé, de droit privé international et de droit de la procédure civile, Université de Heidelberg

Judith RESNIK — Professeure de droit, Chaire Arthur Liman, Faculté de droit de Yale

Marco Antonio RODRIGUES — Professeur, Université d'Etat de Rio de Janeiro

Raffaele SABATO — Juge, Cour suprême, Italie; membre du Bureau des Directeurs de l'Ecole supérieure de Justice italienne

Jorge Sánchez CORDERO DÁVILA — Directeur, Centre mexicain de droit uniforme; Professeur; Notaire, Mexico City; membre du Conseil de Direction d'UNIDROIT

Elizabeth STONG — Juge-commissaire en matière de faillite, Eastern District of New York; Présidente, *New York City Bar's Alternative Dispute Resolution Committee* et Vice-présidente de sa Commission judiciaire

Marcel STORME † — Avocat; Professeur, Université de Gand; membre du barreau de Gand

Stacie STRONG — Chercheuse principale, *Center for the Study of Dispute Resolution*, Université du Missouri

Nicolò TROCKER — Professeur de droit comparé, Université de Florence

Verica TRSTENJAK — Professeure de droit européen, Faculté de Droit, Université de Vienne; Avocat général, Cour de justice de l'Union européenne (2006-2012)

Bob WESSELS — Professeur émérite de droit international de l'insolvabilité, Université de Leyden

Table des matières

Avant-Propos	iii
Introduction	v
Participants au projet	vii
Observateurs	xi
Membres du Comité consultatif	xii
Abréviations	xx
Préambule	1
I. HISTORIQUE DU PROJET	1
II. STRUCTURE ET DÉVELOPPEMENT DU PROJET	2
III. MÉTHODOLOGIE DU PROJET	2
IV. DES RÈGLES MODÈLES PLUTÔT QU'UN CODE COMPLET	4
V. COHÉRENCE ET HARMONISATION DE LA TERMINOLOGIE	5
VI. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES MODÈLES EUROPÉENNES DE PROCÉDURE CIVILE	7
1. Questions en matière civile et commerciale	7
2. Règles uniformes souples pour les juridictions de première instance	8
3. Application souple des Règles uniformes et des jugements finaux anticipés	8
4. L'intégration d'affaires complexes dans les Règles	9
5. L'importance des Règles pour les avocats et la gestion des affaires par le juge	9
6. Intégrer des affaires concernant les consommateurs dans les Règles	10
7. Règlement comme partie intégrante des Règles concernant les procédures de première instance	12
8. Formes particulières de procédure dans des parties spécifiques des Règles	14
VII. L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE ET LES RÈGLES	16
1. Remarques générales	16
2. Règles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution	18
3. Procédures relatives aux règlements des petits litiges et procédures d'injonction de payer	19
4. L'acquis communautaire et la jurisprudence des plus hautes juridictions européennes	20
VIII. LES MOYENS DE COMMUNICATION ET D'ENREGISTREMENT MODERNES, L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET LES RÈGLES	20
1. Utilisation appropriée de la communication et de l'enregistrement électroniques	20
2. L'intelligence artificielle et les Règles	21
RÈGLES MODÈLES EUROPÉENNES DE PROCÉDURE CIVILE	22
PARTIE I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES	22
SECTION 1 – Champ d'application	22
SECTION 2 – Principes	23
	xv

Table des matières

A. Coopération	23
B. Proportionnalité	28
C. Résolution amiable	31
D. Droit d’être entendu	34
E. Représentation et assistance	38
F. Caractère oral, écrit et public de la procédure	42
G. Langue, interprétation et traduction	50
SECTION 3 – Instance	52
A. Commencement, extinction de l’instance et objet du litige	52
B. Faits, preuve et droit applicable	56
C. Sanctions	64
PARTIE II – PARTIES	68
SECTION 1 – Partie générale	68
SECTION 2 – Dispositions particulières	72
A. Pluralité de parties	72
B. Substitution et succession de parties	78
SECTION 3 - Litiges transnationaux	79
PARTIE III – MISE EN ÉTAT	80
PARTIE IV – COMMENCEMENT DE LA PROCÉDURE	86
SECTION 1 – Préliminaires procéduraux avant saisine du juge	86
SECTION 2 – Demande introductive d’instance	88
A. Demande unilatérale	88
B. Requête conjointe	96
PARTIE V – PROCÉDURE PRÉPARATOIRE À L’AUDIENCE FINALE	99
PARTIE VI – NOTIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE	109
SECTION 1 – Dispositions générales	109
SECTION 2 – Charge et modes de notification	111
A. Dispositions générales	111
B. Modes de notification	113
SECTION 3 – Notifications transnationales	123
A. Au sein de l’Union européenne	123
B. En dehors de l’Union européenne	125
PARTIE VII – ACCÈS AUX INFORMATIONS ET PREUVE	126
SECTION 1 – Partie générale	127
A. Dispositions générales sur la preuve	127

Table des matières

B. Administration de la preuve	133
C. Présentation et appréciation des preuves	137
SECTION 2 – Décisions du juge relatives à la preuve	140
SECTION 3 – Modes de preuve	150
A. Documents	150
B. Témoignages	152
C. Comparution personnelle des parties	156
D. Preuve par expertise	157
E. Vérification du juge	162
SECTION 4 – Situations transnationales	164
A. Dans l'Union européenne	164
B. En dehors de l'Union européenne	165
PARTIE VIII – JUGEMENT, LITISPENDANCE ET CHOSE JUGÉE	166
SECTION 1 – Partie générale	166
SECTION 2 – Partie spéciale	173
A. Jugement par défaut	173
B. Transactions judiciaires	178
SECTION 3 – Effets de la litispendance et du jugement	179
A. Litispendance et connexité	180
B. Chose jugée	186
PARTIE IX – VOIES DE RECOURS	191
SECTION 1 – Partie générale	191
SECTION 2 – Appel et pourvoi final	193
SECTION 3 – Appel contre les jugements de première instance	199
SECTION 4 – Pourvoi final	205
SECTION 5 – Autres voies de recours	208
SECTION 6 – Recours extraordinaire en révision	210
PARTIE X – MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES	213
SECTION 1 – Partie générale	214
SECTION 2 – Partie spéciale	223
A. Conservation de biens	223
B. Mesures de règlement provisoire	226
C. Conservation des preuves	228

Table des matières

D. Paiement provisionnel	229
SECTION 3 – Situations transnationales	232
PARTIE XI – ACTIONS COLLECTIVES	234
SECTION 1 – Injonctions dans un intérêt collectif	235
SECTION 2 – Action de groupe en réparation	237
A. Dispositions générales	237
B. Recevabilité de l’action de groupe	243
C. Mise en état de l’instance en réparation collective	250
D. Accord amiable en cours de procédure	252
E. Le jugement en réparation collective	255
F. Accord amiable en dehors d’une procédure d’action de groupe	257
SECTION 3 – Litiges transnationaux au sein de l’Union européenne	260
SECTION 4 – Frais du procès et financement de l’action de groupe	262
PARTIE XII – FRAIS DU PROCÈS	264

Abréviations

ORGANISATIONS INTERNATIONALES

NÉGOCIATIONS MULTILATÉRALES DU CYCLE DE L'URUGUAY

Accord de 1994 de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, Annexe 1C, Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ADPIC

NATIONS UNIES

Pacte international de 1966 relatif aux droits civils et politiques

COMMISSION ÉCONOMIQUE POUR L'EUROPE DES NATIONS UNIES

Convention de Genève de 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route CMR

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale Convention HCCH Notification de 1965

Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale Convention HCCH Preuves de 1970

Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice Convention HCCH Accès à la justice de 1980

Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for Convention HCCH Election de for de 2005

Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale Convention HCCH Jugements de 2019

CNUDCI

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) avec les amendements adoptés en 2006 Loi type de la CNUDCI

CONSEIL DE L'EUROPE

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 Convention européenne des droits de l'homme

Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger (du 7 juin 1968, Conseil de l'Europe, Série des traités européens n° 62)

Convention sur le droit étranger de 1968

Recommandation N° R (84) 5 du Comité des Ministres aux États membres sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice de 1984

Recommandation R(84)5

Recommandation No. R (2000)21 du Comité des Ministres aux États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat

Recommandation R (2000)21

UNION EUROPÉENNE

1. Conventions

Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Convention de Bruxelles de 1968

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000

Charte européenne des droits fondamentaux de 2000

Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 2007

Convention de Lugano de 2007

Traité sur l'Union européenne de 2012

Traité sur l'Union européenne de 2012

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2012

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2012

Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet de 2013

Accord de 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet

2. Règlements

Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale

Règlement de 2000 sur la signification ou la notification

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 (refonte)

Règlement Bruxelles I (refonte) ou Règlement Bruxelles Ibis ou Règlement compétence et exécution

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000

Règlement Bruxelles Ibis

Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale	Règlement sur l'obtention des preuves
Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées	Règlement TEE
Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer	Règlement PEP
Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges	Règlement RPL
Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)	Règlement Rome II
Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, et abrogeant le règlement (CE) n°1348/2000 du Conseil	Règlement de 2007 sur la signification ou la notification des actes
Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)	Règlement Rome I
Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen	Règlement sur le certificat successoral européen
Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale	Règlement OESC
Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE	Règlement sur l'identification électronique et services de confiance
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

3. Directives

Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise

Directive sur la liberté de circulation des avocats

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle

Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle

Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale

Directive sur la médiation civile et commerciale

Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (version codifiée)

Directive sur les actions en cessation

Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE

Directive sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne

Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles

Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Directive sur les secrets d'affaires

4. Recommandation

Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE)

Recommandation 2013/396/UE

5. Règles de procédure

Règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet de 2015

Règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet de 2015

6. Propositions

Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives dans le domaine de la protection des intérêts collectifs des consommateurs, et abrogeant la directive 2009/22/CE

Proposition de 2018 abrogeant la Directive 2009/22/CE

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE (CCI)

Règlement d'arbitrage de la CCI de 2017

Règlement d'arbitrage
de la CCI (2017)

ASSOCIATION INTERNATIONALE DU BARREAU (IBA)

Règles sur l'obtention de preuves dans l'arbitrage international de
l'IBA (2010)

Règles de l'IBA sur les
preuves

Principes internationaux de déontologie de la profession juridique de
l'IBA (2011)

Principes de déontologie
de l'IBA

ASSOCIATION DE DROIT INTERNATIONAL (ADI)

Principes de 1996 de l'ADI relatifs aux Mesures provisoires et
conservatoires dans le contentieux privé international

Principes d'Helsinki
(1996)

CONSEIL DES BARREAUX EUROPÉENS (CCBE)

Code de déontologie des avocats européens adopté par le Conseil des
barreaux européens (2006)

Code de déontologie du
CCBE

Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de
déontologie des avocats européens (2019)

LÉGISLATION NATIONALE

Allemagne

Code de procédure civile
(*Zivilprozessordnung (ZPO)*)

CPC allemand

Loi sur la concurrence déloyale
(*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*)

UWG

Loi sur la procédure modèle en faveur de l'investissement financier
(*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten
(KapMuG)*)

KapMuG

Angleterre

Règles de procédure civile

RPC anglaises

Autriche

Code de procédure civile - (*Zivilprozessordnung (ZPO)*)

CPC autrichien

Belgique

Code de procédure civile

CPC belge

Bulgarie

Code de procédure civile - (Граждански Процесуален кодекс) CPC bulgare

Chypre

Règles de procédure civile - (Θεσμοί Πολιτικής Δικονομίας) RPC chypriotes

Espagne

Loi de procédure civile
(*Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.)*) LPC espagnole

Estonie

Code de procédure civile
(*Tsiviilkohtumenetluse seadustik*) CPC estonien

États-Unis d'Amérique

Article 1782 du titre 28 du Code des États-Unis. Assistance aux tribunaux étrangers et internationaux et aux plaideurs devant ces tribunaux 28 U.S. Code § 1782

Article 1407 du titre 28 du Code des États-Unis. Organe spécial du système judiciaire américain qui gère les litiges multi-districts 28 U.S. Code § 1407

Finlande

Code de procédure judiciaire - (*Oikeudenkäymiskaari*) CPJ finlandais

France

Code de procédure civile CPC français

Code de la consommation CC français

Grèce

Code de procédure civile CPC grec

Hongrie

Code de procédure civile - (*Törvény a polgári perrendtartásról*) CPC hongrois

Irlande

Ordonnance 101 des Règles du Tribunal régional Règles du Tribunal régional d'Irlande

Ordonnance 86A des Règles des Cours supérieures Règles des Cours supérieures d'Irlande

Italie

Code de procédure civile CPC italien

Norvège

Loi sur la médiation et les procédures judiciaires dans les litiges civils
(*Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*) Loi norvégienne sur les litiges civils

Pays-Bas

Code de procédure civile (<i>Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering</i>)	CPC néerlandais
Règles pour les Chambres internationales du Tribunal régional et de la Cour d'Appel d'Amsterdam	NCC néerlandais
Loi sur le règlement collectif de dommages de masse de 2005 (<i>Wet collectieve afwikkeling van massaschades, 2005</i>)	WCAM néerlandaise

République tchèque

Code de procédure civile (<i>Občanský soudní řád</i>)	CPC tchèque
--	-------------

Suède

Code de procédure judiciaire (<i>Rättegångsbalken</i>)	CPJ suédois
---	-------------

Suisse

Code de procédure civile (<i>Zivilprozessordnung, ZPO</i>)	CPC suisse
--	------------

Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale	Principes ALI/UNIDROIT
Reporters' Study, Rules on Transnational Civil Procedure, Introductory Note, in ALI/UNIDROIT Principles of Civil Procedure (2006) (The Transnational Rules of Civil Procedure (Reporters' Study) – <i>en anglais seulement</i>)	The Transnational Rules of Civil Procedure (Reporters' Study)
Marcel Storme (éd.), Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne / Approximation of Judiciary Law in the European Union, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1994 (The Storme Report)	Le Rapport Storme
Cour européenne des droits de l'homme	CEDH
Cour européenne de justice	CEJ
Cour de Justice de l'Union européenne	CJUE

Préambule

I. HISTORIQUE DU PROJET

1. En 2004, l'American Law Institute (ALI) et l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) ont adopté les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale ¹. Ces Principes visaient à réduire les effets des divergences entre les systèmes juridiques pour ce qui concerne les litiges portant sur des opérations commerciales transnationales. Leur but consistait à proposer un modèle universel de procédure respectant les éléments essentiels d'une procédure équitable. Les Principes étaient accompagnés d'un ensemble de "Règles de procédure civile transnationale", qui n'ont été formellement adoptées ni par UNIDROIT ni par l'ALI mais qui constituaient un modèle de mise en œuvre des Principes, fournissant plus de détails et illustrant comment les Principes pourraient être appliqués par des règles de procédure. Les Règles pourraient être envisagées pour adoption, "ou pour une adaptation selon les différents systèmes juridiques" et, avec les Principes, pourraient être prises en considération comme un "modèle pour la réforme des législations internes" ².

2. Les 18 et 19 octobre 2013, l'Institut européen du droit (ELI) et UNIDROIT ont tenu une réunion exploratoire à Vienne (Autriche) destinée à une première analyse d'un ensemble de sujets, allant de la notification de la demande introductive d'instance à l'exécution, en vue d'identifier les questions susceptibles d'être traitées et la meilleure approche méthodologique pour développer un projet commun dans le domaine du droit procédural ³. En 2014, les deux organisations ont décidé de coopérer pour l'élaboration de Règles européennes de procédure civile basées sur les Principes ALI/UNIDROIT, envisagées à la lumière d'autres sources comme la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (la Convention européenne des droits de l'homme), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, l'acquis plus large du droit contraignant de l'Union européenne, les traditions communes dans les pays européens, les travaux de la Commission Storme ⁴ et d'autres sources européennes et internationales pertinentes, à caractère contraignant ou non. On a considéré qu'un projet conjoint ELI/UNIDROIT sur ce sujet fournirait un outil utile contribuant à la cohérence procédurale croissante du droit européen de la procédure civile ⁵. Dans le même temps, du point de vue d'UNIDROIT, le projet non seulement visait à mettre en œuvre les Principes ALI/UNIDROIT, mais constituerait également une première étape importante vers le développement plus large de projets régionaux dont chacun chercherait à adapter ces Principes aux spécificités des cultures

¹ ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* (Cambridge University Press) (2006) et pour la version française: <<https://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>>

² Étude des Rapporteurs, *Rules on Transnational Civil Procedure, Introductory Note*, in ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* (2006) à 99.

³ Les résultats de cette réunion exploratoire ont été publiés dans la Revue de droit uniforme Vol.19 No. 2, 2014, 171-328 comme suit: D. Wallis, *Introductory remarks on the ELI/UNIDROIT project*; G. Hazard, *Some preliminary observations on the proposed ELI/UNIDROIT civil procedure project in the light of the experience of the ALI/UNIDROIT project*; S. Prechal & K. Cath, *The European acquis of civil procedure: constitutional aspects*; T. Pfeiffer, *The contribution of arbitration to the harmonization of procedural laws in Europe*; X.E. Kramer, *The structure of civil proceedings and why it matters: exploratory observations on future ELI / UNIDROIT European rules of civil procedure*; N. Trocker, *From ALI/UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions*; L. Cadiet, *The ALI/UNIDROIT project: from transnational principles to European rules of civil procedure: Public Conference, opening session, 18 October 2013*; N. Andrews, *Fundamentals of costs law: loser responsibility, access to justice, and procedural discipline*; M. Kengyel, *Transparency of assets and enforcement*; R. Stürmer, *Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI/UNIDROIT project*; et également dans la Revue de droit uniforme Vol.19 No.3, 2014, 329-364: I. N. Tzankova, *Case management: the stepchild of mass claim dispute resolution*; E. Storskrubb, *Due notice of proceedings: present and future*.

⁴ Marcel Storme (éd.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1994.

⁵ Le projet se proposait comme objet le droit européen de la procédure civile et non le droit procédural de l'Union européenne.

juridiques régionales. Suite à la décision d'entreprendre le projet, l'ELI et UNIDROIT ont créé un Comité pilote, coprésidé par la Présidente de l'ELI et le Secrétaire Général d'UNIDROIT de l'époque et composé de représentants des deux organisations.

II. STRUCTURE ET DÉVELOPPEMENT DU PROJET

3. La rédaction des Règles et des Commentaires a été confiée à des Groupes de travail, chacun ayant été chargé d'élaborer des règles régionales sur chacun des principaux sujets couverts par les Principes ALI/UNIDROIT. De plus, le Comité pilote a décidé d'élaborer des règles sur les procédures d'appel. Ainsi, huit Groupes de travail ont été constitués: chronologiquement "Accès aux informations et preuve"; "Mesures provisoires et conservatoires"; "Notification des actes de procédure"; "Litispendance et chose jugée"; "Devoirs des parties et des avocats"; "Parties et recours collectifs"; "Jugements"; "Frais du procès"; et "Voies de recours" ⁶. Afin d'assurer l'efficacité des travaux et de permettre aux membres des premiers Groupes de travail constitués de contribuer aux groupes se réunissant successivement, les Groupes de travail ont travaillé de façon échelonnée entre 2014 et 2019. Chaque groupe reflétait la diversité des traditions juridiques européennes.

4. Les Groupes de travail ont été invités à préparer des projets de Règles et des commentaires à l'appui. Les projets ont été examinés lors des réunions plénières annuelles du Comité pilote et des Rapporteurs et membres des Groupes de travail, qui se sont tenues au siège des deux organisations.

5. Enfin, un "Groupe sur la structure" transversal a été créé afin de consolider les textes des Groupes de travail, et de superviser le cadre et la structure générale des dernières Règles et des Commentaires, d'assurer la cohérence et éviter des lacunes sur des aspects qui pourraient ne pas être couverts par les Groupes de travail. Il a également été chargé de préparer une traduction française des Règles, afin d'assurer la conformité entre les textes.

6. Dès l'origine, les réunions plénières du projet ont bénéficié de la participation d'un certain nombre d'observateurs institutionnels, en particulier la Conférence de La Haye de droit international privé (HCCH), les institutions européennes (la Commission européenne, le Parlement européen et la Cour de justice de l'Union européenne), diverses associations professionnelles et des associations et instituts de recherche, comme l'Institut Max Planck de droit procédural européen ainsi que l'American Law Institute (ALI).

7. En outre, une liste de conseillers a été établie, issus à la fois du monde universitaire et des professions juridiques, parmi lesquels figuraient des membres du Conseil de Direction d'UNIDROIT. À son tour, l'ELI a constitué un Comité consultatif des membres (CCM) et a nommé deux assesseurs pour le projet (Raffaele Sabato, Cour suprême d'Italie et Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), et Matthias Storme, Université de Louvain, Président du CCM).

III. MÉTHODOLOGIE DU PROJET

8. Les travaux du projet ont suivi une méthodologie commune à tous les Groupes de travail. La langue de travail principale a été l'anglais, mais les Groupes de travail étaient libres de préparer des projets dans d'autres langues ⁷. Un certain nombre de Groupes ont préparé des projets en français et en italien ⁸. Il était prévu qu'une fois achevés dans les versions anglaise et française, les Règles et les Commentaires seraient traduits dans un grand nombre de langues européennes. La rédaction

⁶ Pour la liste complète des participants, voir ci-dessus.

⁷ Voir également pour la méthodologie: J. Sorabji, *The ELI-UNIDROIT Project – An Introduction and an English Perspective*, in A. Nylund & M. Strandberg (eds), *Civil Procedure and the Harmonisation of Law*, (Intersentia, 2019) at 46-50.

⁸ Des projets en espagnol et en polonais ont aussi été préparés par certains Groupes de travail.

Préambule

simultanée a permis un libellé plus clair, les ambiguïtés linguistiques révélées ayant permis aux Groupes de travail de formuler des Règles et des Commentaires aussi clairs que possible.

9. La méthode pour l'élaboration des Règles mêmes a été établie dès le départ par le Comité pilote. Le but n'était pas de concevoir un ensemble de règles reflétant des pratiques communes - une sorte de reformulation de la procédure civile européenne -, non plus que de concevoir un ensemble de règles basé sur la prévalence d'approches dans les systèmes juridiques européens ou encore fondé sur des compromis. L'objectif du projet était de définir un ensemble des règles de bonnes pratiques pour le développement futur de la procédure civile européenne⁹.

10. En conséquence, les Groupes de travail, prenant comme point de départ les Principes ALI/UNIDROIT, ont examiné les différentes approches présentes dans les différentes traditions juridiques européennes à travers l'examen des codes de procédure et des règles des pays européens, comme établis dans la loi écrite et la jurisprudence. Pour ce faire, ils avaient également tenu compte de la législation pertinente de l'Union européenne. Ils ont également examiné, lorsque pertinent, d'autres sources législatives ainsi celles d'organisations intergouvernementales comme la Conférence de La Haye. Pour autant que de besoin, d'autres sources ont été prises en considération: les travaux de la Commission Storme¹⁰, la Convention européenne des droits de l'homme, la Recommandation (84)5 du Conseil de l'Europe¹¹, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À la lumière de l'étude de ces dispositions, les Groupes de travail ont déterminé l'approche optimale à retenir et ont préparé des projets de Règles et de Commentaires. Les projets ont ensuite été examinés lors des réunions plénières du projet, de plusieurs conférences ouvertes¹² et de réunions avec les institutions de l'Union européenne¹³ ainsi que durant les sessions du Conseil de Direction d'UNIDROIT et des Conférences annuelles de l'ELI, chacun apportant une contribution précieuse aux travaux. Les versions finales des Groupes de travail ont ensuite été examinées par le Groupe sur la Structure qui a préparé en 2017 un texte consolidé préliminaire sur la base des informations recueillies par les trois premiers groupes, qui a été présenté au Conseil de Direction d'UNIDROIT et à la Conférence annuelle de l'ELI cette année-là. En préparant le projet final consolidé, qui a été examiné par l'ELI et UNIDROIT en 2019, le Groupe sur la Structure a cherché à intégrer les différents textes dans un ensemble cohérent. Lorsque les Groupes de travail avaient produit des règles qui se recoupaient (ce qui a été par exemple le cas concernant la formulation de principes généraux), les projets ont été consolidés afin d'obtenir une règle unique. Le Groupe sur la Structure a dû également déterminer quelle était la solution optimale en cas de divergences entre les projets. De même, le Groupe sur la Structure a opté pour la meilleure solution s'agissant des Règles et des Commentaires destinés à combler les lacunes des textes des Groupes de travail ainsi que pour les principes généraux qui forment la première partie du texte final consolidé.

11. Chaque Règle identifie, le cas échéant, le Principe ou les Principes ALI/UNIDROIT formant la source à partir de laquelle elle a été élaborée. Les Règles indiquent également toutes les règles pertinentes formulées dans l'étude des Rapporteurs du projet ALI/UNIDROIT¹⁴. D'autres sources importantes de droit national et international, comme les Conventions de la Conférence de La Haye, la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, les Recommandations du Conseil de l'Europe, l'acquis communautaire de l'Union européenne, des dispositions des droits nationaux, le projet

⁹ Voir R. Stürner, *Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI-UNIDROIT project*, (2014) *Uniform Law Review* 322, 324.

¹⁰ Marcel Storme (éd.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers 1994 at 61 (Le Rapport Storme).

¹¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 et Recommandation (84) 5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice, adoptée par le Comité des Ministres le 28 février 1984 lors de la 367^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

¹² Telles que celles tenues conjointement avec l'Académie de droit européen (ERA) en 2015 (*Building European Rules of Civil Procedure*, Trèves, 26 novembre 2015) et en 2018 (*From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure*, Trèves, 26 novembre 2018).

¹³ En 2015 et 2017, ainsi que noté in J. Sorabji (2019), à 51 et 54.

¹⁴ Voir la note 2 de bas de page ci-dessus.

de Règlement de la juridiction unifiée du brevet ¹⁵ et le Rapport Storme, ne sont mentionnées dans les Commentaires que si elles ont exercé une influence spécifique sur les solutions apportées par les Groupes de travail. Sur décision du Comité pilote et conformément à la pratique en vigueur à UNIDROIT, le Groupe sur la Structure n'a pas reproduit dans le Commentaire toutes les études comparatives préparatoires menées par les Groupes de travail avec des listes de toutes les dispositions spécifiques qui pourraient être pertinentes pour le contenu de la règle spécifique à rédiger. Les commentaires font référence aux solutions choisies par les différentes familles juridiques ou les groupes de législations nationales, avec une conclusion finale brièvement motivée expliquant la préférence du Groupe sur la Structure soit à suivre ou modifier l'approche adoptée par une tradition procédurale particulière, soit à combiner des éléments de diverses traditions.

IV. DES RÈGLES MODÈLES PLUTÔT QU'UN CODE COMPLET

12. Une première tentative d'élaboration de Règles européennes communes de procédure civile a été l'ensemble des règles élaborées par la Commission Storme. Cette Commission n'avait pas pour objectif de rédiger un code complet car, selon l'analyse qu'elle en donnait, la convergence et la tendance à l'harmonisation différaient considérablement dans les divers domaines de la procédure civile. La Commission Storme a donc décidé de ne rédiger un ensemble de règles que dans les domaines où une tendance à l'harmonisation et au rapprochement était susceptible de rencontrer un degré d'acceptation suffisant pour motiver les législateurs européens et nationaux à utiliser les règles proposées comme base pour une harmonisation innovante de leur législation ¹⁶. Bien que de nombreux observateurs aient critiqué le caractère fragmentaire de ces règles, la décision de procéder étape par étape dans cette première phase de l'harmonisation européenne du droit s'est avérée être un choix judicieux.

13. Aujourd'hui, la convergence et la tendance à l'harmonisation ont considérablement progressé. Certes, la prise en compte des spécificités nationales reste importante, mais il est possible d'adopter une approche pragmatique et ciblée dans les domaines clés de la procédure civile. Cette approche accorde une attention particulière aux domaines dans lesquels les propositions d'harmonisation ont des chances d'être accueillies favorablement par les législateurs nationaux, du fait qu'ils envisagent déjà des projets nationaux de rapprochement ou d'harmonisation, ou en raison d'un besoin réel de développement cohérent et innovant. Les litiges de masse pour assurer efficacement la protection des consommateurs et l'indemnisation des dommages, pour ne citer qu'un exemple, illustrent ce dernier point. Les domaines où une harmonisation complète est moins prometteuse sont, par exemple, ceux de nature très technique, qui sont souvent empreints de particularités régionales ou nationales dans l'administration de la justice propres à une culture juridique. Un choix pragmatique des domaines spécifiques en vue d'une proposition d'harmonisation devrait également tenir compte de l'acquis communautaire croissant de l'Union européenne et du fait que l'acquis n'est pas lui-même le résultat d'une codification systématique; cela peut fournir des indications sur les limites raisonnables susceptibles de freiner la poursuite de l'harmonisation. Lors de l'élaboration des meilleures pratiques, l'acquis ne devrait pas, de toute façon, être nécessairement exclu des propositions d'amélioration ¹⁷.

14. Un avantage majeur des Règles modèles, par rapport aux Codes, consiste en ce qu'elles permettent aux utilisateurs de fixer des priorités différentes selon l'attrait des chapitres choisis. Les Codes exigent un niveau élevé de précision qui soit également cohérent et constant. Les Règles modèles, en revanche, permettent de faire varier le degré de détail de la réglementation entre les différentes parties de l'instrument, en tenant compte de la convergence existante et de la faisabilité

¹⁵ Voir l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet de 2013. Et voir son Règlement, 18^{ème} projet du 19 octobre 2015 avec des modifications jusqu'au 15 mars 2017 (le projet de Règlement de procédure de la juridiction unifiée du brevet).

¹⁶ Le Rapport Storme, Rapport général introductif, pages 3, 24 et suivantes (dans la version anglaise).

¹⁷ Pour les rapports entre ces Règles et l'acquis communautaire et ses difficultés particulières, voir ci-dessous, Préambule VII. 4.

d'une future réglementation détaillée de ces différentes parties. Les Règles modèles européennes de procédure civile ELI/UNIDROIT recherchent un juste équilibre en se concentrant sur les domaines les plus importants de la procédure civile tout en adoptant des niveaux de réglementation différents lorsque cela est justifié. Par conséquent, le degré de réglementation est relativement élevé dans toutes les parties des Règles qui traitent de l'interaction entre le juge et les parties et entre les parties (Parties III-V) et dans la partie sur l'accès aux informations et preuves (Partie VII). Inversement, et non sans raison, il est relativement faible dans les parties sur les voies de recours (Partie IX) ou sur les frais du procès (Partie XII).

V. COHÉRENCE ET HARMONISATION DE LA TERMINOLOGIE

15. Selon une exigence bien acceptée et souvent abordée, les Règles modèles, même si elles ne sont pas des codes, doivent être cohérentes. Elles ne doivent pas contenir de contradictions et doivent utiliser une terminologie cohérente. Il est également vrai, cependant, que les codes nationaux ne répondent pas toujours aux exigences de transparence, de cohérence, d'absence de contradictions et d'uniformité en matière de terminologie. Les codes sont rédigés par des commissions ou des groupes dont la composition comprend souvent des représentants de la profession juridique dont les intérêts diffèrent. Étant amenés à devoir coopérer, ils doivent souvent trouver des compromis sur le contenu et la terminologie. L'intervention du Parlement au cours du processus législatif entraîne souvent des modifications ou des insertions supplémentaires qui ne sont pas totalement cohérentes avec les autres parties du texte. En outre, il arrive que dans une même culture juridique nationale un même terme ait des significations différentes selon le contexte dans lequel il est utilisé. À titre d'exemple le terme "*cause of action*" qui, dans de nombreux systèmes juridiques, a une signification différente pour la litispendance et pour les effets exclusifs et positifs de l'autorité de la chose jugée¹⁸. Les tentatives de le remplacer par un terme meilleur ont toutefois échoué.

16. Pour des projets internationaux comme celui-ci, les défis à relever pour assurer la pleine cohérence du contenu et de la terminologie sont plus importants que pour les codifications nationales. En effet, outre les facteurs pertinents pour les codifications nationales, le débat interne au sein des Groupes de travail, l'influence des conseillers et des représentants institutionnels de l'ELI et d'UNIDROIT, ainsi que la contribution des observateurs d'autres institutions ou organisations juridiques importantes, doivent tous être pris en compte pour tenter de garantir une approche cohérente et homogène. Les points de vue divergents des différents acteurs rendent le consensus d'autant plus difficile à atteindre. Dans le cadre du présent projet, le Comité pilote et le Groupe sur la Structure ont discuté avec les autres Groupes de travail afin d'assurer une approche cohérente et homogène des Règles tant sur la forme que sur le fond. Ce faisant, ils devaient également veiller à ce que les Règles générales en particulier puissent être modifiées dans certaines circonstances, tout en prévoyant que d'autres Règles spécifiques puissent faire exception aux Règles d'application générale.

17. Les règles harmonisées sont souvent critiquées parce qu'elles contiennent trop d'exceptions, trop d'éléments contradictoires ou encore une terminologie peu claire, malgré de nombreuses tentatives pour garantir une définition précise et uniforme des termes qui y sont utilisés. C'est le cas de nombreuses dispositions internationales telles que celles contenues dans les Règlements ou les Directives européennes, ou encore dans les règles de procédure innovantes, comme le projet de Règlement de la juridiction unifiée du brevet¹⁹. Il est peu probable que les présentes Règles soient elles-mêmes à l'abri d'inévitables critiques.

¹⁸ Les conséquences d'un manque de clarté de la terminologie du droit national dans les domaines de la litispendance et de la *res judicata* pour l'harmonisation des Règles sont examinées dans la Partie I, article 22, commentaires 1 et 2; la Partie VII, Section 3, Introduction, commentaires 2 et 3; l'article 142, commentaires 2 et 3; l'article 149, commentaires 2 et 3.

¹⁹ Voir le projet de Règlement de la juridiction unifiée du brevet de 2015, *op. cit.*, ci-dessus Préambule, III.

Préambule

18. Toutefois, des décisions autoritaires et rigides visant à renforcer la transparence et la cohérence ne sont généralement pas recommandables. Une approche trop rigide peut, par exemple, avoir des conséquences négatives sur d'autres parties des Règles modèles. Ainsi, le manque de cohérence ou d'uniformité d'un texte juridique peut également refléter le souhait d'une approche pluraliste, dans le respect d'une diversité d'opinions. Il peut donc être utile que les textes juridiques offrent une certaine marge de manœuvre pour une interprétation et une application souples dans des contextes différents. Ce constat s'applique pour de nombreuses initiatives d'harmonisation, notamment pour les présentes Règles.

19. La première Partie des Règles contient des principes très généraux sur la justice et la procédure civile. Ces principes proposent une orientation interprétative pour les Règles détaillées et plus spécifiques des autres Parties. Ils entendent donc assurer une lecture transparente et claire de la structure des Règles et des procédures civiles dans leur ensemble. Cette Partie a été élaborée, à bien des égards, selon l'exemple fourni par le premier chapitre du Livre Ier du Code de procédure civile français avec ses Principes directeurs²⁰. La plupart des codes nationaux ne font référence qu'à un nombre limité de principes de procédure, souvent pour mettre en évidence les principes qui revêtent une importance particulière à la suite de l'introduction de nouveaux éléments dans une version nouvelle ou révisée du code²¹. Toutefois, le Code français contient, pour sa part, une sélection rigoureuse de principes qui revêtent une importance particulière pour le bon fonctionnement, l'équité et l'efficacité de toute procédure. Les règles individuelles des autres parties des codes non seulement mettent en œuvre ces principes généraux, mais elles peuvent également modifier ou restreindre leur champ d'application. Ce faisant, elles introduisent souvent des éléments contradictoires dans le code. Si une approche strictement logique était adoptée, chaque modification ou exception à un principe général ou à une règle générale devrait être précisée dans le contexte de ces principes ou de ces règles. Une telle approche n'est pas retenue dans les présentes Règles. Ce n'est pas parce que les rédacteurs des Règles ont conclu qu'il allait de soi que des règles générales pourraient, potentiellement, donner lieu à des exceptions, en tenant compte du fait qu'en l'absence de modification, l'application de règles générales pouvait avoir des effets pervers ou autrement injustifiés.

20. L'existence de dispositions répétitives est une caractéristique typique et souvent critiquée des codes et des règles types, en particulier pour les dispositions formulées dans un contexte général, par exemple dans une partie comportant des principes ou des règles générales, qui sont ensuite répétés, avec ou sans variations mineures de formulation, dans un contexte spécifique. Cette répétition est souvent considérée comme superflue. Malgré ces critiques, la rédaction répétitive a survécu dans l'histoire de la législation et de la codification dans toutes les cultures juridiques, codes et règles, souvent non sans raison. Des dispositions répétitives peuvent rendre inutile toute référence excessive à d'autres parties d'un code ou d'un ensemble de règles. Cela présente un avantage évident pour le lecteur et l'utilisateur de l'instrument qui peuvent lire un texte complet et cohérent sans avoir à se référer constamment à d'autres dispositions. L'utilisation, la compréhension et l'interprétation sont, partant, facilitées.

21. L'exactitude et la cohérence de la terminologie dans les projets d'harmonisation doivent être considérées selon une approche fonctionnelle, dans une perspective réaliste et acceptable par différentes cultures juridiques qui chacune utilise des termes différents pour des concepts similaires qui, souvent, replacés dans leur contexte, ne fonctionnent pas toujours de la même manière. Il n'est pas toujours possible ou recommandable d'utiliser des termes traditionnels provenant de systèmes procéduraux spécifiques pour des instruments ou mécanismes procéduraux dont le but est d'élaborer des règles harmonisées. Pour limiter d'éventuels risques d'erreurs du fait d'une terminologie juridique

²⁰ Voir le Code de procédure civile français (CPC), articles 1 à 24.

²¹ Voir, par exemple, pour d'autres codes ayant une structure similaire, les Règles de procédure civile anglaises (RPC), Partie 1 (objectif primordial); le Code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung* (ZPO)) (oralité), paragraphe 128; le Code de procédure civile italien (*Codice di procedura civile*), les articles 99 à 101 (décision de la partie d'engager la procédure et notification à l'opposant), les articles 115 et 116 (disposition des moyens de preuve et de l'évaluation libre des preuves par les parties), l'article 128 (audience publique), l'article 180 (procédure orale du juge d'instruction), etc.

divergente ou de l'influence des cultures juridiques nationales, il est généralement nécessaire d'employer une terminologie neutre ²² ou, si cela n'est pas possible, des termes "nationaux" accompagnés d'un commentaire explicatif. Si cette dernière approche est retenue, le commentaire explicatif devrait illustrer en quoi le sens donné dans le texte d'harmonisation diffère de son acception nationale ²³.

22. L'approche finalement adoptée dans les présentes Règles visait à assurer la plus grande cohérence et homogénéité terminologique, tout en reconnaissant qu'il est nécessaire, dans certains cas, de lire et de comprendre les règles individuelles dans leur contexte et en se référant aux commentaires explicatifs. Les Règles doivent donc être considérées comme une tentative de parvenir à un niveau de cohérence et d'homogénéité réaliste, et donc à une avancée importante vers l'harmonisation des différentes cultures procédurales européennes. À cet égard, chaque Règle doit être lue et interprétée en tenant compte de son commentaire explicatif ainsi que du contexte général de l'instrument dans son ensemble.

VI. REMARQUES GÉNÉRALES SUR LE CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES MODÈLES EUROPÉENNES DE PROCÉDURE CIVILE

1. Questions en matière civile et commerciale

23. L'article 1 définit les questions en matière civile et commerciale par référence au 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 (refonte) (le Règlement sur la compétence judiciaire et l'exécution ou Règlement Bruxelles *Ibis*) ²⁴ et à la Convention de Lugano de 2007 ²⁵ correspondante. La liste des domaines exclus en matière civile couvre principalement les procédures des actes d'état civil, les affaires familiales et matrimoniales, les successions, les faillites et l'arbitrage. Ces domaines de la justice civile sont soit entièrement, soit en partie, régis par des régimes procéduraux spéciaux dans la plupart des systèmes juridiques européens. Il est donc raisonnable d'exclure ces aspects des systèmes de justice civile du domaine d'application principal des présentes Règles.

24. Les litiges en matière d'emploi, ou de droit du travail, constituent également un domaine particulier de la justice civile, bien qu'ils ne soient pas exclus de l'applicabilité du Règlement sur la compétence judiciaire et l'exécution et de la Convention de Lugano de 2007 ²⁶. Dans presque tous les systèmes juridiques européens, ces litiges relèvent de la compétence de tribunaux spéciaux ou de la compétence d'organes judiciaires spécifiques au sein de tribunaux de droit commun; les règles de procédure régissant ces questions constituent une partie spéciale du code général de procédure civile, ou sont codifiées dans un code spécial sur les questions de droit du travail et de l'emploi. La structure de base et la plupart des éléments de ces procédures découlent de la procédure civile ordinaire, avec laquelle leurs règles individuelles ont un lien étroit. Les différences entre la procédure civile ordinaire et la procédure de droit du travail ou de l'emploi tendent à refléter l'histoire particulière et le fort impact social de cette forme de justice civile, qui ne revêtent pas une importance particulière en termes de relation ou d'effet sur les considérations qui étayent les présentes Règles.

²² Voir, par exemple, le terme "early final judgment" qui remplace le terme de *common law* "summary judgment" en raison de son contexte structurel particulier (voir article 65, commentaire 1); ou le terme "pourvoi final" pour le second appel dans la version française qui remplace le terme national "pourvoi en cassation" (article 155 et suiv.).

²³ Voir, par exemple, "cause of action" à l'article 22, commentaire 2, Partie VIII, Section 3, Introduction, commentaire 3 et Section 3 A, Introduction, commentaires 1 et 2, article 149, commentaires 2 et 3.

²⁴ Aussi connu sous le nom de Règlement Bruxelles I (refonte).

²⁵ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 2007 (Convention de Lugano).

²⁶ Voir l'article 20 et suivants. Règlement Bruxelles *Ibis* et Convention de Lugano, articles 18 et suivants.

25. Toutefois, il convient de noter que la législation européenne ou nationale pourrait adopter ces Règles en partie ou avec des modifications dans des domaines de la justice civile qui ne sont pas les domaines essentiels de leur applicabilité. Pour les règles types en général, et les présentes Règles en particulier, la définition de l'applicabilité ne décrit que l'essentiel de leur champ d'application. Le législateur ou les organisations arbitrales sont libres, et sont invités, à adopter des parties ou des versions modifiées des présentes Règles non seulement dans les domaines relevant de leur champ d'application déterminé, mais également de manière plus générale. Il n'est donc ni nécessaire ni utile d'insister sur la définition exacte du champ d'application des Règles en rapport avec des domaines spécialisés de la procédure civile.

2. Règles uniformes souples pour les procédures de première instance

26. Les Parties III à VIII contiennent des règles détaillées sur les procédures de première instance: gestion coopérative des affaires par les parties et le juge, actes de procédures, communication et notification, litispendance, procédure préparatoire à l'audience finale, accès aux informations et preuve, jugements et leurs effets. Les présentes Règles contiennent un programme procédural complet couvrant toutes les éventualités. Elles fournissent les outils procéduraux adéquats et nécessaires. Elles divisent également la structure de la procédure en trois phases: la phase des déclarations écrites, la phase intermédiaire de clarification des questions moins graves ou moins complexes et d'identification de celles qui doivent être approfondies lors d'une audience finale, et l'audience finale suivie du jugement et, le cas échéant, du recours ²⁷. Les Règles ne font pas de distinction entre les affaires simples et les affaires plus complexes ²⁸ en créant des procédures formelles. Par conséquent, elles s'appliquent à toutes les juridictions de première instance, indépendamment du fait que les différents pays européens aient ou non créé des tribunaux de première instance ayant des compétences différentes selon des traditions procédurales anciennes, bien que partiellement en déclin aujourd'hui. Le choix de règles uniformes ne signifie toutefois pas que toutes les affaires doivent utiliser l'intégralité du programme; les Règles devraient être appliquées de manière à ce que la procédure s'adapte à l'affaire ²⁹.

3. Application souple des Règles uniformes et des jugements finaux anticipés

27. De nombreux litiges se terminent par un jugement final anticipé dans le cadre de procédures simplifiées. Les présentes Règles sont souples, et les parties et le juge sont censés les appliquer en fonction de chaque cas. Par exemple, si un défendeur fait valoir l'incompétence du juge ou que le demandeur n'a pas présenté les faits pertinents à l'appui de sa demande, le juge, après avoir engagé le demandeur à procéder à une modification satisfaisante pour remédier à cette situation et qu'aucune modification n'a été apportée, doit rendre un jugement final anticipé rejetant la demande sans considérer ou recueillir des preuves ³⁰. Un défendeur peut, dans un premier temps, limiter sa défense aux arguments concernant l'incompétence alléguée ou l'absence de faits pertinents, de sorte qu'il n'a pas nécessairement à épuiser tous les autres arguments dont il dispose, par exemple contester des faits, présenter des preuves à charge ou une défense affirmative, si le moyen de défense choisi est raisonnablement fondé et si le juge n'invite pas le défendeur à modifier son approche à la lumière des doutes qu'il a sur la solidité de la défense telle qu'elle a été présentée ³¹.

²⁷ Voir le Principe 9 ALI/UNIDROIT. Le projet des Règlement de juridiction unifiée du brevet utilise également cette structure, avec une terminologie en partie identique; voir les articles 10 et 85 et la division correspondante des règles en chapitres pertinents.

²⁸ Pour les procédures de règlement des litiges de faible importance et les procédures d'injonction de payer, voir ci-dessous Préambule VII. 3.

²⁹ Voir, en particulier, l'article 61, commentaires 1 et 2.

³⁰ Voir l'article 65(2) a) et b), commentaires de 1 à 5. Si le juge estime que les arguments du défendeur ne sont pas convaincants, il peut rendre un jugement susceptible d'appel sur des questions préliminaires de procédure ou sur des questions de droit au fond, ou continuer sans jugement préliminaire en courant le risque d'une contestation en appel sur la base de la question traitée par le défendeur; voir l'article 66, commentaires 1 à 9.

³¹ En ce qui concerne l'obligation du juge de demander une modification avant de sanctionner une procédure lacunaire, voir les articles 54(2), 53(2), 53(3) phrase 1, 49(9), 47, commentaire 4, 27(1) phrase 2, commentaire 3

4. L'intégration d'affaires complexes dans les Règles

28. Dans des affaires plus complexes, les demandeurs ou les défendeurs peuvent requérir le prononcé d'un jugement sur une question de procédure préliminaire – telle que la compétence du juge, la capacité des parties d'ester en justice, etc. – sur des questions juridiques concernant le fond de leur litige, par exemple un jugement sur la responsabilité, ou ils peuvent demander un jugement pour une partie de la demande. Le juge peut également prendre ces mesures de sa propre initiative³². Dans ces cas, le juge peut permettre que les procédures se déroulent par étapes, c'est-à-dire permettre la présentation de preuves spécifiques uniquement dans le but requis par la question examinée et ensuite consentir à des amendements à mesure et si cela est nécessaire pour la détermination du point suivant. En général, le juge adoptera cette approche à la suite d'une demande commune des parties ou à la demande de l'une d'entre elles. Selon l'affaire traitée, il le fera généralement lors de la conférence préliminaire sur la gestion de la procédure où les arguments en faveur d'une approche progressive de la procédure sont considérés comme raisonnables et convaincants³³. Les Règles encouragent explicitement les parties à communiquer mutuellement des informations sur les faits contestés ou admis pendant la phase préalable à l'ouverture de la procédure³⁴. Lorsqu'une partie communique au juge, ou précise dans la procédure, que des faits individuels ou des parties entières relatives au fait du litige ne sont pas contestés, en l'absence de raisons spécifiques comme un désaccord postérieur entre les parties, le juge n'exigera pas d'amendement de la procédure³⁵. Les Règles permettent, en outre, aux parties de limiter le pouvoir discrétionnaire du juge sur des questions particulières n'ayant pas été clarifiées dans la phase préalable à l'ouverture de la procédure, et de présenter une requête conjointe qui peut obliger le juge³⁶ à limiter l'utilisation de la procédure complète. Cette dernière disposition est particulièrement utile dans les affaires complexes, où les parties sont toutes deux représentées par un avocat.

5. L'importance des Règles pour les avocats et la gestion des affaires par le juge

29. Ce qui précède ne signifie pas qu'il faille sous-estimer l'importance de la fonction de l'intégralité du système prévu par les règles de procédure uniformes³⁷. Il incombe toujours aux avocats d'examiner la demande ou la défense de leur client dans son intégralité avant de déposer une demande ou d'engager une procédure en tant que défendeur. Il est exigé des avocats qu'ils envisagent dès le départ toutes les éventualités factuelles, probatoires et juridiques d'une affaire en se référant à l'intégralité de la procédure prévue par les Règles. Même dans les affaires complexes, la plupart des avocats préfèrent opter pour une présentation complète des affaires qu'ils traitent dans leurs plaidoiries initiales. Du fait de leurs travaux préparatoires, même dans ces cas, seules les questions jugées peu susceptibles d'être soulevées dans le litige ont tendance à être soit omises des procédures, soit traitées de manière très concise.

(concernant le refus clair d'une procédure déraisonnable *'eventualiter'*) et 55(1).

³² Dans ces affaires, le juge pourrait terminer à nouveau la procédure par un jugement final anticipé rejetant la demande ou une partie de la demande conformément à l'article 65(2) a) et b), ou rendre un jugement positif sur des questions de procédure préliminaire ou sur le fond (article 66) poursuivant la procédure, ou encore continuer sans jugement préliminaire. En cas de jugement partiel favorable (article 130(1) b)), la procédure se poursuit (article 130(2)).

³³ Cette procédure résulte à nouveau de l'interaction des articles 53(2), 54(2), 53(3), première phrase, 49(9), 47 commentaire 4, 27(1) première phrase, commentaire 3, 55(1), et en outre des articles 49(2) et (4), 61 (notamment le commentaire 3) en liaison avec les articles 65(3) et 66(3).

³⁴ Voir l'article 51, en particulier les commentaires 3 et 4 et l'article 50(2), commentaire 2.

³⁵ Voir l'article 53(6), commentaire 12, pour le cas où la défense contient une admission explicite ou tacite des faits, en particulier si le défendeur ne fait valoir qu'une défense affirmative (voir l'article 54(5), commentaire 5).

³⁶ Voir les articles 57 à 60, et en particulier le commentaire 2 de l'article 57.

³⁷ La plupart des codes de procédure civile d'Europe continentale adoptent le programme complet des éventualités comme base pour déterminer le contenu des actes de procédure; voir pour d'autres références l'article 53, commentaire 1.

Préambule

30. Le juge doit exercer ses pouvoirs d'administration selon une procédure basée sur le dialogue, c'est-à-dire qu'il doit entendre les parties avant d'émettre des décisions de mise en état. Il doit également s'assurer de demander aux parties d'amender tout défaut dans leur approche de la gestion de l'instance, etc., avant de prendre des mesures visant à leur imposer une sanction pour manquement³⁸. La souplesse de la conduite de la première instance, et des procédures en général, ne doit cependant pas être utilisée abusivement par les avocats ou le juge en adoptant une approche fragmentaire destinée à éviter des procédures concentrées. Ainsi, aucun des deux ne doit prendre de mesures pour gérer les procédures de manière à diminuer leur charge de travail réelle en prolongeant le déroulement de la procédure³⁹.

6. Intégrer des affaires concernant les consommateurs dans les Règles

31. Les Règles ne prévoient pas de procédure spéciale pour les consommateurs ou d'autres parties protégées par des règles spéciales du droit impératif de l'Union européenne ou du droit national. Toutefois, grâce à l'application souple des Règles, en particulier en première instance, et à ses mécanismes procéduraux bien équilibrés, les affaires concernant des consommateurs peuvent être intégrées dans le processus de manière appropriée et satisfaisante. La procédure de protection des consommateurs devrait s'appliquer dans tous les cas où une partie agit à titre d'entrepreneur et l'autre à titre privé; par exemple, elle devrait s'appliquer aux contrats concernant les ventes, les services, les assurances, les traitements médicaux, etc.⁴⁰.

32. Dans ces cas, les consommateurs doivent être protégés contre l'utilisation déloyale des dispositions relatives à la compétence. Cette protection des consommateurs pourrait être assurée en étendant les dispositions de l'Union européenne sur la réglementation de la compétence et de l'exécution à la détermination de la compétence dans les affaires exclusivement nationales. C'est ce que prévoit les présentes Règles, car elles n'élaborent pas leurs propres règles concernant la compétence judiciaire, qui ont été jugées superflues⁴¹.

33. Un autre sujet de préoccupation peut être l'existence de lois européennes ou nationales impératives applicables qui devraient être appliquées d'office par le juge, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁴². Selon les Règles, c'est le juge, et non les parties, qui doit, en général, déterminer le droit applicable, et les parties ne sont pas autorisées à s'entendre sur la non-application du droit impératif⁴³. Lorsqu'un juge prend acte qu'une loi impérative particulière s'applique à une affaire dont il est saisi, il doit demander à la partie protégée par la loi, dans la mesure où cela est nécessaire, de modifier ses allégations de fait⁴⁴. Sur un plan plus théorique, lorsqu'une partie refuse de prendre des mesures pour présenter les faits requis, la question peut alors se poser de savoir si le juge doit recueillir des preuves d'office afin de protéger les parties des consommateurs malgré leur propre réticence à s'aider elles-mêmes. Les Règles laissent cette dernière question à la pratique judiciaire nationale⁴⁵. Prenant en considération des développements futurs qui pourraient être pris par

³⁸ Pour la conduite de l'instance basée sur le dialogue, voir en particulier les articles 4 phrase 3, 27(1) phrase 2, 28, 47 commentaire 4, 49(9), 50, 53(3) phrase 1 commentaires 9 et 55(1), commentaire 5.

³⁹ Voir l'article 61, commentaire 3 et l'article 66, commentaire 4.

⁴⁰ Pour cette définition large du terme "consommateur", voir l'article 2 de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

⁴¹ Voir ci-dessus VII. 2.

⁴² Voir, par exemple, les plus récentes décisions. Voir, par exemple, les décisions les plus récentes CJCE, 19.12.2019, C-453/18, C-494/18, Bondora AS c. Carlos V.C., XY; CJCE, 07.11.2019, C-419/18, C-483/18, Profi Credit Polska, UE:C:2019:930 avec des références supplémentaires aux décisions précédentes. Il convient toutefois de noter qu'en cas de procédure d'injonction de payer, qui ne constitue pas le domaine d'application principal des Règles (voir ci-dessous VI. 2), la situation diffère sensiblement des circonstances données dans les procédures de première instance.

⁴³ Voir l'article 26(2), phrases 1 et 2, commentaires 1 et 2 et l'article 26(3), le commentaire 5 étant particulièrement pertinent pour les affaires de consommation et leur droit matériel, partiellement impératif.

⁴⁴ Voir l'article 24(1), phrase 2, commentaire 3 sur les problèmes du droit impératif applicable sur une échelle plus générale.

⁴⁵ Voir, pour un problème semblable sur les procédures par défaut, l'article 138, commentaire 6.

Préambule

la Cour de justice de l'Union européenne (c'est-à-dire si elle fait évoluer la protection des consommateurs vers une forme de procédure plus inquisitoire afin d'assurer l'application du droit communautaire impératif par les tribunaux des États membres de l'Union européenne), les présentes Règles pourraient s'écarter de l'approche de la Cour de justice de l'Union européenne. Une telle forme de procédure inquisitoire ne relève pas du champ d'application des Règles.

34. Les Règles imposent également au juge de veiller à ce que les parties bénéficient d'une égalité de traitement dont un aspect spécifique est l'obligation du juge de suggérer aux parties les plus faibles de faire des modifications éventuelles pour rectifier les lacunes dans la présentation de leurs demandes ou de leurs preuves ⁴⁶. Toutefois, le juge ne doit pas aller jusqu'à devenir l'avocat d'une partie. Les consommateurs bénéficient également d'une protection spécifique en matière de notification des actes de procédure, car l'avis doit être donné dans leur langue nationale ou avec un libellé qui lui soit parfaitement compréhensible ⁴⁷. Les Règles favorisent également la protection des consommateurs en prévoyant que la renonciation à l'appel d'un jugement par un consommateur ne soit admise que dans des circonstances limitées ⁴⁸.

35. Dans des affaires concernant des consommateurs, les effets de l'obligation de proportionnalité ⁴⁹ sont quelque peu ambivalents. Selon le montant en litige, une part importante des affaires transnationales relatives à des consommateurs transnationaux peut faire l'objet d'une procédure de règlement des petits litiges en vertu de la procédure européenne de règlement des petits litiges ⁵⁰ ou du droit national. La Procédure européenne de règlement des petits litiges et, indirectement, les procédures nationales de règlement des petits litiges donnent lieu à des décisions exécutoires dans toute l'Union européenne ⁵¹. Elles font partie de l'acquis de l'Union européenne et, comme on le verra ci-après, ne sont donc pas prises en compte dans les présentes Règles car le règlement européen relatif aux demandes de faible importance pourrait également servir de modèle pour les procédures dans les affaires nationales devant être harmonisées par la législation nationale. Néanmoins, les moyens employés pour garantir que les procédures de règlement des petits litiges soient proportionnées méritent de retenir l'attention, car ils doivent être utilisés sous une forme modifiée dans les affaires de plus grande importance où les consommateurs ne peuvent généralement pas investir dans le litige les mêmes ressources que celles dont dispose leur adversaire.

36. Outre toute législation nationale qui exige des parties qu'elles s'engagent d'une façon obligatoire à la promotion d'un règlement, le devoir de gestion de l'instance du juge fournit également les moyens de promouvoir une procédure rentable pour les demandes des consommateurs. Il permet et exige, par exemple, dans un premier temps, pour éviter des procédures trop longues ⁵² ou des obtentions de preuve coûteuses avec plusieurs experts ou témoins, de s'en remettre aux documents déjà en possession des parties, de convenir d'un expert judiciaire unique mandaté conjointement, de limiter les preuves testimoniales aux témoins susceptibles de disposer du plus grand nombre de preuves probantes, et d'utiliser la vidéoconférence pour réduire les coûts ⁵³. Dans un deuxième temps, cependant, le juge doit reconsidérer ses efforts de gestion si les parties insistent sur leurs droits procéduraux complets et s'opposent à l'utilisation de mesures de gestion restrictives. Le juge peut, bien

⁴⁶ Voir en général l'article 61(4) ainsi que l'article 4, commentaire 3, sur l'établissement de limites à une conduite partisane dans la gestion d'une affaire impliquant des consommateurs.

⁴⁷ Voir l'article 82(1) avec les commentaires.

⁴⁸ Voir l'article 154(3). Selon une définition large du terme "consommateur", un très grand nombre de parties seront protégées par cette disposition. Il est vrai qu'il peut y avoir d'autres parties qui peuvent en bénéficier. Une définition plus claire des parties protégées semble toutefois préférable. Le fait que les renoncements puissent être annulés pour d'autres raisons générales par manque d'équité, par exemple, n'est pas exclu par cette Règle.

⁴⁹ Voir les articles 5, 6 et 8.

⁵⁰ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges. Voir ci-dessous Préambule VII. 3.

⁵¹ Voir l'article 1(1), phrase 2 de la Procédure européenne de règlement des petits litiges.

⁵² Voir l'article 49(4) et (5), également l'article 11.

⁵³ Voir l'article 5, commentaire 3; l'article 6, commentaire 2; l'article 18(4), commentaire 8; l'article 49(6), (10) et (11); l'article 61(1) et (2) en particulier le commentaire 2; l'article 62(2) c).

entendu, tenter de convaincre les parties litigieuses déraisonnables en leur rappelant la possibilité d'imposer des sanctions financières en cas d'activité procédurale inutile ⁵⁴. Les décisions judiciaires pourraient toutefois être contestées si elles ne tiennent pas compte de la bonne administration de la justice lorsqu'elles utilisent des pouvoirs d'administration restrictifs ⁵⁵.

37. Les droits des consommateurs peuvent, en particulier, être facilités par le recours aux modes alternatifs de règlement des différends (MARD), et la Directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges entre consommateurs joue un rôle important à cet égard. Les Règles complètent ces dispositions de l'Union européenne en imposant des obligations renforcées aux avocats et au juge d'informer les parties, et en particulier les consommateurs, sur les méthodes et les fournisseurs des MARD existants ⁵⁶. Un élément absolument nécessaire pour un accès équitable à la justice pour les consommateurs est toutefois le droit à une assistance juridique suffisante, qui comprend le coût des conseils et de la représentation en justice, ainsi que l'accès au financement par des tiers et à des accords d'honoraires de résultat dans des circonstances appropriées ⁵⁷.

38. Le fait que les procédures collectives soient considérées comme un élément indispensable pour qu'un système de justice civile contribue à assurer la protection des consommateurs dans les cas de dommages massifs qui, dans un nombre important d'affaires, affectent les consommateurs, ne devrait pas nécessiter d'explication ⁵⁸. Dans les conflits individuels, la possibilité pour les parties de plaider en leur nom propre et sans conseil ni présentation juridique ou d'être représentées par des organisations de consommateurs conformément aux dispositions du droit national ⁵⁹ peut, bien entendu, également permettre aux consommateurs et les encourager à faire valoir leurs droits devant les tribunaux.

39. Dans l'ensemble, les Règles renforcent considérablement la position procédurale des consommateurs. Elles tiennent compte du déséquilibre inhérent aux ressources dont ils disposent en cas de litige et mettent particulièrement l'accent sur le devoir fondamental du juge de traiter les parties avec égalité sans porter atteinte à la neutralité judiciaire.

7. Règlement comme partie intégrante des Règles concernant les procédures de première instance

40. Le développement de nombreux types de MARD, notamment le règlement par accord extrajudiciaire, est devenu une caractéristique commune de la justice civile dans tous les pays européens. Il s'agit, sans aucun doute, de la politique procédurale dominante de l'Union européenne au cours des deux dernières décennies. L'un des principes fondamentaux des Règles est que les avocats et les juges doivent encourager les parties, en toute connaissance de cause dans les cas appropriés, à recourir aux méthodes de règlement extrajudiciaire des différends ⁶⁰. Les Règles prévoient également des règlements judiciaires, pour lesquels le rôle du juge ne se limite pas à rendre une décision qui donne effet à un accord conclu par les parties ⁶¹, mais permet plutôt au juge de participer activement au processus visant à aider les parties à parvenir à une résolution consensuelle de leur litige ⁶². Cette double approche constitue un compromis entre différentes traditions historiques européennes sur la nature du juge, c'est-à-dire entre celle d'un juge actif ou bien passif.

41. Une mesure novatrice des Règles, qui s'inspire de l'expérience acquise, par exemple, en Angleterre et en France, est l'élaboration détaillée de l'obligation faite aux parties de prendre des

⁵⁴ Voir l'article 8, commentaire 2.

⁵⁵ Voir la fin de l'article 5(2) et l'article 11.

⁵⁶ Voir l'article 9(2), commentaires 2 et 3 et l'article 10(2), commentaire 2.

⁵⁷ Voir l'article 244, commentaire 3 et l'article 245.

⁵⁸ Voir la Partie XI sur les actions collectives.

⁵⁹ Voir l'article 14, commentaire 1 et l'article 15, commentaire 4.

⁶⁰ Voir l'article 9, commentaires 1 à 3 et l'article 10, commentaire 2.

⁶¹ Voir l'article 9(3), commentaire 3 et l'article 141(1), commentaire 1.

⁶² Voir l'article 10(3), commentaire 3 et l'article 10(4), commentaire 4 traitant de la nécessité d'éviter un conflit de rôles.

Préambule

mesures pour parvenir à un règlement futur dans la phase préalable à l'ouverture d'un différend en fournissant mutuellement des informations concernant le litige ⁶³, tout en les encourageant également à essayer de régler certaines parties de leur différend ⁶⁴, même sous une forme contraignante pour le juge ⁶⁵, si les tentatives de régler pleinement le différend échouent.

42. Lors de la rédaction des Règles sur les accords de règlement des litiges, la question de savoir si le juge pouvait donner effet à une solution qui était contraire à la loi, a été prise en considération. Cela était particulièrement pertinent compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui concerne la question de l'obligation d'office du juge de respecter le droit de l'Union européenne à caractère obligatoire ⁶⁶. Cette question est fondamentale. Elle affecte le principe dispositif des parties à la procédure et, dans la mesure du possible, elle devrait être résolue de manière cohérente dans toutes les affaires où les parties peuvent librement conclure la procédure indépendamment du respect de tous les aspects juridiques des positions contradictoires des parties, par exemple, retrait et admission de la demande, renonciation à l'appel, jugement par défaut, règlement, etc.

43. Dans la plupart des cultures juridiques européennes, il apparaît comme étant une bonne pratique que les jugements d'admission, les renonciations à l'appel, les jugements par défaut ⁶⁷ et les règlements amiables ne peuvent pas donner effet à des obligations, déclarations ou accords qui ne sont pas autrement autorisés par la loi dans la mesure où le texte des ordonnances, déclarations ou accords contient des dispositions contraires au droit impératif ⁶⁸. Si, toutefois, un jugement motivé rendu à l'issue d'une procédure contestée ne pouvait pas produire les conséquences contenues dans une solution convenue, ou des conséquences similaires, les parties devraient avoir la possibilité de régler leur différend, soit en prenant les mesures procédurales appropriées, autres qu'un jugement par défaut contre le défendeur, car le juge ne peut pas donner effet à une demande qui ne remplit pas toutes les conditions légales nécessaires selon les faits tels qu'ils sont allégués par le demandeur, soit par le biais d'un règlement concerté ⁶⁹.

44. Dans une société libre, les citoyens ne sont pas obligés d'appliquer le droit impératif. Par conséquent, la liberté procédurale est respectée dans de nombreuses cultures juridiques et les juges n'exercent, en principe, aucun contrôle sur les parties dans des actions civiles qui acceptent de ne pas faire valoir leurs droits. Des considérations différentes peuvent être soulevées, et le sont, en matière de poursuites pénales et de justice pénale. Les Règles prévoient toutefois une exception à ce principe général en ce qui concerne les procédures d'appel, notamment les seconds appels qui engagent un intérêt public, c'est-à-dire qui soulèvent d'importantes questions de droit nécessitant des éclaircissements, qui l'emportent sur les intérêts privés des parties concernées ⁷⁰.

45. Les Règles apportent des lignes directrices sur les limites qui peuvent être imposées au principe dispositif des parties. Elles le font toutefois en laissant une marge d'appréciation à la tradition législative et à la pratique judiciaire nationales ⁷¹.

⁶³ Voir l'article 51, commentaires 1 à 3.

⁶⁴ Voir l'article 9(4), commentaire 5 et l'article 51(1), (2)b) et (3)c), commentaire 4.

⁶⁵ Voir l'article 57 et les suivants, en particulier les commentaires à l'article 57.

⁶⁶ Voir déjà ci-dessus IV. 6 avec références; et voir, par exemple, A. Beka, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation* (Intersentia, 2019).

⁶⁷ Voir l'article 21, commentaire 4.

⁶⁸ Voir l'article 141(2), commentaire 3.

⁶⁹ Voir l'article 136(2), commentaire 1; si les faits invoqués par le demandeur donnent une raison de considérer que le droit impératif applicable est contraire à la demande du demandeur de rendre un jugement par défaut, il devrait appartenir à la pratique des juridictions nationales de décider si le demandeur pourrait être invité à modifier ses arguments de fait conformément à la jurisprudence de la CEJ (voir ci-dessus V.6 avec références, l'article 24, commentaire 3, et l'article 138, commentaire 6).

⁷⁰ Voir l'article 163(2), commentaire 3.

⁷¹ Voir, en général, Préambule VI. 2 à 4, sur la souplesse des Règles. Voir aussi l'article 138, commentaire 6.

8. Formes particulières de procédure dans des parties spécifiques des Règles

46. Bien que certaines procédures spéciales, telles que les procédures relatives aux règlements des petits litiges, les procédures d'injonction de payer ou les procédures documentaires, n'aient pas été considérées comme une partie nécessaire ou utile des Règles, il a été convenu dès le début du projet qu'elles incluraient des mesures provisoires. Au cours de l'élaboration du projet, il a également été convenu que le recours collectif devait y être inclus, puis, dans sa phase finale, les appels et les recours en révision.

47. Les raisons de ce choix sont multiples. Les procédures de règlement des petits litiges et les procédures d'injonction de payer constituent un élément central de l'acquis communautaire⁷² de l'Union européenne, et les promoteurs du projet ont estimé qu'il était peu réaliste de pouvoir dépasser le niveau élevé d'harmonisation procédurale offert par ces mécanismes. Les procédures documentaires n'ont pas été incluses car elles ne sont utilisées que dans un petit nombre de systèmes procéduraux européens, et elles sont d'une efficacité limitée en raison de la nécessité d'utiliser une procédure dans laquelle l'obtention de preuves n'est pas limitée aux documents.

a) Procédures concernant des mesures provisoires

48. Les procédures relatives aux mesures provisoires ont été considérées comme une caractéristique essentielle des Règles modèles. Dans de nombreux domaines du droit, leur importance et la variété des différents types de mesures ont considérablement augmenté au cours des cinq dernières décennies, par exemple en droit de la concurrence, de la propriété intellectuelle, de la vie privée et de la protection des données, à travers le développement des paiements provisoires ou intérimaires dans le droit des contrats, des ordonnances de gel et des saisies préliminaires, pour la préservation des biens et des preuves, etc. Dans certains pays européens, cependant, à l'inverse de ce contexte général de croissance, la législation nationale dans ce domaine de la justice civile n'a été que très générale et peu informative. Dans ces pays, il est en réalité revenu aux juges de développer ce domaine par la jurisprudence. Certains pays ont cependant réformé leur approche des mesures provisoires, tant dans l'élaboration de nouveaux codes nationaux que dans la révision des codes existants⁷³. Dans l'Union européenne, il a également été considéré nécessaire d'élaborer de telles mesures afin de renforcer l'exécution transnationale concernant les comptes bancaires par la mise en place de droits à l'information pour les créanciers et par l'élaboration d'une forme innovante d'ordonnance de conservation relative aux comptes bancaires⁷⁴. La même approche novatrice pour assurer la sécurisation de l'information et l'octroi de mesures de protection a également été adoptée dans le domaine des droits de propriété intellectuelle⁷⁵.

49. Rassembler les différents axes de développement et les classer dans une partie des Règles a semblé important et nécessaire. Le caractère hybride de cette partie de la justice civile a représenté une difficulté particulière à laquelle ce point du projet a été confronté pour réaliser ce classement, car on retrouve des éléments de procédure contentieuse et de procédure civile d'exécution. Dans la pratique, cependant, les procédures relatives aux mesures provisoires remplacent souvent les procédures contentieuses, car les parties conviennent de traiter les décisions rendues à titre provisoire comme des décisions définitives, ce qui évite d'avoir à engager une procédure sur le fond⁷⁶. En outre, de nombreuses mesures provisoires sont rendues dans l'attente d'une procédure sur le fond et contribuent à garantir leur succès ou leur échec. On peut donc considérer que ces mesures sont étroitement liées et nécessaires à la conduite des procédures contentieuses. Par conséquent, les

⁷² Voir ci-dessous VII. 2.

⁷³ Par exemple la France, l'Angleterre, l'Italie, l'Espagne, etc.

⁷⁴ Voir Règlement (UE) No. 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires destinés à faciliter le recours transfrontière de créances en matière civile et commerciale (Règlement OESC).

⁷⁵ Voir Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 1994 relative au respect des droits de propriété intellectuelle; pour une plus ample documentation, voir la Partie X, Introduction, commentaire 2.

⁷⁶ Voir l'article 188, commentaire 2.

arguments formels en faveur du maintien de la longue tradition de séparation stricte entre les procédures contentieuses et l'exécution civile et de la prise en compte des mesures provisoires comme faisant partie de l'exécution ne pourraient pas l'emporter sur les arguments en faveur de l'inclusion de cette partie importante de la justice civile dans les Règles.

b) Recours collectifs

50. Un autre domaine de la justice civile qui a rapidement gagné de l'importance au cours des deux dernières décennies en Europe est celui des recours collectifs. Il constitue la Partie XI des présentes Règles. La plupart des États européens ne se sont pas orientés au départ vers l'approche adoptée aux États-Unis d'Amérique, qui ne font généralement pas confiance en la volonté et la capacité de leur gouvernement, de leur législation et de leur administration, de protéger les citoyens contre les préjudices causés par de puissants acteurs du marché, et développent des recours collectifs permettant aux citoyens de réclamer une indemnisation et des dommages-intérêts punitifs, une forme de justice corrective et réparatrice qui est réalisable indépendamment des activités administratives ou législatives. La culture juridique européenne, avec ses aspects paternalistes et sociaux, met davantage l'accent sur les mesures législatives et administratives préventives qui visent à protéger les citoyens contre les préjudices avant qu'ils ne se produisent. L'orientation croissante, en particulier de l'Union européenne, vers une société plus individualiste et plus compétitive, et la récente incapacité du législateur et de l'administration européens et nationaux à protéger efficacement les citoyens des excès de la crise financière et des scandales industriels, comme le scandale du gazole, ont toutefois influé sur les convictions sociales et politiques. Ces évolutions ont renforcé la position des partisans des recours collectifs, comme la Commission européenne, des admirateurs de la culture économique et juridique américaine et des cabinets d'avocats mondiaux. Cela a conduit le législateur européen à élaborer progressivement diverses formes de litiges de masse, qui se sont appuyées sur des formes existantes, plus limitées, de procédure civile qui permettent de faire respecter des intérêts collectifs ou publics. S'est ainsi développée une gamme variée de différentes formes de procédures collectives de recours en Europe. Cela a également conduit l'Union européenne à élaborer, au cours des deux dernières décennies, un certain nombre de propositions visant à harmoniser ces procédures par des recommandations ou des directives ⁷⁷. Par conséquent, ce domaine est, à l'heure actuelle, la question la plus urgente pour le développement de la procédure civile européenne et sa fonction future au sein des sociétés européennes. C'est pourquoi les promoteurs de ce projet ont conclu que les Règles seraient tout-à-fait insuffisantes si elles ne présentaient pas de propositions d'harmonisation pouvant servir de base à la future législation européenne et nationale.

c) Procédures en appel

51. Les procédures en appel et autres recours en révision n'étaient pas prévus à l'origine dans le projet. Les Principes ALI/UNIDROIT ne font référence à l'appel qu'au Principe 27. Ce Principe a trouvé un compromis entre les pays de *common law*, où l'appel ne permet généralement pas un nouvel examen complet de l'affaire (pas de *ius novorum* ni de "closed record") et les traditions continentales, qui ont adopté à l'origine une approche prévoyant essentiellement un appel lors d'une audition complète *de novo*. Ce n'est que récemment qu'un nombre croissant de pays ont commencé à restreindre le *ius novorum*. La Partie IX des Règles sur les voies de recours est le résultat d'un rapprochement remarquable entre les systèmes procéduraux européens sur l'approche à adopter pour le réexamen des décisions judiciaires. La seule question qui a fait l'objet de discussions sérieuses concerne les exigences relatives à la recevabilité des premiers recours et au *jus novorum* en première instance. Un compromis a finalement été trouvé, qui a permis de faire largement accepter les Règles telles que rédigées. Il aurait été erroné de ne pas incorporer les règles relatives au réexamen et aux recours en se fondant, comme cela est apparu au cours du projet, sur la croyance inexacte selon laquelle la tentative d'harmonisation des recours dans le passé ayant échoué en raison d'obstacles apparemment insurmontables, la tentative actuelle échouerait également.

⁷⁷ Pour des références, voir la Partie XI, commentaire 1.

VII. L'ACQUIS COMMUNAUTAIRE ET LES RÈGLES

1. Remarques générales

52. Les questions relatives à la relation entre l'acquis communautaire et les Règles ne permettent pas d'apporter une réponse simple ni même uniforme.

53. En premier lieu, l'acquis communautaire en matière de procédure est principalement constitué de directives ou de règlements de l'Union européenne, qui visent à régler la coopération et les conflits potentiels entre les États membres de l'Union européenne dans les affaires transnationales et, au moins en partie, entre ces derniers et des États extérieurs à l'Union européenne, à savoir des États tiers. Les projets de l'ELI et d'UNIDROIT n'excluent pas les États non-membres de l'Union européenne. Alors que l'acquis constitue un droit contraignant pour les États membres, il n'est qu'une forme de loi modèle pour les autres pays et notamment pour ceux qui recherchent des formes de coopération différentes avec l'Union européenne, comme les États de l'Espace économique européen ou d'autres États ayant des liens associatifs avec l'Union européenne. Les pays extérieurs à l'Union européenne deviennent des acteurs de plus en plus importants dans le processus législatif européen et requièrent de nouvelles formes de coopération législative, notamment à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union. Pour les États membres de l'Union européenne qui se réservaient le droit de se retirer de certaines parties de l'acquis, ces parties ont déjà le caractère d'une loi modèle qui pourrait être adoptée en totalité, en partie, ou sous une forme modifiée dans leur législation nationale. Le fait que les systèmes juridiques européens adoptent des points de vue différents sur le rôle de l'acquis procédural a montré clairement qu'un projet européen commun qui ne se limite pas à des règles modèles pour la législation de l'Union européenne ne pouvait pas exclure l'acquis d'un réexamen critique et de propositions de réformes. Même si l'acquis est actuellement un droit contraignant, il est clair que les révisions à y apporter sont un phénomène normal et nécessaire dans le cadre d'une culture juridique et démocratique saine, sinon l'acquis se figerait dans le lit de Procuste d'une législation centralisée et parfois rédigée de manière insatisfaisante.

54. En second lieu, des règles modèles européennes doivent traiter des affaires nationales et transnationales. Si les Règles avaient été limitées aux affaires nationales, elles n'auraient pas répondu aux attentes légitimes liées au projet car les affaires transnationales font partie intégrante de la réalité sociale et économique quotidienne dans toute l'Europe. L'interdépendance entre les règles relatives aux affaires nationales et aux affaires transnationales ne permet pas de séparation stricte et, par conséquent, toute proposition de révision ne peut que prendre en considération leur effet potentiel dans les deux cas.

55. En troisième lieu, l'acquis procédural avec ses directives et ses règlements tient compte de cette interdépendance. Bien que l'acquis soit conçu pour faciliter la coopération entre les États membres de l'Union européenne, il ne contient pas simplement des règles de procédure civile internationale. La coopération entre différents systèmes juridiques nécessite, à de nombreux égards, un minimum de normes communes. En conséquence, la plupart des directives ou règlements fixent également des normes de conception juridique, qui couvrent des domaines du droit traditionnellement considérés comme relevant du droit applicable aux affaires internes, par exemple le Règlement sur la signification ou la notification ⁷⁸ ou le règlement sur l'obtention des preuves ⁷⁹. Cette interdépendance entre les règles destinées à créer une coopération et un droit traditionnellement applicable aux affaires internes signifie que les Règles ne pouvaient pas adopter une approche simple qui se serait limitée à se concentrer sur le droit interne comparé, en laissant la coopération entre les États aux directives, règlements ou conventions internationales existants. Ainsi, certaines parties de l'acquis communautaire

⁷⁸ Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (signification ou notification des actes).

⁷⁹ Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

Préambule

en matière de procédure européenne, bien que conçues pour régler les situations transnationales, ont, dans certains cas, tenté simultanément de remplacer plus ou moins complètement le droit interne traditionnel, par exemple le Règlement des petits litiges ou le Règlement sur les injonctions à payer⁸⁰. De même, certaines directives et règlements qui traitent principalement de droit matériel abordent aussi des questions de droit procédural, en particulier le droit de la preuve, et ne laissent aucune latitude à l'ajout de droit national dans leur champ d'application.

56. L'examen de l'état de la législation procédurale en Europe réalisé dans le cadre du projet a conclu que les Règles ne devraient pas essayer d'aller au-delà des règles actuellement en vigueur et tenter de développer un cadre uniforme pour la coordination du droit procédural pour les affaires nationales et transnationales. La position adoptée par les Règles exigeait donc que chaque partie de la procédure civile tienne compte de l'état d'avancement de la législation européenne qui lui est applicable et, ensuite, fasse un choix pragmatique sur la modalité et l'étendue de la coordination souhaitable. Pour les affaires transnationales, le projet de Règlement de la juridiction unifiée du brevet, le seul code de procédure civile européenne élaboré sur la base d'un accord entre les États européens participants et l'Union européenne, a également adopté cette approche pragmatique. Il a remplacé, en partie, les dispositions européennes générales pour les affaires transnationales. Dans d'autres cas, il ne faisait que s'y référer dans un sens général, tandis que dans d'autres encore, il ne s'y référait que pour les questions en suspens non traitées par des règles spéciales⁸¹.

57. Les Règles ont adopté une approche similaire pour résoudre les problèmes liés à la coexistence de règles modèles et de l'acquis communautaire. En partie, elles remplacent les règles européennes existantes presque entièrement et ne laissent de place qu'à l'applicabilité durable de certaines dispositions sur l'organisation de l'acquis procédural⁸². En partie, elles formulent un niveau général de coexistence, en ajoutant seulement certaines dispositions qui sont en conflit avec l'acquis ou qui le modifient⁸³. A d'autres égards, les Règles ont choisi d'étendre pleinement les dispositions européennes relatives aux affaires transnationales aux affaires nationales, soit en adoptant leurs textes avec uniquement des révisions mineures⁸⁴, soit en acceptant tacitement qu'une telle extension soit susceptible de se produire à l'avenir⁸⁵.

58. Cela peut sembler compliqué, mais des solutions simples n'auraient finalement pas répondu à ce que l'on attend d'un ensemble de règles modèles qui doivent être basées sur une évaluation des sources existantes du droit européen et national et qui devraient en tirer des règles de meilleures pratiques procédurales. Il faut toujours noter que l'acquis communautaire en matière de procédure fait l'objet d'une révision législative continue. Des règles modèles devraient non seulement harmoniser et améliorer les législations nationales, mais aussi contribuer à l'amélioration du droit européen existant.

⁸⁰ Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (Règlement PEP).

⁸¹ Voir le projet de Règlement de la juridiction unifiée du brevet, par exemple l'article 173 (Obtention des preuves) et les articles 270 et suivants (Signification dans les États membres contractants) ainsi que les articles 274 et suivants (Signification en dehors des États membres contractants); pour les difficultés d'approbation de l'accord sur une juridiction unifiée du brevet dans son ensemble, voir la Cour constitutionnelle allemande, 13.02.2020, BvR 739/17.

⁸² Voir, par exemple, la Partie VI (Notification des actes de procédure), Introduction, commentaire 2; également la Partie XI (Recours collectifs), Introduction, commentaires 1 et suivants, et les articles 233 et suivants.

⁸³ Voir, par exemple, la Partie VII (Accès aux informations et preuve), Introduction, commentaire 2, et l'article 128; les articles 202(1), 203 pour la compétence internationale en matière de mesures provisoires.

⁸⁴ Voir, par exemple, la Partie VIII, Section 3 (Effets de la litispendance et du jugement) Introduction commentaire 3 et Section 3 A, Introduction, commentaires 1 à 4.

⁸⁵ Pour l'extension de cet ensemble de législation européenne aux affaires internes, voir ci-dessous VII.2 (Compétence, reconnaissance et exécution) et 3 (Procédures de règlement des petits litiges et procédures d'injonction de payer).

2. Règles sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution

59. Dès le tout début du projet, ses promoteurs ont unanimement convenu de ne pas rédiger de partie spéciale sur les règles de compétence et d'exécution. La raison en était simple et n'a jamais été sérieusement contestée. La conviction commune était que le Règlement concernant la compétence et l'exécution, bien qu'il ne soit pas parfait à tous égards, offrait une approche satisfaisante des litiges transnationaux, notamment en raison de sa longue histoire, faite de révisions tant substantielles que mineures et de la jurisprudence détaillée sur son interprétation et son fonctionnement.

60. La plupart des règles concernant la compétence juridictionnelle sont basées sur des critères qui pourraient également s'appliquer, ou s'appliquent avec quelques modifications mineures, à la détermination de la juridiction saisie. Une extension, modifiée avec attention, des critères de compétence transnationale aux règles de juridiction devrait être considérée comme la future voie royale pour l'harmonisation des règles concernant la compétence territoriale nationale et la compétence internationale. L'acceptation, à l'échelle européenne, des critères de compétence, ainsi que des mécanismes et des critères de reconnaissance et d'exécution du Règlement de Bruxelles est documentée de manière convaincante par la Convention de Lugano de 2007 qui, dans une large mesure, apporte des solutions parallèles au Règlement Bruxelles *Ibis*. En outre, les Règles ne contiennent pas, du moins en principe, de dispositions spécifiques sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution pour les États tiers. Il a été jugé préférable de s'en remettre au Règlement Bruxelles *Ibis* qui régit, du moins en partie, les questions de compétence pour les affaires ayant une connexion avec des États tiers⁸⁶, ainsi qu'aux Conventions de La Haye sur les accords d'élection de for⁸⁷ et sur la reconnaissance et l'exécution⁸⁸; ces deux dernières sont encore à un stade plus ou moins expérimental. Comme les Règles, l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet renvoie pour la compétence internationale au Règlement Bruxelles *Ibis*⁸⁹, les questions de juridiction jouent un rôle mineur en raison de la structure centralisée de la future juridiction unifiée du brevet, dont les divisions ne se trouvent que dans trois villes européennes, et de sa capacité à entendre des affaires dans tous les lieux où cela semble utile et faisable⁹⁰. En revanche, la reconnaissance et l'exécution des jugements sont traitées, dans une certaine mesure, dans l'Accord sur la juridiction unifiée du brevet et son projet de Règles de procédure⁹¹, mais sans référence au Règlement Bruxelles *Ibis*⁹². La solution retenue pour la Juridiction unifiée du brevet n'a pas été considérée comme un exemple probant pour l'intégration des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution dans les règles modèles d'un code européen de procédure civile.

61. En général, les Règles évitent d'aborder les questions de compétence. Elles ne permettent pas, par exemple, que les règles sur les parties multiples, telles que la jonction, la consolidation ou la notification aux tiers, soient interprétées comme des règles réglementant la recevabilité des parties multiples tout en créant des types particuliers de compétence territoriale ou internationale. Les critères relatifs à la compétence internationale sont laissés au Règlement Bruxelles *Ibis*⁹³, car il existe dans ce domaine en parallèle des correspondances importantes et sans cesse croissantes dans de nombreux

⁸⁶ Voir, par exemple, les articles 4(2), 25(1) du Règlement N° 1215/2012 (Règlement Bruxelles *Ibis*).

⁸⁷ Voir la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection du for (Convention HCCH élection du for).

⁸⁸ Voir la Convention du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale.

⁸⁹ Voir l'Accord de 2013 sur la juridiction unifiée du brevet, article 31.

⁹⁰ Voir l'Accord de 2013 sur la juridiction unifiée du brevet, articles 7 et suivants, 32 et suivants.

⁹¹ Voir l'Accord de 2013 sur la juridiction unifiée du brevet, article 34 et les Règles de procédure de la juridiction unifiée du brevet de 2015, article 354.

⁹² Le Règlement semble, toutefois, avoir été utilisé comme source d'inspiration.

⁹³ Voir, par exemple, l'article 36 (1 b), commentaire 2; l'article 42, commentaire 3; l'article 146(2), tous se référant à l'article 8 n° 1 et 2 du Règlement Bruxelles *Ibis*.

États européens ⁹⁴. Le règlement ne complète ou ne modifie le Règlement Bruxelles *Ibis* que rarement, et lorsque cela est absolument nécessaire, soit implicitement soit explicitement ⁹⁵.

3. Procédures relatives aux règlements des petits litiges et procédures d'injonction de payer

62. Les Règles ne couvrent pas les procédures relatives aux règlements des petits litiges ni les procédures d'injonction de payer. Ces deux procédures spéciales sont régies par des Règlements européens s'appliquant aux affaires transnationales ⁹⁶. Ces Règlements ne régissent pas seulement la coopération entre les États membres de l'Union européenne et les compétences de ces derniers dans les affaires transnationales, ils contiennent également un ensemble complet et détaillé de règles sur les procédures en cours, qui ne laissent aux États membres qu'une marge de manœuvre limitée. Les législations nationales de la plupart des États membres, et d'autres pays européens, prévoient des procédures simplifiées similaires mais qui diffèrent dans leur conception et leur détail. Les procédures de règlements des petits litiges concernent souvent des affaires portant sur la consommation, bien que le champ d'application de ces demandes soit souvent plus large et comprenne des demandes dont la valeur des litiges dépasse 5.000 euros, qui est la limite actuelle pour les procédures de règlements des petits litiges en vertu du Règlement européen. Les procédures de règlement des petits litiges et les procédures d'injonction de payer, avec leurs règles simplifiées, peuvent être les seuls moyens procéduraux dont disposent de nombreuses personnes, et notamment celles qui ont de faibles revenus. Elles peuvent favoriser une tendance au développement des procédures collectives. Pour cela, la qualité et l'impact social de ces procédures doivent faire l'objet d'un examen minutieux. Néanmoins, les promoteurs du projet ont décidé de ne pas élaborer de règles modèles applicables à ces formes particulières de procédure. L'une des raisons de cette décision était que les Règlements prévoient déjà des règles modèles à l'intention des législateurs nationaux, qui doivent les prendre en considération pour toute amélioration potentielle de leurs procédures existantes, et que les présentes Règles n'étaient donc pas susceptibles de proposer une approche plus novatrice. En outre, l'opinion dominante des rapporteurs du projet et des membres des Groupes de travail était que toute innovation future dans ces domaines était susceptible d'être considérablement influencée par le développement de l'intelligence artificielle, ce qui n'était probablement pas le cas pour les procédures ordinaires ⁹⁷. En conséquence et en conclusion, le moment n'était pas encore venu d'élaborer des règles modèles ou de mettre en œuvre des mesures législatives; dans le domaine des procédures de règlement des petits litiges et des injonctions de payer, le moment actuel est plus propice à un développement et à une expérimentation rapides qu'à l'élaboration de règles modèles. Les principes généraux de la justice civile, tels que formulés dans la Partie I des présentes Règles, fixent toutefois des paramètres importants concernant le développement de ce que l'on appelle l'e-justice.

⁹⁴ Voir, par exemple, l'article 333 du CPC français et, d'une manière générale, le commentaire 3 de l'article 42. Dans certains pays européens, les règles concernant la recevabilité du multipartisme sont interprétées, au moins en partie, comme incluant la création d'une juridiction spéciale; voir, par exemple, l'article 64 du CPC allemand, etc.

⁹⁵ Voir, par exemple, pour la litispendance, la Partie VIII, Section 3 Introduction, commentaire 1; la Section 3 A, Introduction, commentaire 4 et surtout l'article 146, commentaire 5; pour la compétence dans les cas d'intervention volontaire à titre principal, l'article 39 est interprété comme une règle de juridiction dans le commentaire 1 en l'absence d'une réglementation satisfaisante dans l'article 8 n° 2 du Règlement de Bruxelles (refonte), pour les mesures provisoires, ces Règles prévoient une réglementation complémentaire de la compétence, voir en particulier l'article 202(3), commentaire 5, et il en va de même pour les articles 233 et suivants pour les affaires transnationales dans le cadre de procédures collectives. Pour la conception de l'autorité de la chose jugée par la Cour de justice européenne, voir ci-dessous VII. 4.

⁹⁶ Voir le Règlement n° 861/2007 (CE) du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges; le Règlement n°1896/2006 (CE) du Parlement européen et du Conseil instituant une procédure européenne d'injonction de payer.

⁹⁷ Voir l'article 18, commentaire 9.

4. L'acquis communautaire et la jurisprudence des plus hautes juridictions européennes

63. La jurisprudence détaillée de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne concernant, respectivement, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte européenne des droits fondamentaux de 2000, les traités européens et le droit dérivé européen, mérite une mention particulière car elle constitue une partie importante de l'acquis communautaire de l'Union européenne. Grande part de cette jurisprudence est respectée, au moins en principe, par les Règles, dans la mesure où elle reflète les valeurs fondamentales d'une tradition constitutionnelle européenne commune. Mais dans une société libre, même ces Cours et leurs décisions ne sont pas à l'abri de critiques, surtout si leurs décisions découlent de résultats très détaillés des droits fondamentaux et des droits de l'homme ou même du droit dérivé européen. Par exemple, les aspects relatifs au droit à la procédure publique, tel que développé par la Cour européenne des droits de l'homme, ont exigé une attention particulière de la part des rédacteurs des Règles. Dans le même temps, cependant, les discussions ont porté sur la définition de meilleures approches par les Règles⁹⁸. Il en va de même pour les aspects relatifs à la transformation procédurale du droit contraignant⁹⁹ ou aux effets exclusifs et positifs de l'autorité de la chose jugée. En outre, toutes les décisions relevant du domaine de la procédure civile, tout particulièrement celles prises par la Cour de justice européenne, ne sont pas particulièrement bien vues par les spécialistes de la procédure et les juges qui ont une longue et vaste expérience de la procédure et de la pratique. Les présentes Règles sont un instrument approprié pour exprimer le malaise qui prévaut à l'égard des approches adoptées dans de telles décisions et pour promouvoir un changement d'approche dans la jurisprudence des plus hautes juridictions européennes. Cette position est également justifiée si l'on tient compte du fait que tous les pays européens ne sont pas des États membres de l'Union européenne et ne relèvent pas de la compétence de sa Cour de justice.

VIII. LES MOYENS DE COMMUNICATION ET D'ENREGISTREMENT MODERNES, L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE ET LES RÈGLES

1. Utilisation appropriée de la communication et de l'enregistrement électroniques

64. De nombreuses Règles prévoient l'utilisation appropriée de moyens de communication et d'enregistrement modernes, tels que la communication électronique entre le juge et les parties et entre les parties elles-mêmes, la vidéoconférence ou la transmission audio lors des audiences et de l'obtention de preuves, la divulgation et la production de données et de documents électroniques et leur évaluation probante, l'enregistrement vidéo des audiences et de l'obtention de preuves, les plateformes électroniques dans les procédures collectives, etc.¹⁰⁰. Toutefois, les Règles sont neutres sur le plan technologique. Elles n'entrent pas dans des détails techniques susceptibles de changer et d'évoluer rapidement et peuvent, à juste titre, différer d'un pays à l'autre, bien que la compatibilité et l'interopérabilité devraient être au moins assurées au sein de l'Union européenne. Les Règles n'autorisent pas l'utilisation inappropriée des moyens modernes de communication ou d'enregistrement¹⁰¹. Si certains pays prévoient des mesures détaillées pour réglementer la nature et l'utilisation de ces moyens¹⁰², les Règles laissent ces questions de détail à la réglementation et à la pratique judiciaire nationales¹⁰³. Les juges doivent cependant veiller à ce que ces techniques donnent aux parties une chance égale de présenter leur cause, en assurant l'égalité des armes et de traitement¹⁰⁴.

⁹⁸ Voir l'article 17, commentaire 2 et l'article 18, commentaires 1 et 2.

⁹⁹ Voir ci-dessus le Préambule VI. 6 et 7 avec références.

¹⁰⁰ Voir l'article 18 et l'énumération des dispositions individuelles au commentaire 7.

¹⁰¹ Voir l'article 18(4).

¹⁰² Voir, par exemple, pour la France, Code de l'organisation judiciaire, Art. L 111-12; pour l'Angleterre, *CPR Practice Direction* 32, p. 29.1, Annex 3, etc.

¹⁰³ Voir l'article 18, commentaire 8 avec des exemples.

¹⁰⁴ Voir l'article 4, phrase 2.

2. L'intelligence artificielle et les Règles

65. La nécessité d'incorporer des règles sur la recevabilité de l'utilisation de l'intelligence artificielle a fait l'objet de longues discussions¹⁰⁵. L'utilisation de programmes informatiques par les avocats dans la préparation de leurs affaires, par exemple pour des évaluations initiales du bien-fondé des affaires de leurs clients, pour aider aux négociations en vue d'un accord ou pour préparer les plaidoiries, ou bien par des tiers qui financent des litiges comme instruments pour évaluer un éventuel investissement dans un litige, ou par des compagnies d'assurance, est déjà une réalité. Préconiser quels supports technologiques les juristes exerçant une profession libérale et les autres acteurs du marché intéressés par la prestation de conseils ou d'évaluations juridiques doivent ou ne doivent pas utiliser ne relève pas du champ d'application des présentes Règles. Il est préférable de laisser ces questions au droit régissant l'exercice de la profession d'avocat et la fourniture de conseils juridiques en général. Il ne fait aucun doute que ces questions prendront de l'importance dans le domaine de la réglementation, avec l'augmentation probable de l'utilisation de ces formes d'intelligence artificielle et des technologies prédictives. L'intelligence artificielle aurait toutefois pu, à juste titre, être traitée dans les présentes Règles, notamment pour déterminer dans quelle mesure son utilisation par les tribunaux et les juges pour aider à préparer ou à rendre des décisions (ce qu'on appelle l'e-justice) devrait être autorisée. Compte tenu de l'évolution, par exemple, des procédures informatisées d'injonction de payer, déjà utilisées dans certains pays, des exemples de plates-formes d'arbitrage et de médiation électroniques ou du développement de systèmes d'intelligence artificielle pour trancher les affaires judiciaires, ces questions prendront sans aucun doute une importance croissante. Les promoteurs du projet se sont efforcés d'obtenir des informations fiables sur les performances et les capacités réelles des programmes existants¹⁰⁶. Ils ont conclu que, malgré les avancées remarquables réalisées dans ce domaine, l'opinion dominante restait que remplacer les délibérations par des juges et des jugements humains dûment motivés par des décisions prises par l'intermédiaire de l'intelligence artificielle dans les procédures judiciaires en première instance pourraient être une possibilité dans un avenir proche pour les petites créances et les litiges similaires. Pour la grande majorité des litiges civils n'entrant pas dans cette catégorie, la prudence est de rigueur. En outre, le remplacement des juges par l'intelligence artificielle n'est pas simplement une question de justesse et de raisonnement dans les décisions judiciaires, mais également et surtout une question de confiance mutuelle entre les citoyens et l'État, de contrôle démocratique et de responsabilité du système judiciaire, ainsi que d'exercice du pouvoir de l'État. Elle touche au cœur de la relation entre le citoyen et l'État et à la nature de la société. Elle soulève ainsi des considérations qui vont bien au-delà de l'élaboration de règles modèles de procédure. Néanmoins, les Règles autorisent l'utilisation de l'intelligence artificielle par les juges, dans la mesure où cela est compatible avec le droit d'être entendu, car tout recours à un de ces moyens doit pouvoir être soumis à la condition que les parties sachent qu'ils sont utilisés et aient une possibilité équitable de débattre de sa nature, de sa qualité et des conclusions qui peuvent en être tirées¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Voir l'article 18, commentaire 9.

¹⁰⁶ Voir les études particulièrement perspicaces sur la capacité de l'intelligence artificielle à prédire l'issue des affaires devant la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour suprême des États-Unis d'Amérique: N. Aletras et al 2016: *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing Perspective*. Peer J Computer Science 2:e93 <https://doi.org/10.7717/peerj-cs.93>; C. O'Sullivan & J. Beel, *Predicting the Outcome of Judicial Decisions made by the European Court of Human Rights* in 27th AIAI Irish Conference on Artificial Intelligence and Cognitive Science, 2019; D.M. Katz et al (2017), *A general approach for predicting the behaviour of the Supreme Court of the United States*, PLoS ONE 12(4):e0174698 <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>.

¹⁰⁷ Voir l'article 12, commentaires 1 et 4, et l'article 18, commentaire 9.

Règles modèles européennes de procédure civile

PARTIE I – DISPOSITIONS GÉNÉRALES

1. Cette Partie énonce un certain nombre de dispositions générales concernant l'application des Règles. Elle définit le champ d'application des Règles en limitant leur application aux litiges civils et commerciaux nationaux et transnationaux. La définition de ces litiges à laquelle il est fait référence est communément acceptée dans toute l'Europe (voir l'article 1).

2. Cette Partie énonce un certain nombre de devoirs fondamentaux en matière de procédure qui s'imposent au juge, aux parties et à leurs avocats (voir les articles 2 à 10). Les devoirs les plus importants sont la coopération, que les Règles considèrent d'importance primordiale pour une administration efficace et appropriée de la justice, et le principe général de proportionnalité dans la résolution du litige, qui jouit d'une reconnaissance croissante en Europe depuis le début du XXI^{ème} siècle. Enfin, elle énonce et, dans certains cas, donne un effet concret à un certain nombre de principes procéduraux fondamentaux inhérents au droit à un procès équitable (voir les articles 11 à 20).

SECTION 1 – Champ d'application

Article 1. Champ d'application

1) Les présentes Règles s'appliquent à la résolution des litiges nationaux et transnationaux en matière civile et commerciale, quelle que soit la nature de la juridiction saisie.

2) Sont exclus de leur application:

a) l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux ou les régimes patrimoniaux relatifs aux relations qui, selon la loi qui leur est applicable, sont réputés avoir des effets comparables au mariage;

b) les faillites, concordats et autres procédures analogues;

c) la sécurité sociale;

d) l'arbitrage;

e) les obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance;

f) les testaments et les successions, y compris les obligations alimentaires résultant du décès.

3) Les présentes Règles sont également applicables aux questions incidentes relevant du paragraphe précédent, si la demande principale entre dans le champ d'application défini au paragraphe 1 du présent article.

Commentaires:

1. L'article 1 définit le champ d'application des Règles. Il adopte la définition des matières civiles et commerciales telle qu'elle est développée et utilisée à l'article premier du Règlement (UE) n°1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) (Règlement Bruxelles Ibis), et à l'article premier de la

Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale de 2007, JO L 339/3, 21.12.2007 (Convention de Lugano). Les Règles modèles européennes de procédure civile ELI/UNIDROIT sont des règles modèles conçues pour favoriser l'harmonisation de la procédure civile en Europe. Elles sont destinées à illustrer ce que pourrait être la future législation procédurale des États européens, y compris les États membres de l'Union européenne ainsi que de l'Union européenne, cette dernière légiférant de plus en plus sur les questions de procédure afférentes au droit matériel de l'Union européenne. Au regard de cet objectif et du fait que la définition choisie est commune à tous, ou au moins à la majorité des États européens, l'adoption de cette définition des matières civiles et commerciales comme moyen de définir le champ d'application des Règles a été jugée optimale.

2. L'article 1(3) dispose que les Règles s'appliquent également à des questions accessoires relevant du paragraphe 2 lorsque la demande est fondée à titre principal sur des matières entrant dans le champ d'application défini au paragraphe 1, les questions accessoires devant être déterminées simultanément; par exemple, la question de savoir si des actifs du défendeur faisaient partie de la masse de l'insolvabilité au moment de l'acquisition du défendeur.

3. L'article 1(3) est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ¹⁰⁸. La question de savoir si la détermination des questions accessoires pertinentes est susceptible de chose jugée doit être examinée séparément (voir l'article 149(2), commentaire 2).

SECTION 2 – Principes

A. Coopération

Article 2. Disposition générale

Les parties, leurs avocats et le juge coopèrent afin de favoriser la résolution équitable, efficiente et rapide du différend.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.2, 11.1, 11.2. 22.1, 22.2.

Commentaires:

1. Les Règles considèrent que le bon déroulement de la procédure requiert une coopération efficace entre le juge, les parties et leurs avocats. L'importance donnée à la coopération, qui est une caractéristique de certains codes européens de procédure civile depuis le XIX^{ème} siècle et d'autres depuis le début du XXI^{ème} siècle, s'éloigne de la division traditionnelle entre les conceptions accusatoire et inquisitoire de la procédure civile ¹⁰⁹. Elle est volontairement soulignée ici, notamment pour éviter cette division historique qui a fait obstacle à l'harmonisation des procédures. Un accent particulier est mis sur le devoir général du juge et des parties de coopérer, qui est énoncé à l'article 2, et des obligations spécifiques de coopération qui en découlent dans le déroulement du procès, qui font l'objet de dispositions spécifiques tout au long des Règles.

¹⁰⁸ Voir par exemple, affaire C- 266/01, Arrêt du 15 mai 2003, Préservatrice Foncière TIARD SA (C-266/01, ECR 2003 p. I-4867) ECLI:EU:C:2003:282

¹⁰⁹ Voir Conseil de l'Europe, Recommandation n° R(84) 5 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice, Principes 2.1 et 2.2.

2. Le rôle du juge ne se limite pas à la fonction juridictionnelle, à savoir entendre les parties et trancher le différend. Il doit également prendre une part active à la bonne administration de la justice, qui est un processus continu au-delà du traitement adéquat du cas d'espèce. À ce titre, il doit garantir qu'il participe à une résolution équitable, efficace et rapide du différend tout en maintenant sa neutralité vis-à-vis des parties.

3. En ce qui concerne la résolution rapide du différend, le juge doit vérifier le respect, par les parties et par leurs avocats, des obligations énoncées dans les présentes Règles et dans les temps prescrits (voir, notamment, les articles 4(3), 47 à 49(2) et (4), 61(2) et (3), 64(4), et 92(1)) et le cas échéant doit sanctionner les contributions factuelles ou probatoires tardives (voir par exemple les articles 27, 54(3) et (4), 63,(2), 64(4), 93, 99).

4. En ce qui concerne le déroulement efficace du procès, le juge est tenu à un certain nombre de devoirs résultant de son obligation générale de coopération, dont les plus importants sont de suggérer des amendements à la procédure lorsque les parties ne se conforment pas à leurs devoirs correctement et complètement (voir les articles 4 phrase 3, 24(1), 25(3), 26(2), 33, 49(6) à (11), 53(3), 61(4), 62(2), 64(5), 92(2), et 218) et de respecter le droit des parties d'être entendues afin de poursuivre le dialogue entre le juge et les parties (voir les articles 11, 12(2), 13, 16(1), 24(3), 26(2), 28 phrase 2, 41(1), 50(1), 64(7), 92(2) et (4), 93, 96, 107(2), 186 et 201(3)).

5. Le juge est tenu d'exercer ses fonctions de manière équitable. Ainsi, il doit, par exemple, conserver son impartialité et son honnêteté, se départir de préjugés, favoritisme et intérêt personnel, éviter les mesures pouvant piéger les parties et veiller à traiter toutes les parties de manière égale. Des comportements inappropriés pourraient entraîner le dessaisissement du juge, question qui n'est pas traitée dans les présentes Règles (voir cependant l'article 179(2)(e)), mais qui est généralement traitée dans les lois en matière d'organisation et d'administration de la justice d'un certain nombre de systèmes juridiques européens. De façon générale, les Règles visent à garantir que le juge ne traite pas les parties inéquitablement. Cependant certaines Règles traitent spécifiquement de manifestations possibles d'un comportement inéquitable du juge; par exemple, l'article 4, deuxième phrase, garantissant l'égalité de traitement, l'article 7 concernant la proportionnalité des sanctions, les articles 11 et 92(4) qui exigent que les parties aient une possibilité équitable d'être entendues, l'article 27(1) qui interdit l'imposition de sanctions en cas d'allégations factuelles ou de propositions de preuves tardives si le juge ne s'est pas lui-même acquitté de son devoir de veiller au respect de leurs obligations par les parties et, le cas échéant, leur a indiqué la possibilité de modifications, ou les articles 55 et 96 concernant le droit de modifier les demandes et les moyens de défense dans les cas appropriés. Un autre exemple spécifique de l'obligation de coopérer concerne la promotion de la résolution amiable au cours de la procédure (voir les articles 10, 49(1), 62) et de respecter la résolution amiable partielle (voir les articles 9(4), 26(3), 50(2), 51, 57 et suivants, 107(4), et 120(3)).

6. L'article 2 impose également aux parties le devoir de coopérer dans le déroulement du procès dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Le comportement d'une partie envers le juge, la partie adverse, d'autres parties ou des tiers doit favoriser la résolution efficace, rapide et équitable du différend, ce qui implique également de prendre les mesures appropriées pour régler le différend dans la phase préalable à l'ouverture et pendant la procédure. En même temps, les parties, pour obtenir gain de cause, sont soumises à des risques processuels résultant des règles du droit matériel et de charge de la preuve, ainsi que de l'appréciation de l'affaire par le juge. Chaque partie encourt le risque de ne pas être en mesure de présenter tous les faits pertinents, de produire les preuves pour convaincre le juge de la véracité des faits favorables à sa cause et du bien-fondé juridique de sa demande.

7. Le débat historique concernant la question de savoir si les parties au litige doivent être guidées dans leur approche du litige par le but de gagner (illustrée par la métaphore sportive de la "*sporting theory of justice*") ou par les obligations de coopérer (selon la théorie de la procédure coopérative de groupe) n'est pas particulièrement utile pour élaborer une conception opérationnelle de la procédure civile. Les deux éléments, à savoir des règles de conduite assorties d'obligations et une mise en compétition des parties dans la gestion de leurs risques, doivent être admis comme étant des

composants incontournables et essentiels de la procédure. Il existe une compétition entre les parties pour ce qui est de gérer les risques du litige, mais celle-ci a besoin de règles et doit se dérouler dans un cadre effectif d'obligations qui imposent une coopération avec le juge et les autres parties, comme le souligne l'article 2, tant dans l'intérêt des parties elles-mêmes que généralement dans l'intérêt public d'une bonne administration de la justice. Tandis que la gestion du risque processuel lié au but recherché découle naturellement de l'initiative personnelle et n'appelle pas de règle de procédure spécifique, l'encadrement nécessaire des obligations doit faire l'objet de règles appropriées et de pouvoirs de sanction adéquats pour en assurer le respect. Les conséquences juridiques d'un manque de gestion efficace par les parties des risques de la procédure se concrétisent dans la décision finale du juge, sans autre forme d'évaluation. En revanche, le juge peut imposer des sanctions pour le non-respect des obligations procédurales, mais seulement après une évaluation de la capacité de la partie à remplir convenablement l'obligation en question et à un coût raisonnable. Pour que les parties soient en mesure à la fois de gérer le risque du litige et de respecter leurs obligations procédurales, elles doivent avoir le droit d'être entendues par le juge au sujet de leurs arguments de faits, de preuves et de droit.

8. L'obligation générale de coopération des parties énoncée à l'article 2 est précisée dans un certain nombre de Règles spécifiques. En ce qui concerne la résolution rapide du différend, les parties sont tenues de présenter leur cause avec tous les éléments de faits, de preuves et de droit pertinents aussi tôt et aussi complètement que possible (voir les articles 47 et 94), et conformément au calendrier de la procédure et aux instructions du juge (voir les articles 49(4), 50(1) et 92(1)). Le juge peut imposer des sanctions aux parties qui ne se conforment pas à ces obligations ou qui ne le font pas en temps opportun (voir les articles 27, 63, 64(4) phrase 2, 93 et 99). Conformément à une autre obligation de coopération très importante qui renforce l'efficacité de la recherche des faits, les parties doivent donner accès aux informations et aux éléments de preuve qu'elles détiennent à la partie adverse ou aux autres parties, même si les preuves peuvent être défavorables aux intérêts de la partie qui les divulgue (voir les articles 25(2), 54(3) et (4), 88(3), 93 et 100 et suivants). Un refus de divulgation peut entraîner des sanctions si le juge est convaincu que la partie détient les informations ou les éléments de preuve et qu'il n'est pas déraisonnable de les divulguer dans les circonstances (articles 27(3) et (4) et 110).

9. L'obligation des parties de coopérer loyalement comprend: l'obligation d'éviter les litiges et les coûts inutiles en divulguant les informations pendant la phase précédant l'ouverture de l'instance (article 51) assortie de sanctions pécuniaires conformément à l'article 241(2); l'obligation de faciliter les mesures de mise en état actuelles ou futures (articles 3(e), 51(3), 61(3)) assortie de sanctions pécuniaires (article 241(2)); l'obligation de conserver les moyens de preuve avant et pendant la procédure (voir les articles 99(b) et 27); l'obligation de ne pas produire de preuves obtenues illégalement (article 90); l'obligation de ne pas divulguer des informations confidentielles (articles 103 et 104); l'obligation d'assurer que les prétentions ne sont pas dépourvues d'un intérêt légitime (article 133(e)). L'obligation de coopération des parties comprend la prise de mesures raisonnables pour la résolution amiable du différend, ou du moins certaines parties de celui-ci (voir les articles 3(a), 9, 51, 57 et suivants). À la différence de certaines lois nationales européennes et des dispositions facultatives de la Directive sur la médiation de l'Union européenne ¹¹⁰, cette obligation ne doit pas être interprétée strictement comme une exigence obligatoire dont le non-respect entraînerait l'irrecevabilité de la demande. Il s'agit au contraire d'une obligation souple de prendre des mesures pour la résolution amiable du différend, dont le non-respect ne peut être sanctionné que par des sanctions pécuniaires (voir l'article 241(2)).

10. Voir l'article 3, commentaire 7 sur le devoir de coopération qui s'applique aux avocats des parties.

¹¹⁰ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

Article 3. Rôle des parties et de leurs avocats

Les parties et leurs avocats:

- a) entreprennent tous les efforts raisonnables et appropriés en vue de parvenir à une résolution amiable du différend;**
- b) contribuent à la mise en état de la procédure;**
- c) présentent les faits et les preuves;**
- d) assistent le juge dans la détermination des faits et du droit applicable;**
- e) se comportent loyalement et s'abstiennent de tout abus de procédure dans leurs relations avec le juge et les autres parties.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 11.1 et 11.5.

Commentaires:

1. L'article 3 énonce brièvement les activités qui doivent être menées par les parties dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et conformément à leur obligation de coopérer avec le juge dans le bon déroulement de l'instance (voir l'article 2). Il précise les devoirs respectifs du juge et des parties (voir l'article 4), sans faire de distinction entre les obligations et les risques (voir l'article 2, commentaire 7). Les fonctions énoncées aux alinéas a) et e) concernent des activités nécessaires à des relations efficaces entre le juge et les parties tandis que celles prévues aux alinéas b) à d) peuvent s'appliquer selon les circonstances particulières de procédures spécifiques.

2. L'article 3(a) correspond aux articles 9(1), (3) et (4), 51(1) et (2).

3. L'article 3(b) est précisé par les articles 28, 47, 50(1) à (3), 51(3), 55, 57, 58, 59, 61(2), 65(1), 66(1), 71, 88(3), 92(2), 95(2), 101 et suivants, 113(1), 117(3), 120(3), 126(2), 135, 136(1)(c), 141(1), 146(1) et (3).

4. L'article 3(c) reflète un aspect du principe de libre disposition selon lequel c'est aux parties qu'il revient de présenter les faits et les éléments de preuve et non pas en principe au juge. Le rôle du juge est par contre de veiller à ce que les parties se conforment à leurs devoirs pleinement et en temps utile, et le cas échéant de proposer des modifications (voir l'article 2, commentaire 4). Les parties seront généralement motivées à s'acquitter efficacement de leurs obligations compte tenu de la répartition des risques telle qu'établie par le droit matériel s'agissant de la présentation des faits et des preuves (voir pour plus de détails, les articles 24, 25, 52 et suivants, 92(1), 94 et 95). Dans certains cas, cependant, elles auront l'obligation de produire des preuves dans l'intérêt de la partie adverse ou d'autres parties, assortie le cas échéant de sanctions en cas de non-respect (voir les articles 25(2), 53(5), 99, 106(1), 101 et suivants et 110).

5. L'assistance au juge par les parties pour déterminer les faits et le droit applicable conformément à l'article 3(d) ne doit pas être interprétée comme une obligation imposée aux parties qui serait passible de sanctions en cas de non-respect. En effet, il appartient au juge d'évaluer librement les éléments de preuve pour déterminer les éléments de fait (article 98) et le droit applicable (article 26(2)). Toutefois les parties s'exposent au risque que le juge parvienne à une évaluation défavorable de la preuve et à une détermination défavorable du droit applicable, et elles ont le droit d'être entendues par le juge avant que celui-ci se prononce (voir les articles 11 et 12, 26(1) et (2), 53(2)(c), 64 (7)). L'article 3(d) pose clairement que la contribution des parties doit être comprise comme établissant un dialogue utile et bienvenu entre les parties et le juge qui doit s'insérer dans un climat de coopération, même en cas de désaccords.

6. L'article 3(e) énonce l'obligation de coopération loyale. Il correspond aux dispositions de l'article 2, commentaire 9 ci-dessus.

7. L'article 3, comme l'article 2, étend les devoirs des parties à leurs avocats¹¹¹. Dans certains systèmes juridiques européens, le code de procédure civile impose des obligations procédurales aux avocats, tandis que d'autres systèmes établissent une claire distinction entre les devoirs des parties et les règles de conduite professionnelle imposées aux avocats. À un certain niveau, cette différence n'est pas fondamentale car les règles déontologiques exigent des avocats qu'ils agissent dans le meilleur intérêt de leurs clients, ce qui se traduit par le même engagement des avocats à l'égard des règles de procédure que celui résultant des obligations prescrites par les codes de procédure. Cependant, une différence importante est que lorsque de telles obligations sont imposées par le code de procédure, le juge peut imposer des sanctions aux avocats défaillants sans qu'il soit nécessaire d'engager une procédure pour manquement professionnel devant l'Ordre des avocats compétent ou un organisme équivalent. Ces règles sont rédigées de manière à permettre au juge de prendre des mesures directement contre les avocats défaillants. L'article 3 correspond aux articles 9(2), 51, 99, 104, 110, qui permettent au juge, conjointement avec l'article 27(3) de sanctionner les manquements d'un avocat par des amendes, astreinte, dépens ou même des dommages-intérêts en faveur des parties ou des tiers. Dans les systèmes européens qui suivent cette approche depuis longtemps, il apparaît que de telles sanctions sont rarement nécessaires ou appliquées. On peut se demander dans quelle mesure les codes de conduite professionnels nationaux et européens peuvent fixer des limites aux activités procédurales des avocats qui ne feraient pas l'objet de règles de procédure et découlent de l'obligation des avocats de servir les intérêts de la justice en tant qu'officiers de justice. Cette question fait cependant l'objet d'un débat de fond portant sur les règles déontologiques et affecte tous les domaines juridiques où les avocats représentent les parties et pas seulement pour ce qui est de la procédure civile. Sa résolution n'entre donc pas dans le champ d'application des présentes Règles.

Article 4. Office du juge dans la gestion de l'instance

Il appartient au juge d'assurer la conduite active et effective de l'instance. Le juge veille à ce que les parties bénéficient d'un traitement égal. Tout au long de la procédure, il vérifie que les parties et leurs avocats se conforment aux devoirs qui leur incombent en vertu des présentes Règles.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3, 7.2, 9.3, 14, et 22.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 18.

Commentaires:

1. L'article 4 décrit l'office du juge concernant la conduite de l'instance. Celle-ci s'inscrit dans le contexte plus large du devoir de coopération qui incombe au juge et aux parties (voir l'article 2). Cette obligation du juge représente sa contribution la plus importante à la coopération avec les parties (voir l'article 2, commentaires 1 et 2). Une condition importante qui s'attache à une gestion efficace de l'instance est que le tribunal vérifie que les parties se conforment aux devoirs qui leur incombent tout au long de la procédure. L'obligation générale énoncée à l'article 4 est mise en œuvre de nombreuses manières dans les Règles (voir, en outre, l'article 2, commentaires 2 à 5 et l'article 3, commentaire 3).

¹¹¹ Conseil de l'Europe, Recommandation n° R(2000)21 du Comité des Ministres des États membres sur la liberté d'exercice de la profession d'avocat; Conseil de l'Europe, Recommandation (84)5, Principe 2.3; et Code de conduite des avocats européens du Conseil des barreaux européens (CCBE).

La distinction traditionnelle faite dans les milieux académiques entre la gestion formelle ou procédurale qui comprend des mesures organisationnelles, et la gestion matérielle ou substantielle destinée à aider les parties dans la présentation responsable de leur cause, n'est pas reflétée dans les Règles en raison de l'interdépendance fonctionnelle des mesures relevant de ces deux catégories, qui ont le plus souvent les mêmes objectifs traditionnels (voir l'article 49, commentaire 3).

2. L'article 4 impose également expressément au juge l'obligation d'assurer l'égalité procédurale entre les parties. L'égalité des parties dans l'instance civile est un aspect du droit fondamental à l'égalité devant la loi et à l'interdiction générale de la discrimination dans l'exercice de tout droit ¹¹². Les présentes Règles accordent à toutes les parties les mêmes droits procéduraux sans discrimination illégitime, notamment en raison de la nationalité, de la résidence, du statut social ou du handicap. Des règles spécifiques visent à prévenir la discrimination dans des circonstances particulières (voir les articles 20, 82, 113 pour l'interprétation et la traduction; les articles 54(1), 80(3) pour les délais; les articles 18(4), 97(1) et (3) pour les technologies de communication à distance; les articles 207 et suivants, 237, 238 permettant les demandes d'indemnisation par les parties économiquement plus faibles en cas de recours collectifs; les articles 244 et 245 facilitant les demandes pour les parties financièrement faibles ou en cas de risques de coûts élevés). L'obligation d'assurer un traitement égal protège les parties contre une discrimination opérée par une gestion partielle de l'instance qui favoriserait une partie au détriment d'une autre, par exemple par l'interdiction faite au juge de fixer des délais de procédure avec une seule partie.

3. À la différence de certains systèmes juridiques européens qui fondent sur l'égalité de traitement l'obligation faite au juge de prendre des mesures actives pour corriger les déséquilibres entre les parties dans la procédure, par exemple lorsqu'une partie est représentée par un avocat et l'autre non ou lorsque les représentants légaux des parties ont des compétences ou des capacités différentes, les Règles ne vont pas aussi loin. Si le juge peut effectivement suggérer des modifications aux parties en cas de défauts dans la présentation de leur demande ou des preuves, il ne peut aller jusqu'à devenir en fait l'avocat de la partie. L'incapacité du juge à trouver le juste équilibre entre une gestion correcte de l'instance et une gestion partisane peut entraîner son dessaisissement (voir l'article 2, commentaires 2 et 5).

B. Proportionnalité

Article 5. Office du juge

1) Le juge s'assure que le processus de résolution du litige est proportionné à l'affaire en cause.

2) Pour déterminer si un processus est proportionné, le juge tient compte de la nature, de l'importance et de la complexité de l'affaire ainsi que de la nécessité de donner plein effet à son devoir général de mise en état en considération d'une bonne administration de la justice.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 8(1) phrase 2, 17(2); Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 17.1, 28.3.

¹¹² Articles 6(1) et 14 et article 1 du Protocole No. 12 de la Convention européenne des droits de l'homme; et les articles 20, 21 et 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux de 2000.

Commentaires:

1. L'article 5(1) met l'accent sur la proportionnalité en tant que principe général devant présider à l'ensemble du processus de règlement du différend. Dans la plupart des cultures juridiques, la proportionnalité a été acceptée comme un aspect important du droit procédural dans des cas particuliers, par exemple, pour les procédures simplifiées de règlement des petits litiges ¹¹³, pour la collecte des preuves afin de garantir le recours à la méthode la moins complexe et la moins coûteuse, ou encore en matière de mesures conservatoires; mais ce principe est devenu de plus en plus important en droit européen et en droit anglais au début du XXI^{ème} siècle. On voit des exemples d'application de la proportionnalité dans l'utilisation de procédures écrites à la place des audiences et dans le recours à des procédures simplifiées adaptées à la nature - principalement à la valeur - du différend, portant sur la production des preuves, la durée des audiences, etc. Des exemples particuliers de cette approche existent dans des pays comme l'Angleterre, la France, l'Allemagne ou la Norvège, l'approche anglaise exprimée dans la Règle 1 de ses Règles de procédure civile étant la consécration la plus marquante de la proportionnalité comme principe général de la procédure. De même, cette tendance peut être observée au sein de l'Union européenne, par exemple avec la recherche du recours accru à la médiation comme moyen de résolution des différends (voir l'article 51, commentaire 2) ¹¹⁴. Là encore, l'intention est une économie de ressources et de coûts en faisant progresser la justice civile convenue par les parties, allant dans le sens du concept nord-américain influent dit du "tribunal à plusieurs portes" ("*multi-door courthouse*") ¹¹⁵, qui tend à prendre le pas sur des procédures juridictionnelles longues et coûteuses.

2. L'article 5 reflète la tendance à consacrer la proportionnalité en tant que principe procédural général, au moyen de règles générales plutôt que par des règles s'appliquant au cas par cas. Ce principe trouve son expression, à des degrés divers, dans les articles 9, 10, 49(1), 51, 53(2)(e), 57 et suivants, 221 et suivants, 229 et suivants et 241(2), qui encouragent le recours à la résolution amiable et aux modes alternatifs de règlement par le juge et par les parties, même si ces procédures ne relèvent pas des présentes Règles.

3. Les Règles ne prévoient pas de voies procédurales définies liées à la valeur, à la complexité ou au coût prévu du litige. La procédure adéquate pourra être déterminée au cas par cas selon le principe de la conduite efficace de l'instance (voir les articles 49 et 50). Par exemple, l'article 133(e) autorise le juge le cas échéant à refuser des demandes coûteuses lorsqu'une demande à moindre coût fournirait au demandeur un résultat équivalent. S'agissant de l'obtention des preuves, l'article 5 permet au juge de suggérer le recours à un expert suffisamment expérimenté pour effectuer une expertise, de limiter le nombre d'experts ou d'ordonner le recours à une conférence d'experts (voir l'article 62(2)(c)). Également, l'article 102(2)(c) permet au tribunal, dans des cas exceptionnels, de limiter la quantité de preuves à recueillir lorsqu'elles sont détenues par d'autres parties à la procédure ou des tiers. En ce qui concerne les mesures provisoires, les articles 184(2), 185 et 197 mettent l'accent sur la proportionnalité ou, dans le même sens, sur l'adéquation ou sur la nécessité d'une mesure particulière. Relativement à l'importance de la proportionnalité pour les activités des parties, les sanctions et les coûts, voir les articles 6 à 8 et les commentaires correspondants.

Article 6. Rôle des parties et de leurs avocats

Les parties et leurs avocats coopèrent avec le juge pour promouvoir un processus proportionné de résolution du litige.

¹¹³ Le Règlement européen sur les petits litiges (Règlement RPL).

¹¹⁴ Voir pour un approfondissement, Arrêt du 18 mars 2010, *Alassini et autres* (C-317/08 à C-320/08, ECR 2010, p. I-2213) ECLI:EU:C:2010:146.

¹¹⁵ F. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, 70 F.R.D. 79, 111 (1976).

Source:

Voir l'article 5, ci-dessus.

Commentaires:

1. Pour autant que les parties pourraient contribuer à promouvoir un processus proportionné de résolution du litige en facilitant la résolution amiable et le règlement extrajudiciaire du différend, les Règles prévoient un certain nombre de dispositions détaillées spécifiques qui donnent effet à l'obligation générale énoncée dans l'article 6, notamment les articles 9, 26(3), 51(1) et (2), 57 et suivants, 221 et suivants et 229 et suivants. La seule sanction applicable pour défaut de se conformer aux obligations concernant la résolution amiable est de nature pécuniaire (voir les articles 240(1)(a) et (c) et 241(2)).

2. Les parties et leurs avocats pourraient être peu enclins à suivre les mesures proposées par le juge visant à une économie de coûts et de ressources personnelles (voir l'article 5, commentaire 3). Un refus pourrait entraîner des sanctions pécuniaires (voir l'article 241(2)). Dans des cas graves, des amendes et astreintes ou des réclamations pour faute professionnelle à l'encontre des avocats pourraient être prononcées.

Article 7. Proportionnalité des sanctions

En cas de non-respect de l'une des présentes Règles, les sanctions doivent être proportionnées à la gravité de l'affaire, au préjudice causé et à l'étendue de la participation de l'auteur du comportement dommageable.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 17(2); Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 17.1.

Commentaires:

1. C'est un principe commun à toutes les cultures juridiques fondées sur l'état de droit que le pouvoir public de restreindre les libertés doit être exercé dans le strict respect du principe fondamental de la proportionnalité. Cela est désormais consacré, par exemple, à l'article 5(4) du Traité de l'Union européenne de 2012 et à l'article 49(3) de la Charte européenne des droits fondamentaux. Il est également implicite dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et dans les Constitutions nationales européennes. Il s'impose dès lors que le principe de proportionnalité s'applique également aux sanctions prononcées par les tribunaux. L'article 7 énumère sous une forme concise les principaux critères à considérer lorsque des sanctions doivent être imposées aux parties, aux avocats, aux tiers, etc.

2. Le cas échéant, des règles spécifiques se réfèrent à ce principe fondamental, le modifient ou le renforcent; voir, par exemple, les articles 27, 28, 63(1) et (2), 64(4), 90, 93, 99, 104, 110, 178, 191, 195(3), 218(1)(a) et (2), 241(2) et 245(4).

Article 8. Proportionnalité des frais du procès

Les frais du procès doivent, dans la mesure du possible, être raisonnables et proportionnés au montant du litige, à la nature et à la complexité de la procédure, à leur importance pour les parties et à l'intérêt public.

Source:

Voir l'article 5 ci-dessus.

Commentaires:

1. L'article 8 résume les critères qui définissent la proportionnalité des frais du procès. Elle précise que le montant du litige ne peut être le seul et unique critère déterminant le montant approprié et souhaitable des frais encourus dans le cadre du procès en matière civile. Déterminer les frais selon le montant du litige produirait une injustice, car cela empêcherait les citoyens disposant de ressources financières limitées d'avoir accès au procès civil ordinaire dans des cas ayant une incidence majeure sur leur vie quotidienne. Il en va de même pour les litiges d'intérêt public, qui peuvent porter sur des montants modestes, mais qui revêtent une grande importance pour le public. Dans ce dernier cas, des considérations plus larges pourraient justifier que les parties encourrent des frais plus élevés que ceux auxquels mènerait une évaluation fondée sur le seul montant pécuniaire du litige.

2. Il appartient principalement aux parties et à leurs avocats d'éviter des frais disproportionnés. Ils devraient s'efforcer de régler à l'amiable leurs différends en tout ou en partie (voir l'article 5, commentaire 3 et l'article 6, commentaire 1). Les frais déraisonnables ou disproportionnés ne seraient pas susceptibles de remboursement par la partie qui succombe (article 240(1)(a) et (c)). Cette limite posée à la règle du "perdant-payeur" des pays européens en matière de dépens devrait proprement motiver les parties ainsi que leurs avocats à éviter des frais de procès inutiles. Des sanctions pécuniaires, amendes ou astreintes ainsi que la possibilité de répondre de dommages-intérêts pourraient également inciter les avocats à se conformer à leurs obligations professionnelles. Il ne faut toutefois pas surestimer l'effet dissuasif de telles mesures (voir l'article 3, commentaire 7, l'article 6, commentaire 2 et l'article 27(3) et (4)). Le juge doit jouer un rôle actif en soutenant les efforts des parties pour maintenir les frais du procès à un niveau proportionné. Il peut le faire, par exemple, en faisant des propositions visant à une gestion efficace de la réclamation par les parties et leurs avocats (voir l'article 5, commentaire 3).

C. Résolution amiable

Article 9. Rôle des parties et de leurs avocats

- 1) Les parties coopèrent dans la recherche d'une résolution amiable de leur différend, avant aussi bien que pendant l'instance.**
- 2) Les avocats informent les parties des modes disponibles de résolution amiable des différends, les conseillent dans le choix du mode le plus approprié et, le cas échéant, encouragent son utilisation. Ils s'assurent de l'utilisation des modes obligatoires.**
- 3) Les parties peuvent demander au juge de rendre exécutoire leur accord sur la solution du différend.**
- 4) Lorsqu'il est impossible de parvenir à une résolution amiable du différend dans sa totalité, les parties s'efforcent de réduire le nombre de questions en litige avant que celui-ci ne soit tranché par le juge.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.2, 24.3.

Commentaires:

1. L'article 9(1) énonce le devoir général des parties de coopérer pour résoudre leur différend à l'amiable. Cette obligation est devenue une règle européenne commune au cours des deux dernières décennies (voir l'article 5, commentaires 1 et 2, l'article 51, commentaire 2), et peut être mise en relation avec l'obligation de ne pas faire une utilisation abusive des moyens de procédure telle que décrite par la Recommandation du Conseil de l'Europe R(84) 5, principe 2 (2-3). L'obligation de rechercher une résolution amiable, fût-elle partielle, avant l'instance, est précisée à l'article 51. Dans le cas où une résolution amiable n'est pas possible, les parties sont encouragées tout au moins, à tenter de réduire les questions litigieuses avant l'instance (voir les articles 26(3) et 57 et suivants).

2. L'article 9(2) décrit l'obligation professionnelle à laquelle sont tenus les avocats d'informer les parties des modes alternatifs de résolution des différends (MARD) disponibles et de les conseiller dans le choix du mode le plus approprié. Au sein de l'Union européenne, en ce qui concerne les litiges entre professionnels et consommateurs, la Directive telle que mise en œuvre par les législations nationales s'applique en ce qu'elle impose de prévoir des procédures extrajudiciaires de règlement des litiges et encourage la création d'entités de règlement des litiges ¹¹⁶ permettant ainsi un accès facilité des parties et des avocats à l'information sur les modes alternatifs de règlement des litiges. La question de savoir si la recherche d'une résolution amiable avant l'instance est obligatoire, qui est liée à la question de la recevabilité de la demande, relève de la législation nationale des pays européens (voir l'article 133(f)) ¹¹⁷. Un nombre croissant de pays européens ont rendu obligatoire le recours aux MARD avant l'instance juridictionnelle, généralement la médiation, par exemple l'Italie. D'autres pays ont encouragé leur utilisation en appliquant des sanctions pécuniaires en cas de refus d'une partie d'y avoir recours, ainsi l'Angleterre (voir l'article 241(2)). Dans d'autres pays européens, qui ont une conception plus permissive du choix des parties au litige, le recours aux procédures amiables reste volontaire. Quelle que soit l'approche adoptée au niveau national, il devrait toujours être clair pour les parties que, même lorsqu'un tel recours est obligatoire, et sauf lorsqu'elles ont convenu de régler leur différend par voie d'arbitrage, l'aboutissement de la procédure de résolution amiable relève entièrement de leur décision. La procédure obligatoire de résolution amiable ne doit pas être comprise comme signifiant une résolution amiable obligatoire ¹¹⁸. Les sanctions pécuniaires ne devraient pas être conçues ou opérées comme dissuasion dans la recherche d'une résolution amiable. Les juridictions nationales devraient donc veiller à ne pas considérer l'utilisation de sanctions pécuniaires comme une entrave au droit d'accès à la justice.

3. L'obligation professionnelle des avocats d'encourager les parties à utiliser les MARD (article 9(2)) ne concerne que les cas où son utilisation est appropriée. Par conséquent, leur utilisation ne devrait pas être encouragée lorsqu'elle entraînerait clairement du temps et des dépenses inutiles, ou dans les cas où un MARD ne serait pas approprié, par exemple lorsque le différend concerne une question juridique nouvelle, ou lorsqu'une question pénale est alléguée dans le cadre de la procédure civile. Dans les systèmes européens où l'utilisation des MARD est obligatoire, l'avocat doit conseiller de façon appropriée la partie concernant sa participation pour assurer qu'elle utilise correctement le processus (article 9(2)). Dans le processus de comparaison, leur client reste toutefois libre le cas échéant d'expliquer pourquoi il ne serait pas disposé ou en mesure de résoudre le différend par un mode amiable.

4. L'article 9(3) vise à faciliter l'exécution des règlements amiables. L'article 141 complète l'article 9(3).

¹¹⁶ Voir les articles 5 et suivants, et 13 et suivants de la Directive sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

¹¹⁷ Ainsi que cela est reconnu au sein de l'Union européenne par l'article 5(2) de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

¹¹⁸ *Ibid.*

5. L'article 9(4) encourage les parties à parvenir à un accord partiel sur les questions en litige si les tentatives de résolution totale du différend échouent. Les articles 26(3), 51 et 57 et suivants donnent une application concrète à l'article 9(4). En outre, il précise les modalités de la résolution amiable lorsque l'accord des parties porte sur des questions partielles.

Article 10. Office du juge

1) Le juge facilite la résolution amiable du différend en tout état de cause et, en particulier, lors de la phase préliminaire de la procédure et des audiences de mise en état. À cette fin, il peut ordonner la comparution des parties en personne.

2) Le juge informe les parties des différents modes disponibles de résolution amiable des différends. Il peut suggérer ou recommander l'utilisation de modes spécifiques de résolution amiable.

3) Le juge peut participer à la tentative de résolution amiable et aider les parties à trouver une solution consensuelle. Il peut également prêter son concours à la rédaction des accords sur la solution du litige.

4) Lorsqu'un juge participe à la résolution amiable et acquiert connaissance, à ce titre, d'informations en l'absence de l'une des parties, il ne peut plus trancher l'affaire.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 24.1 et 24.2.

Commentaires:

1. L'article 10(1) souligne la nécessité que les parties s'efforcent de régler leur différend avec le concours du juge tout au long de la procédure. Il est évident que la possibilité d'une résolution amiable peut augmenter pendant la procédure autant qu'elle peut diminuer, selon les circonstances de l'espèce. Elle peut augmenter, par exemple, si le juge fournit une évaluation neutre rapide pendant la phase préparatoire de l'audience de mise en état (voir l'article 61). Elle pourrait également augmenter à la suite de l'évaluation par les parties de leurs allégations respectives à la lumière de la divulgation initiale des preuves (voir les articles 49(1), (8), (9), (11) et 62). L'article 10(1) énonce précisément le pouvoir du juge d'ordonner aux parties de comparaître en personne afin de faciliter la résolution amiable (voir les articles 16(2) et 49(10)).

2. L'article 10(2) énonce l'obligation du juge de fournir aux parties des informations sur les différents modes disponibles de résolution amiable des différends ¹¹⁹. Cette obligation complète celle qui est imposée aux avocats (article 9, commentaire 2). Les suggestions du juge pourraient à l'occasion entrer en conflit avec celles faites par les avocats des parties. Dans un tel cas, le juge doit veiller à ne pas s'interposer entre la partie et l'avocat, afin d'éviter de donner l'impression de partialité qui pourrait entraîner son dessaisissement de la procédure. Le juge doit éviter toute pression en vue d'une résolution amiable, l'article 10(2) devant être lu en ce sens. Le juge doit à tout moment garder à l'esprit que c'est le droit des parties de régler leur différend à l'amiable, mais en aucun cas une obligation. Les parties ne devraient donc pas être empêchées d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire ¹²⁰.

¹¹⁹ Voir également l'article 5(1) de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

¹²⁰ Voir également l'article 5(2) de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

3. L'article 10(3) permet au juge de participer activement à la tentative de résolution amiable. Dans la tradition de certains pays européens, le juge ne remplit pas cette fonction. Cela est particulièrement le cas dans les systèmes dont la culture juridique traditionnelle tend vers une conception passive du rôle du juge et favorise le recours à des prestataires extrajudiciaires de MARD afin de maintenir la neutralité judiciaire en n'attribuant pas aux juges la double fonction décisionnelle et non décisionnelle. D'autres pays européens, ayant une tradition de juges plus actifs, sont plus habitués à une interaction avec les parties et à un échange ouvert d'arguments concernant la résolution amiable. Dans cette approche, une proposition d'accord basée sur les droits fondamentaux (concept connu sous le terme anglais "*rights-based*") apparaît comme un résultat logique sur la voie de la justice. Dans ces contextes, les demandes de dessaisissement du juge au motif d'un manque de neutralité sont rares dès lors que le juge ne s'écarte pas d'une discussion équitable des arguments pour parvenir à une solution amiable basée sur les droits. Il convient de noter que la résolution amiable peut bien entendu avoir d'autres fondements, notamment les intérêts des parties. L'article 10(3) vise à renforcer la tendance à l'engagement judiciaire dans le processus de résolution amiable, en laissant toute liberté quant aux modalités qui pourront être choisies selon les cas, de sorte que les deux approches traditionnelles pourront être appliquées. On voit ici comment le rapprochement conceptuel, favorisé par la pratique procédurale des tribunaux arbitraux internationaux avec des arbitres de cultures et d'expériences différentes, est reflété dans les Règles ¹²¹.

4. L'article 10(4) pose la limite nécessaire et claire à la médiation du juge, qui intervient lorsqu'il devient évident qu'il existe un conflit entre la fonction judiciaire, juridictionnelle, et celle de faciliter la médiation. Elle interdit au juge qui s'entretient avec une seule partie pendant la médiation de poursuivre la procédure judiciaire si la médiation n'aboutit pas à un accord. Les entretiens privés sont incompatibles avec le droit d'être entendu (voir les articles 11 à 13), qui ne permet pas aux parties d'entretenir des voies de communication privées avec le juge. Cette restriction est communément acceptée et est conforme à la pratique nationale européenne en matière de MARD, telle que celle de l'Angleterre concernant l'évaluation neutre précoce ("*Early Neutral Evaluation*") du juge ainsi qu'à celle de l'Union européenne, comme le prévoient l'article 3(a) et l'article 7(1) de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

D. Droit d'être entendu

Article 11. Présentation des demandes et moyens de défense

Le juge administre la procédure de manière à ce que les parties aient une possibilité équitable de présenter leur affaire et leurs preuves, de répondre à leurs demandes et à leurs moyens de défense respectifs, ainsi qu'à toutes les décisions du juge ou aux questions soulevées par lui.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5 et 22.

Commentaires:

1. Le droit d'être entendu énoncé à l'article 11 est un principe procédural ancien, même très ancien (*audiatur et altera pars, audi alteram partem*). Il est un élément constitutif de la justice procédurale. Son importance fondamentale est devenue incontestable, tant sur le plan de la pratique historique que moderne. Il est reconnu comme un élément essentiel d'une procédure équitable garantie par les

¹²¹ Voir également l'article 3(a) de la Directive sur la médiation en matière civile et commerciale.

conventions internationales, en particulier l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux. L'article 11 synthétise l'expression la plus essentielle de ce droit fondamental dans le cadre de la procédure civile. En outre, il est clair que le droit d'être entendu n'est pas seulement un droit des parties qu'elles exercent de leur propre initiative mais il doit également être ("garanti") par la conduite active du juge dans l'intérêt de la justice. Les parties au litige doivent avoir une possibilité équitable d'être informées de tous les aspects du processus judiciaire de leur affaire, qu'il s'agisse de mesures procédurales prises par d'autres parties, par des témoins, des experts et des tiers concernés. Le juge doit veiller à ce que les parties aient des possibilités suffisantes de présenter des observations sur ces questions.

2. L'article 11 est complété par de nombreuses autres règles qui donnent effet au droit d'être entendu dans des situations spécifiques et garantissent que le juge lui donnera toute son importance: voir les articles 24(3), 26(2), 28, 41(1), 50(1), 64(7), 92(2) et (4), 93, 96, 107(2), 186 et 201(3).

3. L'article 11 est complété par des règles spéciales qui précisent l'obligation du juge de garantir le respect du droit d'être entendu. L'article 12 énonce le droit d'être entendu par le juge avant qu'il ne prenne une décision dans le cadre d'une procédure. L'article 13 énonce l'interdiction des communications privées entre le juge et les parties et prévoit des mesures pour remédier aux manquements de cette interdiction. L'article 20 exige du juge d'assurer l'interprétation ou la traduction dans les cas où une partie, un témoin ou un tiers ne comprend pas la langue de la procédure ou a besoin d'aide pour participer à la procédure de façon effective, par exemple, en raison de difficultés d'audition ou d'élocution. En ce qui concerne les actes de procédure, ainsi que les communications et notifications entre les parties, les articles 52 et suivants, et les articles 68 et suivants contiennent les éléments essentiels du droit d'être entendu, concernant lesquels le juge est soit directement responsable, soit tenu de veiller à ce que les parties s'y conforment (voir les articles 4(3), 48 et 71).

4. L'article 11 doit être interprété et appliqué conformément au devoir général de coopération du juge (voir l'article 2, commentaire 2), le dialogue entre le juge et les parties étant une condition préalable à une coopération efficace.

5. Le droit d'être entendu en personne plutôt que par l'intermédiaire d'un avocat en vertu de l'article 16 est une manifestation spécifique du droit d'être entendu.

Article 12. Fondement du jugement

1) Afin de rendre ses décisions, le juge prend en compte toutes les questions de fait, de preuve et de droit soulevées par les parties. Le jugement énonce précisément les motifs de la décision sur les questions litigieuses.

2) Le juge ne peut fonder ses décisions sur des moyens que les parties n'ont pas eu la possibilité de discuter.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.6, 16.6, 22.1 et 23.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 28.2 et 31.2.

Commentaires:

1. L'article 12(1) indique que la possibilité équitable donnée aux parties de présenter leur affaire de manière exhaustive n'épuise pas la portée et le contenu du droit d'être entendu, qui est reconnu en Europe comme un élément essentiel du droit fondamental à un procès équitable (voir l'article 11, commentaire 1). Un procès équitable exige également que le juge tienne effectivement compte des

arguments et des moyens des parties dans la formulation de sa décision. L'examen par le juge des allégations des faits et des preuves et des moyens de droit, forme sa conviction intime concernant les faits (voir l'article 98 concernant l'appréciation de la preuve) et sert de fondement à ses conclusions pour assurer qu'elles sont conformes à la loi et qu'elles sont justes et équitables. Comme il s'agit d'un processus mental intérieur, il n'est pas possible d'effectuer un contrôle ou de documenter pleinement le raisonnement juridique du juge. Cependant, les juges ont l'obligation d'expliquer les motifs de leurs décisions. Ce processus explique aux parties pourquoi elles ont obtenu gain de cause ou échoué dans leurs demandes ou moyens de défense, mais il vise également à réduire les possibilités que le juge puisse statuer de manière arbitraire ou injustifiée. Il constitue également le fondement sur lequel la voie de recours pourra être exercée, et fournit généralement un moyen pour le public de vérifier le fonctionnement du système judiciaire. Tel est l'objet de l'article 12(1).

2. Conformément à la deuxième phrase de l'article 12(1), les décisions du juge doivent tenir compte des questions de fait, de preuve et de droit soulevées par les parties. Dans la mesure du possible, les parties doivent être en mesure de vérifier si le juge a effectivement examiné leurs arguments et de s'assurer qu'aucun des éléments de fait ou de preuve n'a été négligé ou laissé de côté. Des éléments avancés par les parties peuvent ne pas être suffisamment substantiels pour justifier un examen approfondi ou sérieux par le juge. C'est particulièrement le cas lorsque les parties présentent un exposé long et détaillé de moyens et questions mineurs ou sans importance réelle pour la détermination du différend. Pour éviter toute discussion inutile de points ou de questions qui ne sont manifestement pas pertinents, cette Règle limite l'obligation du juge d'énoncer les motifs de ses décisions aux questions de fond raisonnablement en cause. Cette restriction est conforme au principe général de proportionnalité du processus de règlement des différends (voir l'article 5). La Cour de justice de l'Union européenne a souligné l'importance de motiver les décisions comme faisant partie du droit fondamental consacré à l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux et à l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme (voir également l'article 11, commentaire 1)¹²². L'article 12(1) laisse toute latitude aux systèmes juridiques nationaux pour mettre en œuvre des pratiques nationales différentes concernant la motivation des décisions. Dans certains pays, la décision est souvent rendue d'abord oralement, avec une motivation fournie ultérieurement par écrit. Dans d'autres pays européens, la décision et la motivation du juge sont données ensemble. D'ordinaire, les motifs des décisions devraient être fournis par écrit afin de permettre à une partie qui souhaite faire appel de la décision de le faire efficacement. La *lex fori* peut prévoir que les parties peuvent renoncer à leur droit de recevoir un jugement motivé, mais il convient de veiller à ce que le droit du public à une justice ouverte ne soit pas indûment compromis par une telle renonciation. Lorsqu'une telle renonciation est permise, elle peut être expresse ou tacite (voir par exemple l'article 154, concernant l'accord de toutes les parties de ne pas former appel).

3. Selon la pratique dans de nombreux systèmes juridiques, les mesures provisoires importantes, par exemple touchant au fond de l'affaire, doivent également être assorties de motifs probatoires et de droit. L'exigence énoncée à l'article 12(1) devrait également s'appliquer lorsque le juge doit se prononcer sur des questions principales qui peuvent être scindées et traitées séparément, par exemple, la responsabilité et le montant (voir les articles 66 et 130(1)(d)). Suivant un point de vue différent, certains systèmes n'exigent pas que des types particuliers de jugements soient motivés. Cela peut être le cas pour les jugements rendus par défaut, bien que cela ne signifie pas, comme la Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé dans l'affaire *Trade Agency*, qu'une certaine appréciation globale de la procédure ne doive pas avoir lieu dans de tels cas. Ainsi que déclaré dans le jugement, "(...) le juge de l'Etat membre requis ne peut refuser, au titre de la clause relative à l'ordre public, l'exécution d'une décision judiciaire rendue par défaut et tranchant un litige au fond, qui ne comporte d'appréciation ni sur l'objet ni sur le fondement du recours et qui est dépourvue de tout argument sur le bien-fondé de

¹²² CJE, Arrêt du 6 septembre 2012, *Trade Agency*, C 619/10, ECLI:EU:C:2012:531, paragraphe 52; pour la Convention européenne des droits de l'homme, voir CJE, arrêt du 14 décembre 2006, *ASML* (C-283/05, ECR 2006 p. I-12041) ECLI:EU:C:2006:787, paragraphe 28.

celui-ci, à moins qu'il ne lui apparaisse, au terme d'une appréciation globale de la procédure et au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, que cette décision porte une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à un procès équitable, visé à l'article 47, deuxième alinéa, de la Charte, en raison de l'impossibilité d'exercer à son encontre un recours de manière utile et effective" ¹²³.

4. L'article 12(2) concerne un élément central du droit d'être entendu. Il étaye l'article 11 qui exige du juge de faire en sorte que les parties aient une possibilité équitable de répondre aux "questions soulevées par lui". L'article 12(2) concerne généralement la présentation de nouveaux éléments de fait, de preuve ou de droit invoqués par le juge sans que les parties en aient été informées et aient été entendues. Dans la pratique, cela peut se produire si le juge constate les faits contestés comme notoires (en établissant formellement leur existence, voir l'article 88(1)(c)) sans informer préalablement les parties de son intention, si le juge prend un document issu d'une procédure parallèle comme fondement de preuve concernant des faits contestés sans que les parties puissent en discuter, ou si le juge prend le jugement le plus récent d'un tribunal supérieur pour fonder sa décision en droit sans que les parties aient eu la possibilité de présenter des observations. Certains cas sont plus difficiles à déterminer: ainsi lorsque, pour rendre sa décision, le juge revient sur des éléments de fait, de preuve ou de droit contenus ou mentionnés dans la demande mais qui n'ont pas été abordés lors des audiences par les parties ou le juge. Dans des cas semblables, les parties ont eu la possibilité de présenter des observations, mais la question peut être de savoir si elles en ont eu la possibilité équitable (voir l'article 11). L'article 12(2) doit être interprété à la lumière des articles 2, 4 phrases 1 et 11. Lorsque les parties n'ont pas eu la possibilité de présenter des observations sur ces questions avant que le juge rende sa décision, elles pourraient chercher à rouvrir la procédure. Il faudrait donc donner aux parties au moins la possibilité de présenter des observations, ne fût-ce que par écrit, avant que l'affaire soit tranchée.

5. Il convient de souligner que l'importance fondamentale du droit de recevoir une décision dûment motivée n'est pas uniquement une question d'intérêt privé pour les parties au litige. La transparence dans le fonctionnement d'une justice ouverte, c'est-à-dire par la promulgation publique de jugements motivés, est un fondement essentiel pour l'acceptation par le public des décisions judiciaires et la confiance du public dans le système judiciaire et dans l'État de droit.

Article 13. Communication avec le tribunal

1) Le juge ne peut communiquer avec une partie en l'absence des autres parties. Cette interdiction ne s'applique pas aux procédures non contradictoires ni à l'administration procédurale courante.

2) Toutes les communications des parties avec le juge sont simultanément portées à la connaissance des autres parties.

3) Lorsque le juge constate un manquement à la disposition de l'alinéa précédent, il exige que le contenu de la communication soit porté sans délai à la connaissance des autres parties.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 1.4, 8.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 7.3, 10.4 et 17.2.

¹²³ *Ibid.*

Commentaires:

1. L'article 13(1) interdit aux parties de communiquer avec le tribunal en privé, c'est-à-dire en l'absence des autres parties. Cette interdiction n'est pas seulement une conséquence du droit d'être entendu, qui comprend le droit des parties d'assister aux audiences, aux auditions d'administration de la preuve ainsi qu'à des conférences téléphoniques et vidéoconférences qui remplacent les audiences qui se tiennent dans une salle en présence du juge. Elle découle également de l'exigence que les juges soient impartiaux et reconnus comme tels (voir l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme, et l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux. Lorsqu'une partie peut communiquer en privé ou de façon confidentielle avec le juge, hors la présence des autres parties, cela pourrait faire douter de l'impartialité du juge et compromettre la capacité de l'autre partie à exercer son droit d'être entendue. Lorsque de telles communications privées ont lieu, le juge pourrait être dessaisi pour partialité. Il y a lieu de souligner cette interdiction dès lors que les communications privées entre les parties et, par exemple, les médiateurs sont monnaie courante. Alors qu'elles peuvent être parfaitement admises dans un processus de résolution amiable, l'article 13(1) indique clairement qu'elles ne sont pas autorisées pour les juges dans une procédure juridictionnelle. En outre, l'article 10(4) prévoit qu'un juge qui participe à la résolution amiable ne peut plus trancher l'affaire s'il acquiert connaissance, à ce titre, d'informations en l'absence de l'une des parties (voir l'article 10, commentaire 4).

2. Selon l'article 13(1), l'interdiction des communications du juge avec une partie en l'absence des autres parties ne s'applique pas aux mesures provisoires, lorsque l'urgence est requise et qu'une communication compromettrait la bonne administration de la justice. Dans de tels cas, l'absence de communication est corrigée par la possibilité d'une communication ultérieure (voir l'article 186). Une autre exception à la règle générale concerne l'administration procédurale courante, par exemple des échanges par téléphone ou dans le palais de justice portant sur l'organisation ou le calendrier des auditions ou de l'obtention des preuves. Cette exception doit être interprétée de façon étroite. Il faut veiller à ce que ces communications administratives n'empiètent pas sur des questions de fond concernant le différend.

3. L'article 13(2) établit l'obligation pour les parties que toutes les communications avec le juge soient simultanément portées à la connaissance des autres parties. Cela peut être fait directement en envoyant la communication en même temps au juge et aux autres parties, ou indirectement en envoyant une copie à celles-ci conformément aux instructions du juge (voir l'article 71, commentaires 1 et 2 sur la responsabilité de la notification).

4. L'article 13(3) souligne la responsabilité du juge de remédier au manquement aux dispositions de l'article 13(1) et (2). Il correspond aux articles 4 phrase 3 et 48 qui établissent l'obligation du juge de veiller à ce que les parties se conforment aux Règles en temps opportun et à rechercher toute correction nécessaire (voir les articles 4 phrase 1, 47, 49(9), 13(2)).

E. Représentation et assistance

Article 14. Droit de se défendre soi-même et représentation obligatoire

Les parties ont le droit de se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la représentation est obligatoire.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 4.

Commentaires:

1. L'article 14 énonce le droit à se défendre soi-même en tant que règle générale, la représentation obligatoire étant l'exception. Cette solution tient aux pratiques différentes selon les pays européens, et laisse au droit national de déterminer si le droit des parties de se défendre elles-mêmes devrait le cas échéant être restreint dans l'intérêt de l'administration de la justice. Elle permettra aux systèmes juridiques européens où la représentation obligatoire est établie depuis longtemps en première instance ou dans les juridictions d'appel, de maintenir leur approche. Cela permettra également aux pays, notamment à ceux de *common law*, pour lesquels le droit de se représenter soi-même est un aspect fondamental de l'autonomie des parties, de conserver cette position. Les Règles n'interfèrent pas avec les traditions nationales en matière de représentation devant les tribunaux, compte tenu des conceptions profondément enracinées et au moins en partie divergentes du statut des citoyens et de leur relation avec l'autorité de l'État.

2. Selon les Règles, dans les procédures d'appel, le juge détermine si la représentation est nécessaire au regard de la capacité de la partie de présenter efficacement son recours en tenant compte des questions juridiques et de la difficulté de l'affaire (voir l'article 164(1)). Cependant, en principe, la représentation n'est considérée comme obligatoire ni en première instance ni en appel. Ce n'est que devant la juridiction de deuxième niveau de recours que les Règles prescrivent que la représentation est obligatoire (voir l'article 164(2)). Dans la pratique, les parties préfèrent souvent engager des avocats pour les représenter, même en l'absence d'obligation légale à cet effet. La représentation peut, bien entendu, dépendre des moyens financiers et, dans certains cas, peut être liée à une question de qualité de l'assistance judiciaire ou de la disponibilité d'autres types de financement, qui varient en Europe (voir les articles 244 et 245). La question de savoir si la représentation devrait être obligatoire ou non ne devrait pas avoir plus de poids que la question plus fondamentale de garantir l'accès à des moyens efficaces de financement des litiges pour permettre aux parties de financer les réclamations qui méritent de prospérer, y compris par le financement de la représentation.

3. Le droit de se défendre soi-même suppose la capacité d'une personne physique à exercer des droits dans une procédure juridictionnelle (voir l'article 30). Les personnes morales doivent être représentées par des personnes physiques qui sont habilitées à les représenter conformément au droit matériel applicable (voir l'article 31). La question de savoir si les juristes d'entreprise sont autorisés à représenter les personnes morales qui les emploient dépend des règles déontologiques applicables.

Article 15. Représentation et assistance devant le juge

1) Les parties peuvent être représentées ou assistées par tout avocat de leur choix. Cette liberté de choix leur est ouverte que la représentation soit obligatoire ou non. Ce droit comprend celui de se faire représenter par tout avocat autorisé à exercer devant la juridiction ainsi que le droit de se faire assister par un avocat autorisé à exercer devant toute autre juridiction.

2) Les parties peuvent, lorsque la loi le permet, être représentées ou assistées devant la juridiction par une personne ou organisation autre qu'un avocat.

3) Lorsque l'avocat représente ou assiste une partie, son indépendance professionnelle doit être respectée par le juge. Les avocats doivent être en mesure de remplir leur devoir de loyauté envers leur client et de respecter l'obligation de confidentialité qu'ils ont à son égard.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 4.

Commentaires:

1. L'article 15(1) énonce le droit des parties à engager un avocat de leur choix. Ce droit est protégé par les Constitutions nationales européennes, les articles 6(1) et 6(3) de la Convention européenne des droits de l'homme, cette dernière se référant au contexte pénal sans préjudice de son application au titre du droit général à un procès équitable. Il est également reconnu à l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux; il est également affirmé par l'article 15(1) de la Charte européenne qui protège la liberté d'exercer une profession, y compris la liberté d'un avocat de conclure des contrats avec des clients, laquelle serait illusoire sans le droit correspondant des parties d'engager un avocat de leur choix.

2. L'article 15(1) précise également que le droit des parties d'être représentées ou assistées par tout avocat de leur choix s'applique que la représentation soit obligatoire ou non. Si une partie n'est pas en mesure de trouver un avocat de son choix lorsque la représentation est obligatoire, soit de manière générale soit dans un cas spécifique (voir l'article 164(1) et (2)), les règles déontologiques nationales prévoient que le juge, après avoir consulté la partie, désignera un avocat chargé de la représenter. Si une partie ne dispose pas de ressources suffisantes pour lui permettre d'être représentée par un avocat, une assistance judiciaire devrait être disponible (voir article 14, commentaire 2).

3. Enfin, l'article 15(1) précise que le choix de la représentation des parties est limité aux avocats autorisés à exercer devant la juridiction. Au sein de l'Union européenne, l'avocat peut être choisi parmi les avocats d'un État membre enregistrés pour exercer dans un autre État membre conformément aux articles 2 à 9 de la Directive 98/5/CE, à la législation nationale ainsi qu'aux règles professionnelles facilitant la libre circulation des avocats au sein de l'Union ¹²⁴. L'article 15(1) prévoit également la possibilité pour les avocats admis à exercer dans un pays étranger de participer activement à la procédure. Cette assistance peut être autorisée en vertu du droit de l'Union européenne ¹²⁵ ou conformément aux dispositions nationales, telles que celles des systèmes de *common law* où le juge peut autoriser une telle assistance au cas par cas. La participation active signifie que l'avocat désigné est autorisé à plaider devant le tribunal conjointement avec un avocat exerçant dans la juridiction. Cette assistance est, le cas échéant, soumise au contrôle du juge, c'est-à-dire qu'elle peut être limitée ou révoquée en cas de comportement abusif de l'avocat. Lorsqu'une telle assistance est autorisée, la responsabilité de la présentation de l'affaire incombe à l'avocat admis à exercer dans la juridiction. Cela est particulièrement important lorsque les deux avocats ont des opinions divergentes sur la manière de poursuivre la procédure. Une telle divergence est cependant rare dans la pratique.

4. L'article 15(2) tient compte des approches différentes au sein des pays européens quant à la possibilité d'une représentation autrement que par des avocats. Tandis que l'Union européenne reconnaît que le monopole des avocats de la représentation devant les tribunaux est justifié par l'intérêt public de l'administration de la justice ¹²⁶, les systèmes juridiques européens adoptent des approches différentes relativement à l'application de la représentation exclusive. Certains pays prévoient de larges exceptions au bénéfice des associations agréées, des agents des organismes publics ou aux juristes d'entreprise. On notera qu'en quelque sorte ces exceptions diffèrent peu en pratique du pouvoir des personnes morales de se représenter elles-mêmes (voir l'article 14, commentaire 3). L'article 15(2) adopte une approche très permissive à ce sujet. Il respecte l'approche adoptée par les traditions nationales européennes.

5. L'article 15(3) traite des conflits possibles entre les devoirs d'un avocat de coopérer avec le juge et avec les autres parties et leurs avocats, et les devoirs professionnels qu'ils ont envers leur client,

¹²⁴ Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise.

¹²⁵ Voir l'article 5(2) de la Directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats, et l'article 5(3) de la Directive 98/5/CE.

¹²⁶ Voir l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de 2012 et les Directives 98/5/EC et 77/249/CE.

notamment leurs devoirs de loyauté et de confidentialité. L'article met l'accent sur l'obligation faite au juge de respecter l'indépendance professionnelle de l'avocat, son devoir de loyauté et de confidentialité qui prend toute son importance en cas de conflit avec le devoir de coopération. Un tel conflit pourrait en particulier survenir lorsque l'obligation de coopérer est incompatible avec les intérêts du client, par exemple en présence, d'une part, du souhait de la partie de limiter le temps et les frais de la procédure et, d'autre part, de recherche par le juge d'une résolution amiable susceptible d'allonger les délais de la décision. Les éventuels conflits entre l'obligation procédurale de coopérer (voir les articles 5 et suivants, 9 et suivants, 51 et 57 et suivants) et les devoirs de loyauté et de confidentialité peuvent obliger l'avocat à déterminer la priorité à accorder à ces fonctions. Lorsque les devoirs professionnels sont privilégiés dans le meilleur intérêt du client, le manquement à l'obligation de coopérer peut entraîner l'application de sanctions. S'il serait souhaitable que les codes professionnels nationaux traitent de cette question, ils ne le font généralement pas. Un exemple d'une approche bien développée est celle des règles modèles de conduite professionnelle des Etats-Unis d'Amérique¹²⁷, qui obligent les avocats à servir les intérêts de leur client en priorité aux bonnes pratiques de procédure, sous réserve de limites claires concernant la participation à des activités criminelles ou autrement manifestement illégales. Comme indiqué ci-dessus, les juges sont bien conscients de la possibilité de tels conflits et de la position difficile des avocats. Aussi, c'est très rarement qu'ils appliquent des sanctions pour manquement aux règles de procédure (voir article 3, commentaire 7). Les présentes Règles ne traitent pas dans le détail de la conduite professionnelle des avocats, mais une explication concernant les limites de leur devoir de coopération en ce qui concerne leurs obligations professionnelles a paru nécessaire.

Article 16. Audition des parties

- 1) Les parties ont le droit d'être entendues en personne par le juge.**
- 2) Le juge peut toujours entendre les parties en personne.**

Commentaires:

1. Le droit des parties à être entendues en personne par le juge existe dans la majorité des systèmes juridiques européens. Le droit d'être entendu en personne comprend le droit de présenter sa cause devant le juge ainsi que le droit de témoigner en personne. Les deux types de participation doivent être considérés séparément en ce qui concerne l'objet, le contenu et la forme.

2. Le droit de témoigner en personne est le moyen qu'a une partie de présenter la preuve des faits à l'appui de sa conception de la cause (voir les articles 118 et 114(3)). Dans certains systèmes juridiques, les parties peuvent être entendues comme témoins et les règles régissant la preuve par témoins s'appliquent. D'autres systèmes juridiques n'autorisent le témoignage ou le serment à l'ancienne sur des faits spécifiés qu'à la demande de la partie adverse. L'article 118 autorise l'interrogation des parties à la demande de toute partie et les règles relatives à la preuve par témoins s'appliquent, bien que le pouvoir de sanctionner une partie pour refus de témoigner se limite à tirer des conclusions pertinentes, qui sont généralement défavorables à la cause de la partie (voir l'article 118 et commentaires).

3. Le droit d'une partie de présenter sa cause en personne va de soi et résulte du droit de se défendre soi-même (voir l'article 14, commentaire 1), les deux droits coïncidant. Lorsque la représentation est obligatoire, un conflit peut survenir entre les activités de l'avocat et celle entreprises en personne par la partie. Une partie ne devrait pas présenter directement des demandes, ce qui serait

¹²⁷ Règle 1(2)(a) des *Model Rules of Professional Conduct* <https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_2_scope_of_representation_allocation_of_authority_between_client_lawyer/>.

incompatible avec l'objectif de la représentation obligatoire, à savoir réduire les risques d'erreurs ou de fautes de procédure. En cas de divergence entre les affaires portées devant le juge par une partie et par son avocat, le juge doit demander des éclaircissements. Le juge doit également demander des éclaircissements dans les cas où il y a une lacune dans les informations qui lui sont fournies ou en cas de malentendu au cours de la phase préparatoire de la procédure (voir l'article 49(9)). Si la partie doute de l'exactitude ou de la compétence des actes de procédure de son avocat ou des moyens de droit, le juge peut, dans la mesure du raisonnable, demander à l'avocat de reconsidérer sa démarche. Le juge doit cependant accepter comme définitive la décision de l'avocat sur le contenu de la demande et devrait éviter de prendre des mesures qui pourraient nuire à la relation de confiance entre la partie et son avocat. Certains systèmes procéduraux ont élaboré des règles spéciales pour les allégations divergentes quant aux faits. Ces règles laissent au juge le soin de résoudre ces détails ainsi que les conséquences des divergences en cas de représentation non obligatoire. Le juge devrait cependant toujours chercher à préciser si les allégations de fait fondées sur la perception d'une partie sont destinées à servir de preuve dans le cadre de l'administration de la preuve ou sont simplement invoquées à l'appui de la demande (voir l'article 49(11)). Le juge ne devrait pas accorder d'effet probant aux allégations de fait formulées en dehors des procédures régies par l'article 118. Le droit d'être entendu en personne comprend le droit d'assister aux auditions visant à la résolution amiable ainsi que le droit de prendre personnellement part aux discussions dans ce cadre.

4. Le droit d'une partie d'être entendue en personne par le juge contraste avec la tradition formelle de la procédure continentale et des règles de procédure qu'elle a inspirées, qui ne permettait pas aux parties d'avoir un accès direct au juge saisi de la demande afin d'éviter toute influence personnelle des parties sur le juge et sa prise de décision. À la suite des lumières et des réformes de la Révolution française, le droit de la personne d'accéder au tribunal s'est développé comme principe prédominant de la justice civile. Ce droit d'accès personnel est désormais reconnu comme un aspect du droit à un procès équitable garanti par l'article 6(1) et (3) de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux. Cela ne signifie cependant pas que l'accès en personne doit être accordé à tout moment de l'instance juridictionnelle, comme c'est le cas des auditions qui ne s'appliquent pas à toutes les phases de la procédure. Mais partout où il existe un droit à être entendu, le droit d'être entendu en personne s'applique.

5. Le droit d'une partie d'être entendue en personne (article 16(1) correspond au pouvoir qu'a le juge d'entendre les parties en personne et d'exiger la comparution d'une partie en personne (voir les articles 16(2) et 49(10)). Tout comme le droit d'être entendu en personne, l'audition d'une partie sur ordonnance du juge peut faciliter la présentation des moyens ou des allégations ou faciliter l'obtention de preuves par l'interrogation de l'autre partie (voir l'article 118). Il est également souvent ordonné aux parties de comparaître en personne afin de faciliter la recherche d'une solution amiable (voir l'article 49(1) et (10)).

F. Caractère oral, écrit et public de la procédure

Article 17. Publicité de la procédure

1) Les audiences et les décisions de justice, y compris leur motivation, doivent, en règle générale, être publiques.

2) Le juge peut décider que la procédure, en tout ou partie, notamment l'administration de la preuve et les débats, se déroulera hors la présence du public, pour des raisons tenant à l'ordre public, y compris la sécurité nationale, l'intimité de la vie privée ou le secret professionnel, y compris le secret des affaires, ou dans l'intérêt de l'administration de la justice. Le cas échéant, le juge peut ordonner des mesures de protection appropriées afin de préserver la vie

privée ou la confidentialité des audiences tenues ou des preuves administrées à huis clos.

3) Les jugements et leur motivation sont accessibles au public dans la mesure où la procédure est elle-même publique. Lorsque les débats se sont déroulés hors la présence du public, la publicité du jugement peut être limitée à son dispositif.

4) Les dossiers et les registres de la juridiction sont accessibles à ceux qui y ont un intérêt juridique et à ceux qui le requièrent pour un motif légitime.

5) L'identité des parties, témoins et autres personnes physiques mentionnés dans le jugement peut être occultée lorsque cela est strictement nécessaire.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 20.1, 20.3 et 22.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 24.1, 24.2, 24.3, 24.5, 24.6, 24.7, et 30.2.

Commentaires:

1. L'article 17(1) formalise le principe de la publicité de la procédure. La publicité de la procédure, y compris celle des audiences et des décisions, est un principe fondamental reconnu et pratiqué dans toutes les cultures procédurales développées. La possibilité pour les citoyens d'exercer un minimum de contrôle sur tous les aspects du pouvoir de l'État, de la législation, de l'administration publique et de l'administration de la justice par le pouvoir judiciaire est un élément constitutif de la démocratie. La publicité est le moyen d'assurer le contrôle démocratique du système de justice civile. Elle garantit que le public, les médias et les parlements reçoivent suffisamment d'informations pour leur permettre de procéder à des discussions justes, éclairées et compétentes sur les procédures judiciaires. Cette transparence est nécessaire pour garantir la stabilité et le fonctionnement efficace de la démocratie, et en particulier pour garantir l'État de droit. Aussi, le principe de publicité est garanti par les articles 6(1) et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et par l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux, ainsi que par l'engagement des Constitutions nationales européennes à l'État de droit. Pour l'essentiel, la publicité est réalisée par l'accès des médias aux tribunaux, à l'administration de la preuve et aux décisions de justice. Le traitement numérique de la procédure peut contribuer à l'information directe du public, avec le développement de l'utilisation de la vidéoconférence, des technologies de communication à distance ou de la transmission en direct de l'audience, quoique ces moyens puissent être limités afin de préserver la vie privée des parties ou des témoins (voir ci-dessous le commentaire 3; voir également le rapport Storme, Règle 6; l'article 8(1) du Règlement de l'AIB/IBA sur l'obtention des preuves en matière d'arbitrage international (2010)).

2. Il convient de noter que le principe de la publicité de la justice n'est pas simplement un droit des parties. C'est un droit public. Les restrictions ne devraient donc pas être soumises au consentement des parties, sauf lorsque les conditions d'intérêt public prévues à l'article 17(2) sont remplies (voir également les articles 26(3), 57 et suivants, en particulier l'article 58). En cela, le procès civil diffère de la procédure arbitrale, qui se déroule généralement à huis clos. Malgré le souci qui se fait entendre d'accroître l'attrait du procès judiciaire pour les multinationales et les grandes entreprises en soumettant le principe de publicité à la volonté des parties, il convient d'y résister dans la mesure où il porterait atteinte au droit du public à la publicité et à la liberté d'expression de l'instance judiciaire. L'article 17(1) consacre la règle générale du droit à la publicité de la procédure. Il ne permet pas qu'elle soit soumise à la volonté des parties, quoique l'article 17(2) prévoie des dérogations possibles à ce droit. Cette approche est conforme à celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme (voir également l'article 18, commentaire 1).

3. L'article 17(2) autorise la tenue de procédures hors la présence du public afin de protéger des intérêts publics tels que la sécurité nationale, la vie privée, les secrets professionnels ou la bonne administration de la justice (voir également l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme). Cette règle doit être lue conjointement avec les dispositions de l'article 91(2)(c) à (e) qui accordent des privilèges et immunités aux parties ou à des tiers, en protégeant des intérêts semblables. La tenue d'une procédure à huis clos peut faciliter l'administration efficace de la preuve lorsque des intérêts s'opposent à une procédure publique, et peut en outre justifier un refus d'appliquer des privilèges ou immunités. Cela est particulièrement vrai pour les secrets commerciaux et des affaires ou des questions d'ordre public. Il convient de noter à cet égard que les parties et les tiers peuvent être soumis à des critères d'appréciation différents, ces derniers pouvant avoir besoin d'une protection plus importante que les parties. La bonne administration de la justice peut être affectée si la publicité des audiences et de l'administration des preuves entache la capacité du juge d'établir la vérité en raison d'une atmosphère publique fébrile ou hostile ou en raison de menaces publiques contre les parties ou les témoins, qui pourraient dissuader les parties ou les témoins de se présenter pour témoigner ou, dans le cas des parties, les empêcher de révéler tous les éléments de l'affaire. La publicité ne devrait être restreinte que pour autant qu'il est nécessaire de protéger les intérêts identifiés dans l'article.

4. L'article 17(2) permet au juge, lorsque les conditions le justifient, de prendre des mesures de restriction au principe de publicité de la procédure. Les audiences ou l'administration de la preuve hors la présence du public peuvent ne pas suffire à protéger la vie privée ou la confidentialité des secrets des affaires ou autres secrets professionnels. Cela peut notamment être le cas lorsque d'autres parties, experts ou témoins sont présents. Dans un but de protection, le juge peut ordonner à toutes les personnes présentes au tribunal de garder le secret. Il peut assortir cette injonction de sanctions pour la violation du secret, sur la base de l'outrage au tribunal ou des dispositions spéciales du droit pénal national ou mettre en jeu la responsabilité pour dommages et intérêts en faveur de la partie affectée. Le juge peut également prévoir que les pièces ou les preuves seront communiquées à un expert qui fera rapport à huis clos, ou restreindre l'accès à certains moyens de preuve aux avocats des parties ou aux experts sous réserve d'une obligation expresse de confidentialité. Restreindre l'accès des parties aux preuves de la partie adverse ou d'autres parties est une limite au droit fondamental d'être entendu. Une telle restriction doit donc être justifiée par des raisons solides, en appliquant un critère qui établit un équilibre entre le droit des parties à être entendues et le droit de la partie adverse et des autres parties à un procès sûr, efficace et équitable, à savoir leur droit à ce que l'audience publique et l'administration des preuves se tiennent en présence du public. Dans le cas particulier des preuves détenues par la partie adverse ou par d'autres parties, les articles 103 et 104 prévoient des mesures pouvant restreindre l'accès aux preuves, ainsi que des sanctions en cas de violation de la confidentialité. Le juge pourra appliquer ces règles lorsque la partie qui fournit la preuve demande au tribunal que ses secrets ou sa vie privée soient protégés. Il appartient au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation pour déterminer au cas par cas la mesure la plus protectrice. Le juge doit cependant chercher à utiliser la mesure qui impose la moindre restriction au principe de publicité. Toute mesure de ce type doit également être proportionnée (voir l'article 7, commentaire 1).

5. L'article 17(3) prévoit un type spécial de publicité pour les jugements rendus conformément au principe de la publicité de la procédure. Comme on l'a noté (voir l'article 12, commentaire 2), la pratique européenne concernant la publicité de la procédure diffère. Les jugements, tant en ce qui concerne leur motivation que leur dispositif, peuvent être prononcés oralement en audience publique. Dans certains systèmes juridiques, seul le dispositif est prononcé oralement avec les motifs exposés dans le jugement écrit. Certains systèmes préfèrent rendre l'intégralité du jugement par écrit, tandis que d'autres accordent au juge un pouvoir discrétionnaire quant à la manière dont le jugement est rendu, ou permettent qu'il soit rendu conformément aux souhaits des parties. L'accès du public au jugement, comme l'exige l'article 17(3), signifie que, quelle que soit la forme dans laquelle il est initialement rendu, le jugement doit être rendu accessible par écrit au public. La manière dont l'accès du public est garanti relève des règles nationales. Dans certains pays européens, les jugements sont publiés sur le site Internet du tribunal, soit en libre accès, soit moyennant paiement. Dans d'autres pays, les jugements

sont communiqués sur demande écrite au tribunal. Les arrêts des juridictions supérieures sont régulièrement publiés dans des journaux officiels, tandis que dans certains pays, les jugements sont publiés dans des revues juridiques sur papier ou en format électronique. Quoique l'on puisse faire payer les coûts de reproduction, l'accès au jugement ne devrait pas être payant. Les juges ne devraient pas être autorisés à faire valoir des droits d'auteur sur les jugements, et exiger des frais de reproduction. L'article 17(3), prévoit également un accès limité au jugement dans les rares cas où les débats se sont déroulés à huis clos.

6. L'article 17(4) traite de l'accessibilité au public des dossiers et registres de la juridiction. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, les archives des tribunaux sont accessibles au public, sous réserve des restrictions générales concernant la publicité (voir les commentaires 3 et 4 ci-dessus). D'autres systèmes européens mettent surtout l'accent sur la confidentialité et n'autorisent l'accès aux dossiers qu'en cas d'intérêt juridique plausible, par exemple, pour les avocats dans des procédures parallèles ou faisant des recherches de jurisprudence, ou lorsqu'une raison légitime l'impose, telle que l'intérêt de la sécurité nationale, de la bonne administration de la justice, la protection de la vie privée ou la confidentialité des secrets d'affaires, ou encore par exemple, des travaux de recherches académiques, une enquête journalistique, ou l'intérêt de tiers à obtenir des informations qui pourraient être trouvées dans la procédure.

7. L'article 17(5) garantit la protection de la vie privée des parties, des témoins et des autres personnes physiques lorsque cela est nécessaire, en assurant l'anonymat. Alors que dans certains systèmes juridiques européens, il est considéré comme un élément essentiel du principe de publicité de publier le nom complet des personnes physiques dans les jugements, dans d'autres systèmes, l'anonymisation des parties avant la publication des jugements est la règle, spécialement lorsque la législation nationale n'aurait pas prévu de limitations en vertu de l'article 23 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'Union européenne en ce qui concerne les décisions de justice et les procédures judiciaires ¹²⁸. Conformément à l'article 17(5), le juge peut protéger l'identité d'une personne physique en exigeant que les procédures soient anonymisées lorsque cela est strictement nécessaire pour protéger, par exemple, sa vie privée, les droits des enfants ou la bonne administration de la justice. Bien que cette solution puisse accorder plus de poids à la publicité que ce qui est accordé dans les systèmes juridiques européens qui adoptent une approche plus restrictive, elle pourrait ne pas entraîner de changement significatif dans la pratique, car le droit matériel peut effectivement contrôler – et contrôle souvent – la capacité des médias à rendre compte des procès par des législations de protection en matière de divulgation. L'identité des personnes morales et des entreprises n'est pas concernée par la protection que confère cet article. C'est là une évolution positive car il n'y a pas de raison convaincante de faire bénéficier ces entités de l'anonymat. Vu sous l'angle de l'intérêt du public, la publicité devrait prévaloir sur l'intérêt de ces entreprises à agir en justice sous couvert d'anonymat.

8. On ne saurait sous-estimer l'importance fondamentale de la procédure orale. L'accès du public à cette procédure donne une impression beaucoup plus claire et immédiate de la nature et du caractère du différend, des intérêts socio-économiques en jeu et de la décision du juge. S'il est vrai, malgré des suggestions contraires, que les procédures écrites sont accessibles au public, elles ne sont pas d'accès aussi immédiat ou facile pour les observateurs, en particulier en ce qui concerne les échanges entre le juge et les parties. L'absence ou la diminution des audiences dans la procédure tend à réduire la publicité de la procédure. La vidéoconférence et les technologies semblables de communication peuvent contribuer à réduire la tendance aux procédures écrites, même si la reproduction virtuelle du monde réel puisse ne pas pleinement rendre compte de l'immédiateté des procédures orales. De tels développements sont cependant préférables à la poursuite de l'évolution vers des procédures écrites.

¹²⁸ 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).

Article 18. Oralité et écritures

- 1) Les demandes et les moyens des parties sont présentés initialement par écrit.**
- 2) Le juge peut demander aux parties de présenter leurs explications orales et procéder à l'audition des témoins ou des experts. Lorsqu'une partie le demande, le juge permet son audition et peut autoriser l'audition d'un témoin ou d'un expert.**
- 3) Le juge peut ordonner aux témoins et aux experts de soumettre des déclarations écrites.**
- 4) Le cas échéant, la procédure peut se dérouler à l'aide de toute technologie de communication disponible.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 19.

Commentaires:

1. Le droit à une procédure orale fait partie du droit à un procès équitable garanti par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux. Ce droit fondamental peut cependant faire l'objet d'exceptions, comme le prévoit la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Ces exceptions sont : premièrement, que l'audience ne peut, en principe, avoir lieu qu'à la demande d'une partie - elle n'a donc généralement pas un caractère obligatoire, mais le juge peut ordonner une procédure orale de sa propre initiative (*ex officio*); deuxièmement, l'audience n'est pas requise dans tous les cas, c'est-à-dire qu'elle peut ne pas être obligatoire pour certaines procédures provisoires ou procédures d'appel, ou celles qui ne tranchent pas des questions de fait ou de preuve. L'oralité dans les procédures d'appel, lorsqu'elle revêt une importance significative pour les parties, peut toutefois être obligatoire (voir également l'article 17, commentaire 2).

2. L'article 18 est conforme au cadre de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme et à la jurisprudence correspondante de la Cour européenne des droits de l'homme (voir le commentaire 1 ci-dessus). L'approche actuelle des législateurs européens, fondée sur une solide compréhension de l'avantage qu'elle offre à une administration de la justice rapide et fondée sur la rationalité économique, évite de mettre l'accent sur les procédures orales ou écrites, une approche équilibrée étant reconnue comme offrant la meilleure solution. Ce n'est que dans des cadres spécifiques de forme ou de moment de la procédure qu'est marquée une nette préférence pour la procédure orale ou écrite, ainsi la procédure écrite pour les demandes de faible montant ou pour les recours sur des points de droit. Étant donné que les systèmes juridiques européens diffèrent dans leur approche des procédures orales et écrites, l'article 18 et les dispositions correspondantes adoptent une voie intermédiaire en combinant les avantages des différentes approches.

3. L'article 18(1) exprime clairement la préférence pour les actes de procédure écrits dans la phase initiale de la procédure. La présentation par écrit des allégations de fait, de preuve et de droit garantit que les pièces appropriées concernant le cas des parties soient soumises au juge et aux autres parties assurant la correction des éléments de fond et le déroulement efficace en temps et en coûts de l'instance. La question se pose de savoir à partir de quand des changements peuvent être apportées à l'audience ou dans des conclusions orales finales, pour compléter la présentation de l'affaire par les parties. Dans certains systèmes juridiques, le contenu des écritures d'une partie détermine ses moyens de fait et de preuve, la formulation exacte de sa demande ou prétention, tout amendement ou modification consenti devant donc être apporté par écrit. D'autres systèmes autorisent d'apporter des

modifications oralement à ces questions lors de l'audience, y compris par des conclusions soumises par les parties à l'audience finale, qui doivent être consignées dans les comptes rendus ou les dossiers du tribunal. L'article 55 régit les amendements des parties à la demande initiale, qui doivent être notifiés aux autres parties par écrit (article 55(3), et commentaires 1 et 4). L'article 55(3) s'applique également aux modifications suggérées par le juge (voir les articles 53(3) et 55, commentaire 5). Pendant la phase préparatoire (voir les articles 61 et suivants), les modifications apportées à la demande d'une partie sont autorisées si elles ne sont pas demandées au-delà des délais (voir l'article 27(1)). Le juge peut également suggérer des amendements (voir l'article 61(4)), qui devraient être notifiés aux autres parties par écrit dans le compte rendu du tribunal (voir l'article 55(3), commentaire 5). D'autres amendements peuvent être consentis ultérieurement durant l'instance lorsqu'ils sont suggérés par le juge ou, dans des circonstances particulières, à la demande ou à l'initiative d'une partie (voir l'article 6(1) et (2) et l'article 64(4)). Ils peuvent être faits par écrit ou oralement et documentés dans le compte rendu et notifiés aux autres parties avec le compte rendu du tribunal. Le juge devrait accorder suffisamment de temps pour une réponse écrite ou orale, le délai étant aussi court que raisonnable dans les circonstances de l'affaire. L'article 18(1) exige que la demande et les moyens soient présentés par écrit seulement au stade initial de la procédure. À toutes les autres étapes, le juge peut permettre que les actes de procédure soient faits oralement et inscrits au compte rendu du tribunal ou dans ses dossiers. Les parties peuvent aider le juge à déterminer la loi applicable ou à évaluer les preuves en présentant des observations orales ou leurs moyens pendant des auditions préparatoires et à l'audience finale, et en particulier lors des audiences où le juge rendra ses conclusions finales mettant un terme à la procédure. La pratique des tribunaux devrait adopter une approche souple pour éviter les effets négatifs résultant d'une adhésion rigide à l'utilisation de la procédure écrite.

4. Selon l'article 18(2), le juge peut demander aux parties de présenter leurs explications oralement. Ce pouvoir du juge doit toutefois être exercé conformément aux dispositions correspondant à l'article 18(2), ainsi, les articles 49(2), 61 (audiences de mise en état), les articles 64, 65(3) et 66(2) (audiences finales) et, dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir commentaire 1 ci-dessus). Au stade préliminaire de l'instance, il revient au juge de décider la tenue d'audiences ou d'exiger la présentation de déclarations écrites. Il devrait cependant y avoir au moins une audience initiale, pour la mise en état. Si le juge est tenu d'autoriser les auditions lorsqu'une partie le demande, il peut toutefois raisonnablement limiter le nombre des audiences. L'article 64 prévoit la tenue d'une audience finale obligatoire. Ce n'est que dans des cas particuliers qu'un jugement peut être rendu sans audience, et à condition que les parties ne la demandent pas (voir les articles 65(3) et 66(2)). Les dispositions relatives aux procédures orales sont destinées à permettre une certaine souplesse afin d'éviter une approche formaliste aride, tout en satisfaisant aux exigences des droits fondamentaux.

5. L'article 18(2) et (3) concerne les déclarations orales et écrites des témoins et des experts. Le juge peut, de façon discrétionnaire, autoriser l'audition de témoins, ordonner aux experts de soumettre des rapports écrits, demander la présentation orale des preuves, ou mettre en œuvre ces différentes modalités selon les circonstances de l'affaire (voir les articles 117 et 124). Les parties ont toutefois le droit de demander que les preuves soient présentées oralement (voir les articles 18(3), 117(3) et 124(2)). On soulignera la souplesse accordée dans le choix de la forme orale ou écrite, qui reflète la tendance nette de la procédure civile dans la majorité des systèmes juridiques européens depuis le début du XXI^{ème} siècle à chercher de réduire les coûts et les temps des litiges tout en garantissant la proportionnalité de la procédure à la nature de l'affaire (voir les articles 5 et suivants).

6. Les Règles n'indiquent pas expressément si les procédures de recours doivent être orales et publiques. Dans la plupart des systèmes juridiques européens, le juge détermine de façon discrétionnaire si les recours qui ne soulèvent que des questions de droit doivent être tranchés par audience publique ou bien uniquement sur la base d'actes écrits. Ce pouvoir s'exerce selon le fondement du recours et de l'importance pour le public des questions soulevées. Certaines juridictions supérieures mettent l'accent sur la procédure orale pour la présentation par les avocats des parties et les échanges entre eux. C'est particulièrement le cas dans les pays où, afin d'améliorer la qualité des demandes et

moyens présentés devant la Cour suprême, seuls peuvent comparaître les membres de la profession juridique qui ont été spécifiquement admis. Dans d'autres pays, les procédures orales devant les juridictions de recours sont extrêmement rares. Dans les pays où le premier niveau de recours peut porter sur les faits et le droit, que ce soit de façon générale ou de façon limitée, la procédure orale peut être obligatoire à moins que le recours n'ait aucun fondement, auquel cas l'affaire peut être tranchée sans audience. Les Règles laissent à la juridiction de recours le pouvoir de déterminer si une audience est nécessaire, dans le cadre développé par la Cour européenne des droits de l'homme (voir les commentaires 1 et 2 ci-dessus). Cependant, en règle générale, les juridictions de premier recours doivent tenir des audiences et administrer la preuve dans le cadre de procédures orales lorsque le jugement a pour effet d'annuler la décision de première instance sur le fondement d'éléments de fait ou de preuve sans renvoyer la procédure devant le tribunal de première instance (voir l'article 170). Lorsque de nouveaux éléments de fait ou de preuve sont soulevés lors d'un premier recours, les Règles relatives aux procédures orales applicables aux juridictions de première instance s'appliquent (voir l'article 168).

7. L'article 18(4) encourage l'utilisation des technologies de l'information et de communication, le cas échéant. Diverses autres dispositions complètent et développent cette règle générale, voir: l'article 17(3) relativement à l'article 18(4) pour la publication électronique des arrêts (voir l'article 17, commentaire 5); l'article 61(2) pour les audiences de mise en état (par exemple, la transmission vidéo ou audio); l'article 74(1)(b) et (1)(c) pour la notification par un moyen électronique qui garantit la réception; l'article 79 pour la fourniture obligatoire d'une adresse électronique aux fins de la notification par les avocats; l'article 97(2) pour l'enregistrement vidéo obligatoire des audiences où la preuve est administrée; l'article 97(3) pour l'administration des preuves par vidéoconférence ou autres technologies de télécommunications; l'article 111(2) pour les documents et données électroniques de toute sorte et les types de stockage; l'article 111(3) pour la production de documents ou de données en format électronique; l'article 112(2) pour la valeur probatoire des actes authentiques enregistrés électroniquement; l'article 115(2) pour l'interrogatoire des témoins par vidéoconférence ou technologies semblables; et l'article 220 pour l'utilisation d'une plate-forme électronique sécurisée garantissant un traitement efficace des recours collectifs. Dans toutes ces règles, l'utilisation des technologies de l'information est concernée. Elles ne forment pas d'exigences spécifiques en matière de technologie, car elles sont censées être neutres à cet égard afin de ne pas entraver l'application des règles aux développements technologiques futurs. Les systèmes juridiques européens et/ou l'Union européenne peuvent toutefois prescrire des normes techniques spécifiques, la compatibilité et l'interopérabilité des technologies de l'information et des communications électroniques actuelles et futures. Les présentes Règles sont destinées à être compatibles avec de telles normes.

8. Cependant, l'article 18(4) prévoit l'utilisation des communications électroniques seulement pour autant qu'elle soit appropriée. L'adéquation des moyens de communication est déterminée par de multiples facteurs que le juge doit prendre en considération pour justifier leur utilisation. Le recours à la vidéoconférence ou à la transmission audio des audiences peut ne pas être approprié lorsqu'une partie seulement n'est pas présente dans la salle d'audience tandis que la partie adverse et d'autres parties assistent à l'audience en personne. Dans une telle situation, les parties pourraient ne pas être à égalité pour ce qui est de leur capacité à avoir une vue d'ensemble de ce qui se passe dans la salle d'audience, et en particulier des réactions et réponses spontanées des parties et des témoins. Afin de garantir l'égalité de traitement (voir l'article 4 phrase 2), lorsqu'une seule partie n'assisterait pas à l'audience en personne, le juge pourrait exclure d'utiliser la vidéoconférence lors d'une audition qui serait déterminante à la décision finale, à moins que cette partie ne donne son consentement en connaissance de cause à une telle procédure. Si une partie s'oppose à participer à une vidéoconférence, le tribunal ne peut rejeter son objection que lorsque l'audience concerne des questions d'organisation ou d'administration procédurale courante. Une situation semblable peut se présenter lorsqu'un témoin habitant à une grande distance du tribunal s'oppose à témoigner par vidéoconférence en raison du fait qu'il n'est pas habitué à cette modalité et demande un report d'audience afin de pouvoir se rendre au tribunal. L'enregistrement vidéo obligatoire des audiences où est administrée la preuve peut favoriser

la bonne appréciation des preuves présentées oralement en première instance ainsi que dans les procédures de recours. Cependant une certaine précaution est nécessaire à cet égard compte tenu de la tendance avérée des individus à modifier leur comportement, leurs gestes, leurs réponses et leur langage lorsqu'ils savent qu'ils sont enregistrés sous une forme permanente et susceptible de reproduction qui servira de base à l'appréciation de la preuve. Les Règles sur l'utilisation des communications électroniques ont été rédigées à l'issue d'une discussion sur ces différentes questions. L'opinion qui a prévalu était que le juge devrait avoir à sa disposition des moyens de communication électroniques modernes et appropriés et qu'il devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de déterminer leur utilisation appropriée sans qu'il soit nécessaire d'élaborer des règles techniques spécifiques.

9. Les Règles ne traitent pas des questions relatives à l'utilisation de l'intelligence artificielle ou de la justice en ligne. À l'heure actuelle, les programmes informatiques fondés sur l'évaluation d'une multitude de cas similaires ou sur un système de règles juridiques peuvent permettre de prévoir rapidement l'issue possible d'un différend. De tels programmes sont déjà utilisés dans le secteur privé, par des cabinets d'avocats et des entreprises commerciales. Il est établi que, dans certaines circonstances, les résultats peuvent être très précis. Le progrès technologique améliorera sans aucun doute le fonctionnement et la fiabilité de ces programmes. Les Règles ne prévoient pas l'utilisation de ces programmes au sein du système de justice civile. Dans la mesure où ils pourront être appliqués à l'avenir, leur utilisation devrait être déterminée par le juge comme une aide à la décision et non comme un substitut. Par exemple, le juge pourrait utiliser ces programmes pour tester ses conclusions préliminaires ou contrôler les erreurs simples. Une telle utilisation doit être portée à la connaissance des parties, conformément au droit pour elles d'être entendues, afin de pouvoir faire des commentaires sur ce que le programme suggère. Les questions concernant le contrôle et la disponibilité de ces produits dans le secteur privé, en particulier dans la mesure où leur utilisation pourrait tendre à la concentration légale de la fourniture de conseils juridiques, n'entrent pas dans le champ d'application des Règles et relèvent de la réglementation nationale. La question fondamentale pour l'avenir sera de savoir dans quelle mesure l'utilisation de ces programmes pour résoudre en dernière instance les procédures, sans aucun contrôle judiciaire, sera autorisée ou interdite. Dans certains pays européens comme l'Estonie, les premières étapes vers l'utilisation de programmes d'intelligence artificielle sont déjà en œuvre pour résoudre les demandes de faible montant. Dans d'autres pays, des mesures initiales similaires sont appliquées pour le traitement informatisé des ordres de paiement qui crée des titres exécutoires basés sur des allégations de faits et des formulaires spécifiques de preuve documentaire. Le domaine qui pourrait être le plus important de ces développements de la justice électronique est celui des demandes de faible valeur. Dans ces cas, une économie de coûts et de temps pourrait être faite grâce à une décision de première instance générée par l'intelligence artificielle, avec la possibilité de saisir un juge en appel de cette décision. Il y a deux raisons pour lesquelles les Règles n'abordent pas cette question importante pour le développement futur de la justice civile. Premièrement, les procédures spécifiques de règlement des petits litiges ou les procédures d'injonction de payer ne relèvent pas du champ d'application de ces Règles, or c'est dans ce domaine de la justice civile que les avancées des technologies informatiques pourraient raisonnablement réussir. Deuxièmement, le remplacement des juges par des ordinateurs dans les litiges civils ordinaires impliquerait un choix de société fondamental, avec des conséquences majeures en ce qui concerne les relations entre les citoyens et l'État et la conception moderne de la démocratie et de l'état de droit qui est fondée sur la confiance mutuelle entre les citoyens et les représentants humains du pouvoir de l'État. L'opinion qui a prévalu au sein des groupes chargés de rédiger ces dispositions n'a pas estimé qu'il y avait lieu d'envisager un tel changement radical, qui n'était pas considéré comme une perspective réaliste. En tout état de cause, si l'introduction de la prise de décision par l'IA dans les procédures régulières devait avoir lieu sans qu'il y ait de contrôle humain responsable et final, un tel développement ne pourrait pas être influencé ou interdit par les règles de procédure types dans une réelle mesure.

G. Langue, interprétation et traduction

Article 19. Langue de la procédure

La procédure, y compris les documents et les communications orales, doivent s’accomplir, en règle générale, dans une langue de la juridiction. Le juge peut cependant permettre que tout ou partie de la procédure se déroule dans d’autres langues dans la mesure où cela ne cause pas grief aux parties ni au droit à une audience publique.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 6.

Commentaires:

1. L’approche de l’article 19 phrase 1 en ce qui concerne la langue dans laquelle la procédure doit être conduite est acceptée et pratiquée dans le monde entier. Généralement, la langue de la juridiction sera celle de la ou des langues officielles de l’État du juge saisi. Les parties, les juges et les avocats maîtrisent généralement au moins une des langues officielles.

2. L’article 19 phrase 2 autorise des exceptions à la règle générale. Cela reflète le fait que dans l’Europe d’aujourd’hui, l’échange de biens et de services et la mobilité croissante des personnes ont entraîné une réalité sociale de plus en plus diversifiée. Si le juge et les avocats représentant les parties ont une compétence suffisante dans une langue étrangère commune, qui sera généralement mais non exclusivement l’anglais, selon l’article 19 phrase 2 le juge pourra permettre que la procédure se déroule dans cette langue. Toutefois, cette possibilité est toujours subordonnée à la condition que les parties elles-mêmes soient en mesure de suivre le déroulement de la procédure, éventuellement avec l’aide de leurs avocats ou d’un interprète, et que la langue choisie soit si répandue et bien comprise que le droit à une audience publique et le droit d’être entendu ne soient pas une illusion; encore une fois, ces éléments suggèrent que l’anglais pourrait être l’autre langue la plus susceptible d’être choisie. Cette Règle facilite également l’utilisation pragmatique d’une langue étrangère pour des parties spécifiques de la procédure, par exemple pour l’audition de témoins étrangers (voir également l’article 116(2)).

3. L’anglais doit être considéré comme la langue de la juridiction au sens de l’article 19, si chaque pays européen établit des juridictions spécialisées pour les litiges commerciaux internationaux, pour autant que les parties aient consenti à l’utilisation de la langue anglaise dans la procédure (voir également l’article 20, commentaire 5).

Article 20. Interprétation et traduction

1) Le juge doit assurer une interprétation ou une traduction aux parties qui ne maîtrisent pas suffisamment la langue utilisée dans la procédure. Le droit à l’interprétation comprend le droit des parties ayant des difficultés d’audition ou d’élocution à recevoir l’assistance appropriée. Cette interprétation et cette traduction doivent garantir l’équité de la procédure en permettant aux parties d’y participer de façon effective.

2) Lorsque des documents sont traduits, les parties peuvent convenir, ou le juge peut ordonner, que cette traduction soit limitée aux parties des documents nécessaires pour assurer l’équité de la procédure et permettre aux parties d’y participer de façon effective.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 6.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), règle 8.3.

Commentaires:

1. L'article 20(1) énonce le droit des parties à la traduction si elles ne maîtrisent pas suffisamment la langue de la juridiction ou la langue utilisée à titre exceptionnel dans la procédure (voir l'article 19 et les commentaires). Il exprime une manifestation particulière du droit des parties à être entendues (voir l'article 11) car il garantit que les parties sont en mesure de comprendre pleinement toutes les questions soulevées par le juge, la partie adverse, les témoins, des tiers et toutes les autres personnes qui participent à la procédure. Il leur permet ainsi également de répondre de manière adéquate. Le droit à la traduction peut être utilisé principalement lorsque les parties se défendent elles-mêmes, car on peut supposer ce que les avocats autorisés à exercer devant la juridiction connaissent et maîtrisent la langue du juge (voir l'article 19, commentaire 1). Dans les cas exceptionnels où le juge permet l'utilisation d'une langue étrangère, il se peut que l'avocat d'une partie ne maîtrise pas cette langue. En ce cas, la traduction sera nécessaire afin de permettre à l'avocat d'assurer une représentation effective. Toutefois, le juge ne pourra permettre l'utilisation d'une langue étrangère dans la procédure que s'il s'est assuré qu'elle ne causera pas grief à une partie (voir l'article 19). Il sera probablement rare qu'un avocat exige une traduction au cours de la procédure, et en ce cas le plus souvent seulement lorsque la langue étrangère ne concerne qu'une partie de la procédure.

2. L'article 20(1) ne traite pas expressément du cas où une partie n'ayant pas une maîtrise suffisante de la langue de la procédure comparait sans avocat ou bien avec son avocat, et n'est pas entendue en personne (voir l'article 16(1) et (2)). Dans ces cas, le juge devra établir conformément à la pratique nationale si la nomination d'un interprète ou d'un traducteur est nécessaire pour donner effet au droit de la partie d'être entendue en personne par le juge, ou si les informations fournies par l'avocat de la partie sont suffisantes pour garantir l'exercice de ce droit. La même situation se présente lorsqu'un avocat supplémentaire, non autorisé à exercer devant la juridiction, assiste une partie (voir l'article 15(1)). Le juge doit nommer un interprète ou un traducteur pour traduire les communications entre la partie concernée et le juge ou les autres parties. Les parties sont toujours autorisées à être assistées de leur propre traducteur ou interprète à une audition pour faciliter la communication entre les parties. Les frais d'interprétation ou de traduction raisonnables et nécessaires peuvent être remboursés conformément à l'article 240(1)(b).

3. L'article 20(1) souligne que le droit à l'interprétation s'applique aux parties ayant des difficultés d'audition et d'élocution. Dans ces cas, le juge doit nommer un interprète lorsque la partie concernée comparait en personne afin de lui permettre de participer de façon effective à la procédure. On ne peut attendre de l'avocat d'une partie d'être en mesure de servir d'interprète.

4. L'article 20(2) concerne la traduction des documents pertinents dans la langue utilisée par la juridiction. La traduction est obligatoire si les documents ne sont pas dans la langue du tribunal et que le juge n'autorise pas l'utilisation d'une autre langue conformément à l'article 19 phrase 2. Le juge pourra permettre une telle utilisation notamment s'agissant d'affaires commerciales lorsque le juge maîtrise l'anglais et les documents ainsi que les écritures des parties concernant le litige sont rédigés en anglais. Il est justifié de restreindre la traduction aux parties pertinentes des documents quand cela est nécessaire pour assurer l'équité et l'efficacité de la procédure. Cet aspect est particulièrement important dans les affaires commerciales où les pièces et les documents peuvent être extrêmement volumineux.

5. Dans les juridictions constituées en Europe qui sont spécialisées pour les affaires commerciales internationales et saisies par le choix des parties (voir l'article 19, commentaire 3), ce choix s'étend à l'anglais comme langue de la procédure. Il appartient aux parties de désigner des avocats qui maîtrisent l'anglais. Des traductions peuvent être nécessaires pour les parties qui assistent aux auditions en

personne si elles n'ont pas une maîtrise suffisante de l'anglais pour assurer leur participation orale à la procédure. Ces traductions devraient être assurées à l'initiative du tribunal ou à celle des parties.

6. Pour la traduction nécessaire en ce qui concerne les dépositions des témoins dans une langue étrangère, voir l'article 116(1) et (2), ainsi que l'article 19, commentaire 2.

SECTION 3 – Instance

A. Commencement, extinction de l'instance et objet du litige

Article 21. Commencement et extinction de l'instance

- 1) Seules les parties introduisent l'instance. Le juge ne peut se saisir d'office.**
- 2) Les parties peuvent mettre fin à l'instance, en tout ou en partie, par désistement, acquiescement à la demande ou résolution amiable du différend.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 10.1.

Commentaires:

1. Tous les systèmes procéduraux modernes reconnaissent le principe de l'initiative des parties en matière civile, qui est enraciné dans le principe général de l'autonomie des parties en matière de droits privés. C'est aux titulaires de droits de propriété et d'autres droits privés de les défendre et de les faire respecter. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, le principe de la libre disposition des droits privés est garanti par la Constitution. Elle est également garantie au niveau européen par les articles 17(1) et 47(2) de la Charte européenne des droits fondamentaux et par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. En ce qui concerne les recours collectifs, le principe de l'initiative des parties en matière civile est soumis aux ajustements nécessaires dans l'intérêt de tous les titulaires des mêmes droits privés (voir les injonctions d'intérêt collectif, articles 204 à 206) ou dans l'intérêt de groupes de titulaires de droits privés qui ont été affectés par des préjudices de masse (voir recours collectifs, articles 207 et suivants). Dans le même temps, l'intérêt public de la société dans son ensemble justifie l'existence d'une forme procédurale qui facilite la protection des droits de tous les citoyens ou de groupes de citoyens. De plus, l'intérêt public envers un système judiciaire efficace nécessite un mécanisme procédural spécial adapté pour protéger efficacement les intérêts collectifs et conformément aux droits fondamentaux individuels. Les recours collectifs traités dans la XI^{ème} partie ne sont cependant pas en rupture totale avec le principe de l'initiative des parties. Ils permettent des formes de représentation par des demandeurs spécialement qualifiés et, pour autant que nécessaire, ils protègent les titulaires de droits individuels par des mécanismes de *opt-in* ou *opt-out*. Voir également les articles 29 et suivants, les articles 52 et suivants, et les articles 68 et suivants.

3. L'article 21(2) décrit les principales modalités pour les parties de mettre fin à l'instance civile, qui sont communes toutes les cultures juridiques européennes. Il peut être considéré comme le pendant de l'article 21(1). Voir également les articles 3, 9 et suivants, les articles 51, 56, 141, 163 et 241(2).

4. Il faut reconnaître qu'il existe d'autres moyens par lesquels les parties peuvent mettre fin à la procédure qui ne sont pas mentionnés dans les Règles, par exemple une suspension convenue ou l'inaction des parties pendant une période de temps avec la conséquence que l'affaire n'est pas mise au rôle du tribunal. Les règles concernant ces questions sont toutefois d'ordre technique et devraient être

laissées à la législation nationale. Le défaut intentionnel d'une partie de comparaître, qui entraîne un jugement par défaut (voir l'article 135), peut également être considéré dans certaines cultures juridiques comme une forme de fin volontaire. Cette approche n'est pas fautive, mais il convient de noter qu'elle implique une forme d'outrage à l'égard des autres parties et autres personnes impliquées dans la procédure et, en définitive, envers le juge lui-même. En effet, on peut estimer que la partie qui ne comparaît pas aurait pu acquiescer à la demande en temps utile en avisant le juge et la partie adverse et ainsi économiser le temps et les ressources de toutes les parties concernées. Ce comportement violerait ainsi l'obligation incombant aux parties à l'égard du juge et des autres parties (voir les articles 2, 3 et 6). Quant à la discussion sur la question de savoir si les jugements par défaut sont dans une certaine mesure un moyen de sanctionner un comportement inapproprié ou déloyal, il est préférable de s'en remettre aux écrits de théorie procédurale et de recherche historique. On notera toutefois que les chefs d'annulation des jugements par défaut pourraient être révélateurs de l'attitude qui prévaut dans les cultures juridiques européennes visant à des formes de désapprobation du comportement de la partie défaillante (voir l'article 139).

Article 22. Concentration des moyens de droit et de fait

1) Il incombe aux parties, en demande ou en défense, de présenter en même temps, au cours de la même instance, l'ensemble des moyens de fait et de droit relatifs à la même prétention.

2) Le manquement à la disposition de l'alinéa précédent rend irrecevable toute nouvelle prétention fondée sur les mêmes faits. Cette forclusion ne s'applique pas:

- a) en cas de modification ultérieure des faits pertinents sur le fondement desquels la décision a été rendue à l'issue de l'instance antérieure; ou**
- b) en cas de droit acquis par le demandeur postérieurement à la décision précédemment prononcée.**

Commentaires:

1. L'article 22 décrit les aspects constituant l'envers de la forclusion pour chose jugée des jugements, qui obligent les parties à un litige, en demande ou en défense, à présenter en même temps, au cours de la même instance, l'ensemble des moyens de fait et de droit relatifs à la même prétention. Dans certains systèmes juridiques, ces aspects sont traditionnellement examinés en même temps que les conditions et les effets qui s'attachent à la chose jugée, traités dans les présentes Règles aux articles 147 et suivants. D'autres cultures juridiques mettent davantage l'accent sur la nécessité que tous les moyens de fait et de droit soient présentés dans la première instance, et ce afin d'assurer que la forclusion ne se produira pas plus tard de manière inattendue ou surprenante pour les parties. C'est ce point de vue qui est adopté dans les Règles.

2. Le principe de concentration énoncé à l'article 22(1), ne s'applique qu'aux moyens de fait et de droit qui peuvent être invoqués à l'appui de la demande ou de la défense dont est saisi le juge. Il n'exige pas que les parties concentrent toutes les demandes ¹²⁹ fondées sur les mêmes faits dans une unique procédure. Il ne reflète donc pas la jurisprudence anglaise sur l'irrecevabilité des réclamations fondée sur *Henderson v Henderson* [1843–1860] All ER Rep 378, qui rend irrecevable une nouvelle demande si la partie avait précédemment eu la possibilité de présenter une réclamation dans le cadre d'un litige

¹²⁹ Par exemple: demandes, prétentions, "Klaganträge", "domanda", "demanda", etc.

précédent ¹³⁰. Il ne reflète pas non plus l'interprétation large que la Cour de justice de l'Union européenne fait du concept de "même objet et même cause" pour déterminer la portée de la litispendance (voir l'article 142, commentaire 2 avec références). L'article 22 établit un compromis entre la conception très large de la *common law* en matière d'irrecevabilité des demandes, et l'approche plus étroite de certains pays de tradition continentale, qui limite la forclusion des prétentions aux éléments de fait et de droit effectivement invoquées lors de la première instance. Les deux solutions visent à prévenir les abus de procédure et à concentrer les litiges, tout en différant dans leur portée et leur mesure. L'article 22 n'exclut pas une demande partielle. Cependant, seules les "demandes expressément partielles" ¹³¹ devraient être recevables. Il convient de souligner qu'à cet égard, il existe des différences importantes entre les cultures procédurales des États de l'Union européenne et, plus largement, des pays européens. Certains adoptent une approche plus ouverte qui admet les demandes partielles, tenant au fait qu'ils accordent une grande importance à l'incidence du montant de la demande sur les frais de procédure à payer par les parties.

3. L'article 22(1) doit être mis en correspondance avec l'article 26(2) qui impose au juge d'examiner et de déterminer d'office les règles de droit applicables au litige. Les cas où la décision du juge ne prend en considération que partiellement les fondements de droit ou les faits pertinents devraient être très rares dès lors que les parties sont également tenues de contribuer à l'application correcte des dispositions légales pertinentes (voir les articles 3(d), 11, 12, 26(1) et 26(2)). Dans les systèmes juridiques où il incombe traditionnellement aux parties d'établir la base légale de leurs prétentions et de convaincre le juge de sa pertinence, les Règles pourraient faciliter la présentation des demandes sans affaiblir leur position. Si les parties s'accordent sur le fondement de droit de la demande ou pour limiter le litige soumis à la décision du juge à des questions spécifiques, le principe de concentration énoncé à l'article 22(1) ne trouve pas à s'appliquer (voir les articles 26(3), 57 et suivants).

4. L'article 22(1) ne précise pas si les parties sont tenues de présenter en première instance l'ensemble des moyens de droit relatifs à leurs prétentions. Cette question a une portée très limitée dans le cadre de ces Règles, car il appartient au juge de déterminer les règles de droit applicables au litige. Toute erreur ou manquement du juge de première instance à cet égard pourrait constituer la base d'un recours sous réserve des conditions énoncées à l'article 166. Une détermination erronée de la loi applicable n'étant pas une erreur de procédure au sens de l'article 178, la contestation immédiate pour éviter l'application du mécanisme de renonciation n'est pas nécessaire. Si de nouveaux moyens de droit sont nécessairement combinés avec de nouveaux moyens de fait, ils devraient, en principe, être autorisés dans les voies de recours, sous réserve des conditions énoncées aux articles 157(2)(d), 166 et 168(1).

5. Dans des cas particuliers, le principe de concentration, dont la violation devrait normalement conduire à une forclusion au fond, pourrait être écarté et le demandeur pourrait présenter une nouvelle demande identique dans une instance ultérieure. Il en irait ainsi lorsque de nouveaux faits sont survenus après la décision antérieure: par exemple, lorsqu'un gestionnaire de biens n'a pas pouvoir initialement pour agir au nom des copropriétaires, mais est ensuite autorisé à le faire, ou lorsqu'un plan de zonage sur lequel s'est basée la première instance, a été déclaré nul par un tribunal administratif postérieurement à la décision, ou lorsque une demande a été satisfaite conformément à un jugement et le débiteur sollicite une déclaration négative parce que le créancier continue de soutenir que son droit n'a pas été satisfait. Une modification ultérieure de la loi ne doit cependant pas être considérée comme un fait nouveau justifiant pour une partie d'engager une nouvelle procédure portant sur la même demande. La question de ce qu'il en est des injonctions produisant des effets futurs de grande portée ou d'autres semblables mesures devrait être laissée à la pratique judiciaire et à la jurisprudence. Une nouvelle demande dans une deuxième instance devrait également être recevable lorsque le demandeur a obtenu ou acquis un nouveau droit postérieurement à la décision précédemment prononcée. Tel est

¹³⁰ Voir: *Johnson v Gore Wood & Co* [2002] 2 AC 1, 32-3, 59.

¹³¹ Ou "*offene Teilklage*".

le cas, par exemple, lorsque la première demande a été rejetée au motif que le demandeur n'était pas le titulaire du droit allégué ou n'avait pas la capacité d'agir (voir l'article 30 et suivants), et que le demandeur a acquis la créance et en est devenu titulaire par effet de la cession, puis intente l'action. Des règles spéciales s'appliquent aux jugements impliquant des exécutions successives (voir l'article 150).

6. Les termes "en cas de modification ultérieure [...]" de l'article 22(2)(a), se réfère au moment à partir duquel les parties sont autorisées à présenter de nouveaux moyens de fait ou de droit fondés sur de nouveaux faits concernant l'instance en cours (voir les articles 63 et 64(4)). Il convient de noter que les éléments de fait qui interviennent après la clôture de l'instruction ou avant la fin de l'audience finale, seront en règle générale admis par le juge afin d'éviter une nouvelle instance puisqu'ils satisfont aux exigences des articles 63(2) et 64(4). Aussi, il arrive souvent que l'audience finale soit la dernière occasion pour les parties de présenter des moyens de fait et de droit. En outre, la procédure d'appel peut être fondée sur de nouveaux faits et la juridiction d'appel peut administrer la preuve portant sur des faits nouveaux contestés (voir les articles 168(1)(a), 168(2)(c), 169 et 170). Une autre approche consiste à renvoyer ces questions devant une juridiction de première instance, qui engagera une nouvelle procédure d'auditions et d'administration de la preuve. Lorsque les parties ont le choix entre formuler une nouvelle demande ou bien introduire un recours en appel quand interviennent de nouveaux faits, elles choisiront généralement la solution la moins coûteuse et la plus simple (voir également les articles 133(e) et 153).

Article 23. Objet du litige

1) L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties, telles qu'elles résultent de la demande en justice et des conclusions en défense, y compris les demandes incidentes.

2) Le juge se prononce sur ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 10.3.

Commentaires:

1. L'article 23 est un aspect du principe de libre disposition des parties concernant les éléments essentiels de la procédure civile (voir l'article 21). La définition de l'objet du litige à l'article 23(1) est nécessaire pour définir les critères du contenu obligatoire d'une décision de justice. Le juge se prononce sur la demande en se fondant sur les faits invoqués dans les moyens du demandeur et du défendeur. Le juge doit faire la distinction entre les faits pertinents et non pertinents, les faits contestés et non contestés, les éléments de preuve pertinents et non pertinents, les faits contestés prouvés et non prouvés, il doit évaluer les résultats de l'administration de la preuve et prendre en considération les moyens de preuve et de droit des parties. Cela vaut non seulement pour les faits et les moyens de preuve rapportés dans la demande mais également dans les conclusions en défense (voir l'article 12(1)). Il est important de noter que la motivation du jugement doit traiter toutes les questions qui font l'objet du litige (voir l'article 12(1) et (2)). L'objet du litige, tel que défini par l'article 23(1), détermine l'étendue du droit d'être entendu (voir les articles 11 et 12), mais il détermine également les critères essentiels de la pertinence en matière de preuve (voir les articles 88, 89, 93 à 95) ainsi que la portée du jugement relativement au principe de chose jugée de la procédure (voir l'article 149).

2. L'article 23(2) indique que le juge doit statuer sur la demande telle que formulée par le demandeur. Le juge n'est pas autorisé à modifier d'office la formulation de la demande. Le juge peut

accueillir une partie de la demande, mais il ne peut pas accorder autre chose que ce qui a été demandé. Le juge n'est pas non plus autorisé à accorder plus que ce qui est demandé, même si cela pourrait être fondé conformément au droit matériel applicable à l'affaire.

3. Lorsque le juge donne aux parties la possibilité raisonnable de présenter leurs observations sur le droit applicable tel qu'il l'a déterminé (voir l'article 26(1) et (2)), le juge peut indiquer que la demande n'est pas conforme au droit applicable selon la détermination et l'interprétation qu'il en fait. Le juge pourrait toutefois être mis en cause s'il recommandait de façon explicite ou impérative une formulation allant au-delà de la demande présentée initialement par le demandeur. Pour pouvoir être modifiées ultérieurement, les conditions de modification des demandes doivent être remplies (voir l'article 55).

B. Faits, preuve et droit applicable

Article 24. Faits

1) À l'appui de leur demande ou de leur défense, les parties allèguent les faits propres à les fonder. Le juge peut inviter les parties à expliquer ou à compléter ces faits.

2) Le juge ne peut prendre en considération des faits que les parties n'ont pas introduits dans le débat.

3) Le juge peut prendre en considération des faits non spécialement invoqués par une partie mais qui résultent de faits avancés par les parties ou contenus dans le dossier de l'affaire. Il ne peut le faire que si ces faits sont pertinents pour la demande ou la défense et si les parties ont été mises en mesure de faire valoir leurs observations en réponse.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 11.3 et 11.2

Commentaires:

1. Dans quasiment tous les systèmes et cultures juridiques européennes, le juge n'a pas à rechercher ou établir les faits. C'est aux parties qu'il appartient de présenter les faits, le juge n'est en principe pas autorisé à les invoquer de sa propre initiative. Les Règles adoptent cette approche (voir les articles 24(1) et 24(2)). Dans les pays européens socialistes – solution qui existe encore dans certains systèmes juridiques – le juge devait enquêter d'office sur les faits à la base du différend. Le principe de libre disposition relativement aux faits ne découle pas nécessairement de l'application de ce principe aux droits ou à l'autonomie de la volonté. Toutefois, il se rapproche davantage du principe de la disposition des droits que ne le fait l'intervention d'office du juge pour établir les faits. Cela tient au fait qu'une conception large du principe de l'autonomie des parties englobe le droit des parties de résoudre leur différend sur la base de faits mutuellement convenus, ce qui évite que le juge ait à trancher des questions de fait. Si le juge était tenu de procéder en propre à l'établissement des faits, il lui faudrait disposer de moyens de recherche active, de pouvoirs et de personnel administratif suffisants. Un tel système, pour être efficace, rendrait nécessairement très coûteux la procédure de règlement des différends. Aussi n'a-t-il jamais été véritablement mis en pratique en Europe. C'est la motivation des parties à voir aboutir leur demande ou leur défense, c'est-à-dire à gagner le procès, qui les détermine à produire suffisamment d'éléments de faits à l'instance. Dans les systèmes juridiques européens où le juge a un pouvoir assez large de clarifier les faits, ses pouvoirs d'enquête sont rarement utilisés. Cela tient au fait que les parties tendent à apporter elles-mêmes les clarifications nécessaires.

2. L'article 24(1) attribue à chaque partie la responsabilité de présenter les faits conformément à la répartition en matière de charge de la preuve prévue dans le droit matériel applicable. Il doit donc être lu en parallèle avec l'article 25. En général, la charge de la preuve et la charge de présenter tous les faits pertinents coïncident. Cela est exprimé par la disposition de l'article 24(1) selon laquelle "À l'appui de leur demande ou de leur défense, les parties allèguent les faits propres à les fonder". Cette répartition des risques entre les parties remonte à la procédure romaine et a survécu à la fois dans la tradition de *common law* et dans la tradition de droit civil. L'idée est de diviser les normes juridiques en demandes, défenses (exceptions), réponses (répliques) en réponse aux défenses, etc. La terminologie et les détails de la répartition diffèrent selon les cultures juridiques, mais l'idée est commune à tous les systèmes procéduraux développés. C'est pourquoi elle constitue la base du modèle des présentes Règles. Cela ne signifie pas pour autant que la charge imposée aux parties de présenter les faits pertinents est illimitée. Les règles relatives à la demande (voir les articles 52 à 55) fournissent le cadre dans lequel les parties exposent en détail leurs allégations de fait. Elles donnent aussi aux parties la possibilité d'exposer des moyens de fait moins détaillés si elles peuvent justifier d'un motif légitime et démontrer qu'il existe un différend sérieux (article 53(3)). En retour, la partie adverse doit répondre de la manière la plus détaillée possible et peut utiliser tous les moyens de preuve suffisamment rapportés (voir l'article 25, commentaire 4) afin de fournir des éclaircissements supplémentaires. Si une partie doit invoquer des faits négatifs, par exemple l'absence de fondement juridique relatif à l'acquisition d'un bien, certaines cultures juridiques transfèrent la charge de fournir des détails à la partie adverse, laquelle est alors tenue de justifier la base juridique de l'acquisition. De sorte que la partie qui devait à l'origine justifier l'absence de tous les fondements juridiques possibles à l'acquisition du bien, devra se contenter d'établir l'absence du fondement juridique allégué par la partie adverse. Les règles laissent les détails des responsabilités respectives des parties à la pratique et à la jurisprudence nationales.

3. Les dispositions de l'article 24(1) et (2) sont un exemple concret du principe de coopération entre le juge et les parties (articles 2, 3(c) et (d) et 4 phrase 3). Elles portent également sur un aspect pratique important de la responsabilité du juge pour une conduite active et efficace de l'instance (voir les articles 4 phrase 1, 47 à 49, 53(3) et 61(3)). Certaines traditions juridiques d'Europe continentale établissent une distinction entre l'administration des affaires organisationnelles ou procédurales (*generelle Prozessleitungspflicht*) et l'administration des affaires matérielles ou de fond (*materielle Prozessleitungspflicht*), cette dernière se rapportant au rôle du juge de suivi actif et, le cas échéant, d'orientation des parties pour la présentation correcte de leurs prétentions. La tradition de *common law* ne reconnaît que la conduite des affaires procédurales. Les deux premières phrases de l'article 24(1) correctement interprétées reflètent l'élément essentiel de la conduite matérielle ou de fond des affaires. Il convient de noter que nonobstant l'approche générale de la *common law* en matière de conduite de l'instance des affaires, ces deux règles sont monnaie courante dans les pays européens de *common law*. Si le juge qui contrôle le respect par la partie de ses obligations prend connaissance de l'absence de faits pertinents, il peut inviter la partie concernée à clarifier et à compléter ses moyens de fait. Dans certains pays européens dans la tradition procédurale germanique, le juge doit indiquer aux parties qu'elles pourraient devoir fournir des moyens de fait supplémentaires ou spécifiques. Dans la plupart des pays de droit continental et des pays de *common law*, le juge n'a pas d'obligation aussi stricte d'aider les parties, bien qu'il puisse, dans le cadre de ses pouvoirs discrétionnaires, fournir une assistance neutre aux parties ou bien pourrait rester inactif. Encore une fois, les deux phrases de l'article 24(1) donnent au juge la possibilité d'exercer un certain pouvoir à cet égard. Comme il doit être lu et interprété au regard des règles sur la coopération entre le juge et les parties, il ne devrait pas permettre au juge de fournir une assistance arbitraire ou moins impartiale aux parties. Dès lors, en vertu des présentes Règles, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un juge ne devrait pas fournir aux parties une aide raisonnable qui leur permettrait de mieux présenter leurs prétentions. Si, par exemple, les moyens de fait d'une partie fournissent une indication claire au juge concernant l'application de dispositions impératives du droit européen ou du droit national, il devrait inviter la partie qui tirera avantage de l'application de ces dispositions à clarifier et, le cas échéant, à compléter ses allégations de fait pour mieux lui permettre de statuer sur la base du droit impératif applicable.

Néanmoins, les Règles ne peuvent servir de base pour développer une conception fortement inquisitoire ou d'enquête du juge. Elles visent seulement à encourager une activité efficace des parties à l'instance.

4. L'article 24(3) modifie l'article 24(2) et sa règle stricte à l'encontre de l'introduction des faits par le juge. Il lui permet de tenir compte d'éléments qui résultent de faits avancés par les parties ou contenus dans le dossier de l'affaire. Le juge peut également, en application de la deuxième phrase de l'article 24(1), inviter les parties à expliquer ou à compléter leurs allégations à la lumière des faits avancés par elles ou contenus dans le dossier de l'affaire. Selon les circonstances, le juge pourra inviter les parties à introduire les faits en leur indiquant ceux qui pourraient être opportunément présentés, ou bien inviter les parties à compléter leurs allégations de fait.

5. Dans certains cas, il peut être avantageux pour les parties de présenter spontanément dans la demande ou dans les conclusions en défense, des faits qui pourraient servir la cause de la partie adverse. Cela peut être particulièrement important si ces faits avaient été révélés avant l'instance (voir l'article 9(1)). L'autre partie peut saisir l'occasion pour admettre les faits, nier leur pertinence, les contester ou opposer un moyen de défense au fond. Bien que permettant une instance plus concentrée, il n'existe pas d'obligation imposée aux parties d'anticiper la position de la partie adverse. Cela relève de leur choix (voir l'article 53(6)). Les Règles n'établissent pas comme principe procédural une obligation générale pour les parties de fournir au juge, dès le début de l'instance, un compte rendu complet de tous les faits connus par elles et éventuellement pertinents pour l'affaire. Une telle obligation n'existe que lorsqu'il y a menace de fraude, comportement de mauvaise foi patente d'une partie (voir l'article 3(e)) ou dans les procédures non contradictoires (voir l'article 186(3)). Cependant, en règle générale, dans les procédures contradictoires, il n'est ni nécessaire ni justifié d'imposer une telle obligation. L'approche générale basée sur la répartition de la charge de la preuve et sur l'idée qu'on peut faire confiance aux parties pour faire valeur leurs propres prétentions dans la procédure est suffisante. Dès lors, il ne semble pas être justifié de proposer une modification de la pratique en vigueur dans la plupart des systèmes juridiques européens au profit d'une présentation exhaustive et indifférenciée des moyens de fait, ce qui n'est pas dans l'intention des Règles.

Article 25. Preuve

1) Il incombe à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention. Les parties doivent établir les faits qu'elles ont allégués. Le droit matériel détermine la charge de la preuve.

2) Chaque partie a, en principe, le droit d'accéder à toutes les formes de preuves pertinentes, non couvertes par la confidentialité et suffisamment identifiées. Dans la mesure du possible, les parties et les tiers doivent contribuer à la divulgation et à la production des preuves. Le fait que cette divulgation puisse favoriser la partie adverse ou d'autres parties n'est pas de nature à y faire obstacle.

3) Le cas échéant, le juge peut inviter les parties à compléter leurs propositions de preuve. Exceptionnellement, il peut rechercher des preuves de sa propre initiative.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.1, 5.4, 16.1, 16.2, 21.1; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 28.1.

Commentaires:

1. L'article 25 concerne la répartition des rôles entre le juge et les parties, et entre les parties elles-mêmes en ce qui concerne l'administration de la preuve. Il doit être lu conjointement avec l'article 24, qui précise les rôles respectifs du juge et des parties concernant la production des faits, et avec la Partie VII des présentes Règles sur l'accès aux informations et preuve.

2. La charge de la preuve visée à la première phrase de l'article 25(1) répartit le risque que la preuve à l'appui des allégations d'une partie échoue par la révélation de l'inexistence des faits ou leur existence douteuse (sur les caractéristiques de la preuve, voir l'article 87). Cette répartition des risques entre demandeurs et défendeurs est commune à tous les systèmes juridiques développés (voir l'article 24, commentaire 2). C'est une exigence fondamentale de la justice. En règle générale, les droits privés seraient pratiquement impossibles à exécuter si une seule partie avait l'obligation d'établir tous les moyens de droit pertinents au litige. Le droit matériel détermine les faits sur lesquels reposent les droits et moyens de défense et dès lors, il appartient au droit matériel de déterminer les critères pour déterminer comment est répartie la charge de la preuve entre les parties. Cette approche est également reprise dans le droit international privé européen ¹³². Les situations dans lesquelles la charge de la preuve peut être renversée sont principalement des questions de droit matériel. Dans certains pays européens, le juge est autorisé à transférer la charge de la preuve du demandeur au défendeur ou vice versa, en particulier en cas de violation de l'obligation de coopérer (voir les articles 2 à 4 et 25(2)); par exemple, un manque de coopération par défaut de répondre en détail aux allégations de fait (voir l'article 54(3) et (4)) ou de fournir les documents exigés par la partie à qui incombe la charge de la preuve (article 100). On peut se demander si de tels cas peuvent être caractérisés comme impliquant un véritable renversement de la charge de la preuve ou s'ils sont simplement une application des règles concernant l'admission des faits ou les conclusions défavorables (voir les articles 27(3), 54(3) et 110). Les Règles ne limitent en aucune façon le pouvoir discrétionnaire du juge d'appliquer ces critères, le cas échéant (dans un sens contraire, voir les articles 7 et 103).

3. La charge de la preuve doit être distinguée de la charge – ou du devoir – de produire les preuves, qui est traitée à la deuxième phrase de l'article 25(1). La charge de produire les preuves comporte le risque de ne pas être en mesure de persuader le juge d'un résultat probant favorable à la cause d'une partie. En règle générale, la charge de produire les preuves incombe à la partie qui a la charge de la preuve. Contrairement à la charge de la preuve, qui ne change généralement pas au cours de l'instance, la charge de produire les preuves peut alterner entre les parties, le risque existant en particulier que la partie qui a la charge de la preuve produise suffisamment d'éléments de preuve pour convaincre le juge, ce qui justifie en conséquence de transférer la charge à l'autre partie ("*shifting of the burden after discharge of the burden*" ou "*need to respond the opponent's case*", "empêcher la condamnation du juge de se former en faveur de son adversaire", "*Gegenbeweisführungslast*", "*necesidad de la contraprueba*", "*prova contraria diretta o indiretta*", etc.). La charge de produire des preuves est en corrélation avec le droit à produire la preuve et est donc un aspect essentiel du droit d'être entendu (voir les articles 11 et 12). Dès lors, il permet à une partie de gérer le risque de ne pas être en mesure de convaincre le juge des questions sur lesquelles repose sa cause.

4. L'article 25(2) énonce le droit de chaque partie d'accéder aux preuves pertinentes qui ne sont pas couvertes par la confidentialité et qui sont détenues par la partie adverse et les tiers (voir les articles 89, 91 et 100 à 110). En exigeant une identification suffisante des formes de preuve, cette Règle correspond à l'exigence que les faits soient exposés de manière suffisamment détaillée, ce qui renvoie au critère du "raisonnable" qui se trouve en différents endroits des Règles (voir l'article 53(2)(a), l'article 24, commentaire 2, et les articles 53(2)(b) et (3), et 102 (1) et (2)(c) et 103(2)). En appliquant ici le critère du raisonnable, les Règles fournissent une indication importante permettant de faire la distinction

¹³² Voir par exemple l'article 18 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et l'article 22 du Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

entre les inadmissibles "expéditions de pêche à la preuve", les allégations générales de faits plausibles qui sont admissibles, et la désignation admissible, de catégories de documents ou d'objets qui peuvent en partie être soumis à une inspection confidentielle, notamment lorsqu'il est nécessaire d'accéder à des preuves stockées électroniquement (pour les preuves électroniques, voir l'article 111(2)).

5. La troisième phrase de l'article 25(2) affirme clairement que le principe amplement consacré selon lequel une partie à un litige n'est pas tenue de mettre des armes entre les mains de la partie adverse ("*nemo contra se edere tenetur*") et de contribuer au succès du cas de celle-ci n'a pas lieu d'être dans les systèmes de procédure développés. Il convient toutefois de souligner qu'aucun système de procédure développé n'applique cette règle de façon stricte depuis longtemps, appliquant différentes approches pour ce qui est des exigences, de la portée et de la fréquence des obligations imposées aux parties de divulguer et de produire des éléments de preuve. Ces différences se sont progressivement estompées au cours des dernières décennies. On peut écarter toute crainte qu'une obligation de produire et de divulguer les preuves puisse faire l'objet d'abus et de ce fait ne soit pas respectée, d'autant plus alors que, comme dans les présentes Règles, ces obligations sont limitées dans leur portée par le caractère raisonnable et doivent être appliquées conformément au devoir de coopération et au principe général de proportionnalité (voir les articles 2, 3 et 5 à 8).

6. La première phrase de l'article 25(3), de la même manière que la deuxième phrase de l'article 24(1), donne au juge le pouvoir de participer activement au déroulement de la procédure en invitant les parties à compléter leurs propositions de preuves. L'article 25(3) correspond en particulier à la règle générale sur la conduite de l'instance figurant à l'article 4(1) et (3), ainsi qu'aux règles spécifiques sur l'administration de la procédure énoncées aux articles 49(9) et (11), 53(2) et (5), 55, 62(2)(a) et (e), 64(5)(c) et (6) phrase 1 et 92(2).

7. La deuxième phrase de l'article 25(3) diffère de la première phrase de l'article 24(3) en permettant au juge, à titre exceptionnel, de rechercher les preuves de sa propre initiative, agissant d'office. En cela, il confère un pouvoir plus large que celui énoncé dans la première phrase de l'article 24(3) qui permet au juge de prendre en considération des faits non spécialement invoqués par une partie mais qui résultent de faits avancés par les parties ou contenus dans le dossier de l'affaire, par exemple un rapport de la police sur l'accident de la route qui constitue la base de fait du litige. La légère différence entre les deux règles concernant la recherche active de la preuve est justifiée, car l'intervention du juge au regard de la disposition des parties relativement aux faits du litige semblerait beaucoup plus importante si le juge était autorisé à introduire de nouveaux faits que s'il ne pouvait que produire des preuves complétant les faits allégués par les parties. Dans la pratique, cependant, les deux formes d'intervention du juge auront peu d'effet car les tribunaux sont généralement dépourvus de ressources suffisantes pour mener leurs propres recherches sur des questions de fait et de preuve. En réalité, nonobstant ces pouvoirs, le juge continuera vraisemblablement de se limiter aux éléments présentés par les parties dans leurs actes de procédure, le juge n'allant guère au-delà des suggestions aux parties, en vertu de ses pouvoirs de conduite de l'instance au fond, concernant les éléments de preuve supplémentaires qui pourraient être nécessaires (voir la première phrase de l'article 25(3) et l'article 92, en particulier le commentaire 4). Il est donc probable que le pouvoir prévu à la deuxième phrase de l'article 25(3) ne sera utilisé qu'exceptionnellement.

8. On assiste dans de nombreux systèmes juridiques européens à la tendance pour les parties de s'entendre sur la répartition de la charge de la preuve ou sur l'admission ou l'exclusion de certaines formes de preuve. La validité de tels accords est une question de droit matériel. En droit civil et dans les procédures civiles, l'autonomie des parties reste un principe fondamental, cependant, il doit être clair que de tels accords ne doivent pas être tenus pour contraignants lorsqu'ils sont contraires à l'ordre public, c'est-à-dire lorsqu'ils conduisent à une injustice manifeste qui peut résulter d'une disparité importante de pouvoir économique ou d'expérience entre les parties; voir, par exemple, l'approche de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, dont l'Annexe prévoit, parmi les clauses pouvant être considérées comme abusives, celles qui ont pour objet ou pour effet d'imposer au consommateur une charge de la

preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat (Annexe(1)(q)).

Article 26. Droit applicable

1) Sauf dispositions spéciales, les parties peuvent présenter tout moyen de droit à l'appui de leur demande ou de leur défense.

2) Le juge détermine les règles de droit applicables au litige, y compris, le cas échéant, les règles de droit étranger. En toute hypothèse, les parties doivent être mises en mesure de présenter leurs observations sur le droit applicable.

3) Lorsque les parties sont libres de disposer de leurs droits, elles peuvent se mettre d'accord sur le fondement juridique ou sur des points particuliers de la demande. Cet accord doit être exprès et contenu dans les écritures des parties, même s'il a été conclu avant l'ouverture de la procédure. Le juge est lié par cet accord.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.5, 11, 19.1, 22.1-3.

Commentaires:

1. Dans tous les systèmes juridiques européens, il appartient au juge de déterminer les règles de droit applicables sur la base desquelles il se prononcera, qu'il s'agisse du droit national ou du droit étranger (voir la première phrase de l'article 26 (2)). Les pays et traditions juridiques en Europe adoptent différentes approches en ce sens. Certains pays s'inscrivent dans l'ancienne tradition de la procédure italienne et du droit canonique, avec les règles "*iura novit curia*" et "*da mihi facta, dabo tibi ius*". Ces règles restent centrales dans le droit et la pratique juridique des pays de tradition juridique latine et, dans une certaine mesure, dans les pays de tradition juridique germanique. Dans les systèmes de *common law*, en revanche, l'approche générale des tribunaux a été de se prononcer sur le fondement du droit invoqué par les parties, quoiqu'ils se soient montrés enclins ces dernières années à compléter les règles invoquées par les règles qu'ils ont eux-mêmes recherchées. Une autre approche peut être notée dans certains pays européens suivant la tradition juridique française, où le juge fonde habituellement sa décision sur les moyens de droit des parties, mais peut également déterminer la loi applicable indépendamment des parties et de sa propre initiative. L'article 26(2) pose clairement la règle selon laquelle le juge est responsable de déterminer les règles applicables au litige, sans limiter en aucune manière sa décision aux moyens soumis par les parties. Cette approche n'affecte pas le droit fondamental des parties de contribuer au processus décisionnel (voir les articles 11 et 12), notamment pour qu'elles puissent chercher à convaincre le juge du bien-fondé en droit de leurs prétentions (voir l'article 3(d); pour tenir compte des dispositions spéciales applicables, voir, par exemple, les articles 26(3), 53(2)(c), 54(2), (5) et (6), 57 et suivants).

2. L'article 26 établit le droit des parties de contribuer à la détermination des règles de droit applicables au litige. Il est donc clair que le droit des parties est sérieusement considéré comme un élément essentiel du droit à être entendu (voir les articles 11 et 12). Les parties devraient donc exposer leurs moyens de droit à l'appui de leur demande ou de leur défense (voir l'article 53(2)) ainsi que leurs observations sur le droit applicable. L'article 26 ne prescrit pas d'obligation expresse pour le juge d'entendre les parties sur les moyens de droit à l'appui de leurs prétentions car cela pourrait être une obligation du juge trop étendue pour les systèmes juridiques européens qui ont des traditions contraires établies de longue date. Cependant, en raison du principe général de coopération entre le juge et la partie (voir les articles 2 à 4) et du devoir du tribunal de ne pas surprendre les parties (voir l'article

26(2) phrase 3), même en l'absence d'une obligation expresse, le juge devra néanmoins s'assurer qu'il agit de concert avec les parties, c'est-à-dire qu'il leur donne tout au moins la possibilité d'être entendues sur la question. Il devrait en outre le faire conformément à l'obligation qui lui incombe de conduire l'instance tant au fond que pour ce qui est de la procédure (voir les articles 2 et 4). Pour une instance efficace, le droit applicable au litige doit être clairement établi. La coopération entre le juge et les parties dans la conduite de l'instance nécessite à la fois de connaître et d'accepter l'analyse du tribunal sur ce point juridique (voir en particulier les articles 3(b), 4 phrases 1 et 3, 47 à 50, 61 à 62 et 64(5) et 92). Ce n'est pas sans raison qu'il est beaucoup plus difficile d'assurer un déroulement efficace de la procédure dans les systèmes procéduraux où les parties présentent leurs prétentions, à savoir les moyens de droit, de fait et de preuve toutes ensembles pour la première fois à l'audience, et où différents juges sont responsables de la mise en état avant l'instance et du procès à proprement parler. L'intention des présentes Règles est de dépasser cette approche et de promouvoir une procédure davantage fondée sur le dialogue au sein des pays européens.

3. L'article 26(2) énonce la responsabilité du juge de déterminer les règles de droit applicables au litige, y compris, le cas échéant, les règles de droit étranger. Cette règle est conforme à la fois au Principe 22.1 des Principes ALI/UNIDROIT et à l'approche adoptée en matière de conflits de lois. Premièrement, il convient de noter que les règles de conflits de lois, qui déterminent l'applicabilité du droit étranger, sont considérées comme relevant du droit interne matériel même s'il s'agit de règles européennes communes à tous les États membres de l'Union européenne ou qui relèvent de contrats internationaux. Comme pour toutes les règles de droit interne, elles sont régies par la première phrase de l'article 26(2) et non par la deuxième phrase de cette disposition. La détermination ultime du contenu des règles de droit étranger a toujours été la responsabilité du juge, et ce dans toutes les cultures juridiques. Ce n'est pas là quelque chose de nouveau et ce n'est pas dans ce sens que la référence de l'article 26(2) au droit étranger doit être interprétée. En revanche, il peut sembler assez nouveau de traiter de façon plus ou moins égale les règles de droit national et les règles de droit étranger que le juge déterminera comme applicables au litige. Cette égalité de traitement est la conséquence de l'équilibre établi par les présentes Règles entre les activités du juge et celles des parties pour ce qui est de la détermination des règles de droit applicables au litige.

Dans les affaires nationales, en vertu de l'article 26(2), il appartient à la cour de prendre connaissance de toute loi, codification ou jurisprudence, et d'appliquer la loi aux faits spécifiques des demandes de réparation dans chaque procédure. Pour ce faire, les juges doivent disposer de ce droit et des commentaires pertinents. Dans de rares cas, lorsqu'une partie du droit interne est particulièrement spécialisée ou obscure, la cour peut désigner un expert pour l'aider à clarifier sa compréhension du droit (voir l'article 120(1)). En outre, lorsque le droit est incertain ou peu clair, les parties peuvent soumettre des preuves fournies par des experts qu'elles ont désignés (voir l'article 119). La même approche peut être adoptée à l'égard du droit étranger, bien que la question puisse être compliquée du fait que le droit est rédigé dans une langue étrangère avec laquelle le tribunal peut ne pas être familier. Dans certains cas, cependant, un ou plusieurs juges d'une juridiction peuvent être familiers avec la langue ou le droit de l'autre juridiction, en particulier lorsque, par exemple, il s'agit de la langue ou du droit d'un État européen voisin ou lorsque la juridiction emploie des organes judiciaires spécifiques pour les affaires transnationales ou possède une juridiction transnationale spécifique. Lorsque, toutefois, la juridiction ne dispose pas des compétences linguistiques ou des connaissances juridiques nécessaires, elle peut désigner un témoin expert, ou inviter les parties à le faire, afin de lui fournir les informations nécessaires (voir les articles 119 et 120). En outre, bien que cela ne suffise pas toujours, la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger (du 7 juin 1968, Conseil de l'Europe, Série des traités européens n° 62) facilite l'information sur le droit étranger en Europe. Lorsqu'il examine le droit applicable correcte, le tribunal doit donner aux parties la possibilité d'être entendues sur la question avant de la trancher (voir la troisième phrase de l'article 26(2)).

Dans certaines cultures juridiques européennes, les tribunaux ont élaboré des règles spéciales dans les cas où le contenu du droit étranger restait ouvert à l'interprétation. Plutôt que de développer leur propre interprétation du droit étranger ou d'élaborer leur propre jurisprudence en la matière, ils ont appliqué

des règles issues de cultures juridiques voisines ou des règles communes à la famille juridique du droit étranger. Dans les cas où ces approches ne donnent pas de résultats satisfaisants, certaines juridictions ont choisi de traiter ces questions sur la base de la loi du for, bien que certaines ne le fassent qu'avec le consentement des parties. Le consentement peut également déterminer l'applicabilité d'un autre droit étranger adapté au cas des parties (voir paragraphe 4, ci-dessous). Ces règles font partie du droit matériel des conflits de lois et ne sont donc pas affectées par la compétence d'un tribunal pour déterminer le contenu du droit étranger applicable selon l'article 26(2) et doivent donc être prises en considération par le tribunal pour déterminer l'applicabilité du droit étranger.

La différence relative entre les techniques de détermination du droit interne et du droit étranger a été la principale raison pour laquelle les présentes Règles modifient, dans la mesure où c'est le cas, l'approche adoptée dans les Principes ALI/UNIDROIT sur la question de la responsabilité du tribunal pour déterminer le fondement juridique correct des demandes de réparation dans une procédure.

4. En raison de la nécessité de faire appel à un expert pour rapporter au juge la preuve du contenu du droit étranger applicable, presque toutes les cultures juridiques considèrent que ces questions relèvent des faits. Par conséquent, le droit de la preuve s'appliquera, bien qu'il soit généralement admis que le contenu du droit étranger est probablement un type particulier de faits, avec des caractéristiques et des particularités procédurales propres. Par conséquent, dans tout recours contre des conclusions concernant le contenu du droit étranger, la juridiction d'appel doit appliquer les règles applicables à l'établissement des faits dans les procédures de recours (voir les articles 168, 169 et 172(1)(b) et (2)). Une application non conforme du droit étranger ne constitue pas en soi un moyen de droit pour fonder un recours dans la plupart des systèmes procéduraux du monde entier. Les appelants devraient contester les erreurs de procédure en matière d'établissement des faits concernant le contenu du droit étranger. Dans la pratique, le fait de classer le droit étranger comme une question de fait joue un rôle limité dans la décision d'appel. En effet, le juge d'appel examine cette question au regard du résultat de l'application du droit étranger. S'il n'est pas convaincu de son application, il se prononcera sur le processus de l'établissement de la preuve par l'expert et son évaluation par le premier ou le deuxième juge, et il est probable qu'un tel recours soit admis pour des raisons de procédure. S'agissant d'un deuxième niveau de recours, cette fois fondé sur des moyens de droit, la juridiction supérieure pourra renvoyer l'affaire devant la juridiction d'appel pour qu'il soit procédé à une nouvelle expertise tenant compte des motifs de renvoi. Ce traitement particulier des moyens portant sur le contenu du droit étranger dans le cadre d'une procédure d'appel découle du principe selon lequel les juridictions d'appel ne sont généralement pas tenues de procéder à l'administration des preuves, entre autres parce qu'elles ne sont pas préparées pour traiter les dépositions d'experts. Laissant de côté le débat sur la question de savoir si et comment il est justifié que les recours pour ce qui est du droit étranger doivent faire l'objet de procédures d'appel, les présentes Règles visent à souligner la nécessité d'une coopération et d'échanges efficaces entre le juge et les parties en première et deuxième instance, et elles n'entendent pas interférer avec les conceptions traditionnelles qui président aux recours fondés sur des moyens de droit.

5. Pour autant que cela soit permis, l'article 26(3) étend l'application du principe de disposition à la détermination de la loi applicable. Certains systèmes juridiques européens qui appliquent la règle "*iura novit curia*" de manière très stricte adoptent une approche restrictive pour ce qui est de la possibilité pour les parties d'appliquer le principe de disposition au droit applicable. Cela étant dit, même dans de tels systèmes, la question est débattue et les juges acceptent régulièrement la présentation de "faits juridiques" et des conclusions relativement au droit applicable qui ont été acceptées par les parties et qui sont implicitement contenues dans les actes de procédure – ainsi, lorsqu'un "contrat de vente" est présenté comme la base juridique du différend par les deux parties et ni l'une ni l'autre ne soulève de questions sur la manière dont le contrat a été conclu. D'autres cultures juridiques européennes qui appliquent une approche plus pragmatique du principe "*iura novit curia*" ou qui, au moins originellement, ont adopté une conception de la procédure qui laisse plus d'initiative aux parties, sont plus enclines à permettre aux parties de faire usage de leur droit de disposition et désigner le fondement juridique du litige. Cette règle est soumise à l'exception que les parties ne peuvent écarter des

dispositions légales d'application impérative dans l'intérêt public ou l'intérêt de la justice, tel que la protection des consommateurs et des parties en situation comparable qui bénéficient d'une protection procédurale dans les litiges avec des parties plus puissantes. Le choix par les parties des règles de droit peut être limité à des points particuliers du différend, à condition qu'un tel choix soit raisonnablement compatible avec le droit qui sera appliqué aux autres points par le juge en vertu de la règle générale. Il est impératif que les parties informent le juge de leur accord, qui est contraignant, au début de la procédure, afin d'éviter que le juge emploie inutilement du temps et des ressources s'il n'en a pas connaissance. Si elles ne l'ont pas fait avant l'ouverture de la procédure, les parties peuvent déterminer le fondement juridique de leur différend ou de points particuliers auxquels elles entendent limiter la procédure, et le juge sera lié par cette détermination.

6. L'article 26(3) s'applique également aux règles de conflits de lois dans la mesure où de telles règles permettent de désigner un droit étranger comme applicable au litige¹³³. Le droit étranger applicable déterminera les conditions dans lesquelles les parties peuvent disposer de leurs droits en vertu de la présente Règle.

7. L'article 26(3) énonce le droit des parties de limiter l'objet du litige en s'accordant sur le fondement juridique ou sur des points particuliers de la demande en acceptant sa base juridique ou en acceptant de la limiter à des questions spécifiques. Cet accord doit être exprès et liera le juge. Il s'agit là d'un aspect du principe de disposition. Voir également les articles 57 à 60, concernant la base sur laquelle les règles de procédure sont soumises au principe de disposition.

C. Sanctions

Article 27. Nature des sanctions

1) Le juge ne tient pas compte des allégations de fait, des modifications des demandes et des défenses, ainsi que des propositions de preuves présentées au-delà des délais prévus, y compris en cas de modification des demandes et défenses. Cette sanction ne s'applique pas si le juge, ayant connaissance en temps utile du retard auquel une partie était exposée, s'est abstenu de l'inviter à y remédier.

2) En principe, le juge peut poursuivre la procédure et se prononcer sur le fond en l'état des faits et des preuves dont il dispose.

3) Le juge peut tirer toute conséquence de la défaillance d'une partie, la condamner ou condamner son avocat à supporter les frais engendrés par sa défaillance, ou, en cas de manquement grave, prononcer une astreinte, une amende civile, une sanction administrative prévue par la législation nationale, ou condamner la partie fautive pour outrage à la juridiction.

4) Pour déterminer la nature et le montant de l'indemnité ou de l'amende prononcée en vertu du présent article, le juge choisit une des modalités suivantes: une somme forfaitaire, un montant par période de retard ou un montant par manquement. Dans les deux derniers cas, le montant peut être limité à un maximum fixé par le juge.

¹³³ Voir, par exemple, les articles 3, 6(2), 7(3) et 8 du Règlement de Rome I; et l'article 14 du Règlement de Rome II.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 17.

Commentaires:

1. L'article 27 prévoit diverses sanctions possibles à l'encontre des parties et, le cas échéant, de leurs avocats. La liste des sanctions n'est ni exhaustive ni obligatoire. Elle reflète cependant les types de sanctions traditionnellement appliquées dans les systèmes juridiques européens. La mise en œuvre des sanctions est liée à la souveraineté nationale et aux traditions juridiques nationales, le droit national peut donc jouer un rôle important ici. L'article 27 est complété par d'autres règles qui prévoient l'imposition de sanctions contre les parties défaillantes en fonction des différentes nécessités des différentes étapes de la procédure (voir, par exemple, les articles 54(3) et (4), 63(1) et (2) et 64(4)). L'article 27 ne traite pas de sanctions à l'encontre des tiers. Les articles 99, 104, 110 et 122(4) modifient l'article 27 pour autant que nécessaire et approprié pour ce qui est des sanctions à l'encontre de tiers en ce qui concerne l'accès aux preuves et l'obtention des preuves. Les articles 156, 157(3), 159(3), 168 et 178 modifient les sanctions en cas de non-respect en matière de voies de recours. Les articles 190, 191 et 195 modifient les règles relatives aux sanctions s'agissant des mesures provisoires. Les articles 213(2) et 218(1)(a) modifient les règles relatives aux sanctions s'agissant des recours collectifs.

2. Les sanctions doivent être proportionnées (voir l'article 7), et l'article 27 fournit des orientations sur l'application du principe de proportionnalité aux mesures et sanctions qui peuvent être imposées aux parties en cas de non-respect de la procédure. Le manquement le plus courant est le retard dans l'exécution d'une obligation (voir l'article 27(1)). L'exécution tardive peut être constituée lorsqu'une partie ne respecte pas l'obligation générale de conduire la procédure de manière rapide et prudente (voir les articles 2 et 47) ou n'accomplit pas un acte de procédure dans le délai prescrit (voir les articles 49(4) et 50). Une sanction efficace, quoique souvent excessive, pour le retard serait que le juge refuse à la partie défaillante de se fonder sur des faits ou des preuves présentés tardivement ou de lui permettre une modification tardive. Dans ces cas, le juge se prononcera sur le fond en l'état des faits et des preuves qui ont été présentés dans les délais (voir l'article 27(2)). Par exemple, si le défendeur présente trop tard ses moyens de défense, le juge peut statuer sur le fond de la demande sans tenir compte de ces moyens. Selon les cas, une telle approche pourrait être trop sévère, ou bien justifiée par la nature de la défaillance. Il est donc essentiel que le juge s'assure que la sanction est proportionnée à la nature et aux conséquences du manquement. Une sanction peut être proportionnée lorsqu'elle n'entachera pas de façon significative la capacité du juge à se prononcer sur le fond de l'affaire; ou lorsque le manquement est important et a porté atteinte au droit de l'autre partie de bénéficier d'un procès équitable ou à la capacité du juge de conduire la procédure efficacement en termes de ressources et au regard de l'objectif d'une bonne administration de la justice. La proportionnalité de la sanction dépendra nécessairement des circonstances de chaque cas et de ses conséquences pour les parties et le juge. Le cas échéant, le juge peut accepter une exécution tardive et imposer une sanction pécuniaire à la partie défaillante (voir les articles 27(3) et 55).

3. Ne pas tenir compte des allégations de faits, de preuve ou des propositions de modifications de la demande ou des défenses présentées par les parties conformément à leurs obligations procédurales mais de façon tardive, pourrait être une sanction trop grave pour un manquement lorsque celui-ci n'était pas intentionnel ou lorsque la partie défaillante n'avait pas connaissance de son manquement. C'est particulièrement le cas lorsque le juge avait connaissance du retard auquel une partie était exposée, mais s'est abstenu de l'inviter à y remédier. Aussi, l'article 27(1) exclut une telle sanction pour l'exécution tardive lorsque le juge n'a pas veillé au suivi conforme de la procédure par les parties (voir l'article 4 phrase 3). Cette règle découle du principe de coopération entre les parties et le juge (voir les articles 3(b) et (c) et l'article 4 phrases 1 et 3) et du principe de proportionnalité des sanctions (voir l'article 7). Dans le même temps, elle évite de faire subir aux parties des pressions indues pour qu'elles présentent des éléments de fait ou de preuve dont la pertinence pour l'affaire ne serait qu'éventuelle (selon l'approche "eventualiter") et ne devraient donc être présentées que sur instruction du juge dans

le cadre de la conduite de l'instance. Auparavant, et en particulier dans les systèmes juridiques d'Europe continentale, les parties étaient tenues (selon l'approche "*Eventualmaxime*") de faire tout ce qui pouvait être nécessaire à la procédure à un moment précis de l'instance. Ce système démultipliait les actes de procédures des parties, pour une part de façon inutile, engendrant des coûts pour les parties et la juridiction, et faisant obstacle à une administration efficace et rapide de la justice. Cette approche n'est pas consacrée par les présentes Règles compte tenu de l'objectif de garantir une conduite efficace, rapide et proportionnée de l'instance et de veiller à un emploi rationnel des ressources publiques allouées aux tribunaux.

4. La possibilité pour le juge de tirer toute conclusion de la défaillance est traitée à l'article 27(3). Cette forme de sanction peut être particulièrement pertinente en cas de non-respect de l'obligation imposée aux parties de contribuer à l'établissement des faits dans l'intérêt de la partie adverse (voir les articles 25(2), 54(3) et (4), 99 et 110). Cela peut notamment impliquer de considérer les faits comme étant établis, et de cette façon entraîner le rejet, en tout ou en partie, de réclamations, de moyens de défense ou d'allégations. Les systèmes et cultures juridiques européens ont des pratiques différentes à ce sujet. Les systèmes de *common law*, par exemple, permettent l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire pour appliquer de telles conséquences, tandis que les pays d'Europe continentale ont tendance à adopter une approche plus restrictive et ne prennent comme établis que les faits directement touchés par la faute. Il convient de rappeler que dans *Marco Gambazzi* (C-394/07, 2 avril 2009), la Cour européenne de justice, dans une affaire mettant en cause une clause d'ordre public comme motif de refus de reconnaissance et d'exécution, s'est prononcée sur une sanction imposée par une juridiction anglaise, consistant dans l'exclusion du défendeur de la procédure en raison de l'inexécution d'une injonction du tribunal lui interdisant de disposer de ses avoirs et par ailleurs lui enjoignant de divulguer des informations. La CJUE n'a pas tranché l'affaire au fond, estimant qu'il appartient au juge de l'État requis (en l'occurrence, le juge italien) d'établir si "... au terme d'une appréciation globale de la procédure et au vu de l'ensemble des circonstances, il lui apparaît que cette mesure d'exclusion a constitué une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à être entendu". À la suite de ce jugement, la juridiction italienne a estimé qu'en l'espèce les sanctions appliquées par le tribunal anglais n'étaient pas disproportionnées. L'arrêt de la CJUE, rendu sur une question de reconnaissance des jugements étrangers, peut être considéré comme appuyant une conception tolérante des systèmes juridiques européens quant à savoir quelles sanctions peuvent être proportionnées. Toutefois, en ce qui concerne les conséquences de la défaillance, les Règles adoptent une approche plus restrictive, limitant la sanction aux conséquences directes du manquement et à la perspective d'y remédier.

5. Alors que les conséquences tirées de la défaillance ainsi que la condamnation aux dépens (voir l'article 241(2)) sont des sanctions communes à tous les systèmes juridiques européens, d'autres types de sanctions comme l'astreinte, les amendes civiles, les sanctions administratives ou la condamnation pour outrage à la juridiction (article 27(3) et (4)) ne sont utilisées que dans certains pays pour l'inexécution des jugements définitifs en matière civile, tandis que dans d'autres, elles sont utilisées pour faire respecter les obligations procédurales au cours de l'instance. D'autres pays européens limitent l'application de certaines sanctions aux parties à la procédure, excluant leur application à des tiers, et même là, elles ne sont imposées que dans des circonstances exceptionnelles. Les divergences d'approche concernant les sanctions tiennent aux conceptions différentes de l'objet de la procédure civile dans les systèmes juridiques européens. Si l'objectif essentiel de la procédure civile peut être d'assurer le respect des droits privés, l'inconvénient que crée leur violation pour la partie défaillante, à savoir la perte de l'affaire, peut être considéré comme une conséquence défavorable suffisante, en soi une sanction. Si le droit des parties à la vérité et l'intérêt public à assurer une conduite équitable de l'instance par les deux parties sont des éléments également importants de l'objectif de la procédure de tout système juridique, dans certains cas au moins, l'application de sanctions directes pour faute procédurale peut être considérée comme nécessaire. Dans la pratique, une partie affectée par les manquements procéduraux graves de la partie adverse sera rarement protégée par des mesures telles que les conséquences tirées de la défaillance ou la condamnation aux dépens. Ce sera néanmoins le cas par exemple lorsqu'une partie n'est pas en mesure de formuler efficacement sa demande sans avoir

connaissance de faits qui relèvent de la connaissance et du contrôle de l'autre partie.

6. Les Règles laissent le détail des sanctions au droit national. Elles ne fournissent que des orientations générales pour que les sanctions aient des effets appropriés (voir l'article 27(4)). Il appartient au droit national de déterminer la nature exacte des sanctions pécuniaires qui peuvent être infligées aux parties défaillantes, et notamment de déterminer si les sanctions comprennent les amendes civiles ou les astreintes compte tenu du fait que les premières sont payées à la partie adverse et les secondes à l'État. Pour évaluer la sanction à imposer, le juge devrait tenir compte, entre autres, de la gravité de l'affaire et du préjudice causé, de la mesure dans laquelle la partie défaillante a contribué à l'inexécution et de la mesure dans laquelle la conduite était intentionnelle. Au surplus, une faute grave ou d'une extrême gravité, comme la présentation de faux témoignage ou un comportement violent ou menaçant, peut entraîner des sanctions plus graves et une responsabilité pénale. Il est important de souligner qu'une sanction peut être appropriée même lorsque l'inexécution n'était pas intentionnelle.

7. Dans les présentes Règles, les mesures provisoires et conservatoires sont considérées comme une forme spéciale de procédure qui favorise la bonne administration de la justice. Elles ne constituent pas une forme d'exécution anticipée, dans le sens que leur donnent certains systèmes juridiques européens (voir les articles 184 et suivants). Aussi le manquement à ces mesures est-il passible de sanction (voir les articles 27(3) et (4) et 191), et comme pour toutes les sanctions il appartient au juge d'établir la sanction appropriée à appliquer parmi celles qui sont disponibles. Les avances sur paiement sont exclues de cette règle, car une ordonnance en injonction de payer est exécutoire sur les avoirs du défendeur.

8. L'amende civile et l'indemnité prévues à l'article 27(3) et (4), doivent être payées respectivement à l'État et au demandeur. De plus, un défendeur qui ne se conforme pas à une sanction peut être condamné pour outrage à la juridiction ou à une sanction administrative. L'article 195 étend le pouvoir de sanction du juge aux tiers qui ont fait l'objet d'une ordonnance de gel des avoirs.

Article 28. Exonération des sanctions

Lorsqu'une sanction pour non-respect d'une règle ou d'une décision du juge a été prononcée, la partie condamnée peut demander à en être exonérée. Le juge décide discrétionnairement de faire droit à cette demande en tenant compte de la nécessité de poursuivre la procédure conformément aux principes de coopération et de proportionnalité.

Commentaires:

1. L'article 28 prévoit que les sanctions pour non-respect de la procédure par les parties au litige peuvent être modifiées ou révoquées par le juge à la demande de la partie concernée. Le réexamen des sanctions est conforme aux principes de coopération (voir les articles 2 à 4) et de proportionnalité (voir les articles 5 à 8). Voir également l'article 50(3) qui permet au juge de réexaminer, modifier ou rapporter toute décision de mise en état.

2. Le juge n'est pas autorisé à sanctionner une faute ou à modifier et à révoquer des sanctions de sa propre initiative sans donner aux parties une possibilité équitable d'être entendues (voir l'article 11).

3. Les parties concernées par des erreurs de procédure du juge doivent les contester immédiatement afin d'éviter tout risque qu'intervienne une renonciation définitive (voir l'article 178). Les tiers concernés par des décisions de procédure ou des sanctions ont le droit d'intenter un recours (voir l'article 180). Les parties affectées par des sanctions n'ont le droit de former recours que dans des cas particuliers (voir l'article 179(1) et (2)(d)).

PARTIE II – PARTIES

SECTION 1 – Partie générale

Introduction

Cette partie des Règles vise à garantir que la juridiction est effectivement accessible à toutes les personnes qui ont un intérêt légitime à engager ou à défendre une action en justice, c'est-à-dire à faire valoir des droits ou à en obtenir exécution. Les parties à la procédure sont des personnes qui ont la jouissance de droits en vertu du droit matériel (article 29). La capacité des parties d'agir en justice présuppose qu'elles peuvent exercer ces droits en vertu du droit matériel. À défaut de capacité d'agir, les parties doivent être représentées conformément au droit applicable (article 30). Lorsqu'une partie telle qu'une personne morale n'a pas la capacité d'agir, elle doit être représentée par les personnes physiques habilitées à les représenter par le droit applicable (article 31). Les personnes ayant la capacité d'agir en justice doivent introduire la procédure en leur nom personnel, sauf disposition contraire de règles spéciales (article 34). Le contentieux multipartite peut prendre la forme d'un recours collectif dans lequel les membres du groupe ne sont pas des parties ordinaires (voir Partie XI). Une personne autorisée à agir dans l'intérêt public peut être partie principale à la procédure ou y intervenir (article 35).

Le cas échéant, des poursuites peuvent être engagées par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs en tant que parties conjointes au litige (article 36). Le tribunal peut ordonner la jonction d'instances distinctes dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (article 37). L'action doit être engagée conjointement par ou contre les parties lorsqu'il est nécessaire que le jugement les lie toutes dans les mêmes conditions (article 38). Toute personne qui prétend avoir un droit à faire valoir dans le cadre du litige peut intervenir volontairement à l'instance contre une ou plusieurs des parties initiales (article 39). Toute personne ayant un intérêt légitime au succès d'une prétention formée par une partie peut intervenir au soutien de celle-ci (article 40). Une partie peut mettre en cause un tiers si, dans l'hypothèse où selon l'issue de l'instance, un litige pourrait survenir entre cette partie et ce tiers (article 42). Toute personne physique ou morale, ou toute autre entité, peut soumettre au juge, avec son autorisation ou à son invitation, un avis relatif à des questions importantes soulevées dans le litige (article 43). En tout état de cause, le juge permet la substitution ou la succession d'une partie par une autre personne lorsque la loi le requiert ou si cela est nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (article 44).

Article 29. Parties à la procédure

- 1) Les parties à la procédure sont les personnes par lesquelles et contre lesquelles une action en justice est engagée.**
- 2) Toute personne qui a la capacité de jouissance en vertu du droit matériel peut être partie à la procédure.**

Commentaires:

1. Un certain nombre de systèmes juridiques européens ont des règles de base sur la question de savoir qui peut être partie à une procédure juridictionnelle. La conception européenne très répandue adopte une approche formelle en ce qui concerne la définition de "parties". Indépendamment de qui est (en vertu du droit matériel) créancier ou débiteur, une partie est toute personne qui intente une action ou contre qui une action est engagée et qui a la capacité de jouissance en vertu du droit matériel.

2. La capacité d'être demandeur ou défendeur à l'action doit être distinguée de la capacité d'agir en justice (voir l'article 30). Ces deux questions sont presque toujours étroitement liées au droit matériel et reflètent l'idée que la capacité d'être demandeur ou défendeur correspond à la capacité générale, en vertu du droit matériel, d'être titulaire de droits ou d'obligations. Toutes les personnes physiques et morales ont cette capacité, mais elle peut être étendue, par exemple, aux enfants à naître et aux entités qui ne sont pas des personnes morales, telles que les syndicats, les trusts, etc.

3. Pour les situations transfrontalières, il existe une règle spéciale de conflits de lois (voir les articles 45 et 46).

Article 30. Capacité d'agir en justice des personnes physiques

1) La capacité d'agir en justice est l'aptitude à exercer des droits dans le cadre d'une procédure juridictionnelle.

2) Toute personne ayant la capacité d'exercer ses droits et obligations en son propre nom, selon le droit applicable, est considérée comme ayant la capacité d'agir en justice.

3) Toute personne ne pouvant exercer ses droits et obligations en application du paragraphe précédent doit être représentée dans la procédure conformément au droit applicable.

Commentaires:

1. La terminologie utilisée pour désigner la capacité d'agir en justice varie selon les systèmes juridiques européens, par exemple, capacité juridique, capacité procédurale, aptitude à intenter l'action etc., expressions se rapportant toutes au même concept (voir l'article 29, commentaires). L'article 30(2) reflète la conception de nombreux systèmes européens, qui se réfère simplement aux solutions du droit matériel concernant la capacité d'agir en son propre nom.

2. L'expression "aptitude à exercer des droits" fait souvent référence à la capacité de conclure des contrats. Certains pays européens ont cependant des règles différentes pour ce qui est de la capacité de conclure des contrats et la responsabilité en matière extra-contractuelle en fonction de l'âge des personnes et de leur aptitude à appréhender les conséquences juridiques de leurs actes. Aussi l'article 30(2) adopte-t-il un libellé général, selon lequel la capacité est déterminée par le droit matériel applicable.

3. Les personnes qui n'ont pas la pleine capacité en vertu du droit matériel applicable, même si elles sont parties à la procédure, ne peuvent pas conduire la procédure en leur propre nom. Elles doivent être représentées à la procédure par leur représentant légal (voir l'article 31), qui ne doit pas être confondu avec l'avocat agissant dans le cadre du litige sur la base d'une procuration ou d'un mandat.

4. Le "droit applicable" au sens de l'article 30(3) peut être une loi matérielle ou une règle de procédure, mais il ne se réfère pas au droit applicable au sens des règles de conflits de lois. Les règles applicables aux situations transfrontalières sont énoncées aux articles 45 et suivants.

Article 31. Représentation des personnes morales et autres entités

Les personnes physiques habilitées à représenter une personne morale ou toute autre entité exercent les droits de celle-ci conformément au droit applicable.

Commentaires:

1. Conformément à l'article 29(2), la capacité d'agir en justice concerne les personnes physiques et les morales ainsi que d'autres entités, si, en vertu du droit applicable, une telle entité a la jouissance de droits. L'article 31 fournit une règle sur la représentation, qui s'applique aussi aux "autres entités", par exemple les trusts, les partenariats ou les associations non constituées en société.
2. À l'avenir, l'article 31 pourrait également s'appliquer à des entités techniques, comme les robots ou l'intelligence artificielle, en tant qu'"autres entités" si elles ont la capacité juridique en vertu du droit matériel.

Article 32. Preuve du pouvoir de représentation

À tout moment de la procédure, le juge peut demander au représentant d'établir l'existence et l'étendue de son pouvoir.

Commentaires:

1. Lorsque le juge doute du pouvoir d'un représentant pour représenter une partie ou de l'étendue de son pouvoir, ou lorsque l'une des parties conteste l'existence ou l'étendue du pouvoir, le juge peut demander que celui-ci soit établi. L'article 32 complète le principe général énoncé à l'article 33, mais il ne s'applique qu'à la représentation prévue à l'article 31. Dès lors, il ne s'applique pas à la représentation par un avocat.
2. L'étendue du pouvoir pour représenter une partie n'est pas définie dans les présentes Règles, car elle est déterminée par le droit matériel.

Article 33. Pouvoir d'office du juge

À tout moment de la procédure, le juge peut s'assurer d'office du respect des articles 29 à 31 et prendre toute mesure nécessaire à cet effet.

Commentaires:

1. Les systèmes juridiques européens ont des conceptions différentes du contrôle des conditions de la recevabilité de l'action (voir l'article 133 sur la recevabilité). Cependant les conditions énoncées aux articles 29 à 31 sont d'une importance telle en toute circonstance, en particulier en ce qui concerne la protection des parties qui n'ont pas la capacité d'agir en justice, que le juge devrait veiller d'office à ce que les conditions de ces règles sont respectées (voir également l'article 4, phrase 3). Bien que certains systèmes juridiques européens, tels que la Belgique, interdisent expressément une telle forme de contrôle, c'est une approche qui prévaut largement à travers l'Europe et, dans une certaine mesure, peut légitimement modifier le principe général de la libre disposition des parties.
2. L'article 33 donne également au juge un large pouvoir discrétionnaire pour prendre toute mesure nécessaire pour protéger, par exemple, une partie qui n'a pas la capacité pour agir et qui n'a pas de représentant (article 30(3)). Dans une telle situation, le juge peut nommer un représentant ou prendre d'autres mesures pour garantir la représentation. Il peut suspendre la procédure jusqu'à la nomination d'un représentant.

Article 34. Personnes qualifiées pour introduire une action

Les personnes ayant la capacité d'exercer une action en justice introduisent la procédure en leur nom personnel afin d'assurer la défense de leurs intérêts propres, à moins que les présentes Règles ou le droit applicable n'en disposent autrement.

Commentaires:

1. La règle selon laquelle un demandeur ne peut introduire la procédure que sur la base de ses propres droits matériels est un principe fondamental dans de nombreux codes de procédure civile européens, même si souvent ils ne contiennent pas de règle expresse à cet effet. Il peut y avoir des cas dans lesquels le droit procédural ou matériel peut exceptionnellement permettre à une personne d'intenter une action en son nom même si elle se fonde sur le droit d'une autre personne. Dans les présentes Règles, les dispositions relatives aux recours collectifs prévoient une exception au principe énoncé dans cet article (voir les articles 205-206 sur les injonctions d'intérêt collectif, et les articles 207 et suivants sur les recours collectifs). En outre, par exemple, le droit des assurances, le droit du trust ou les règles de droit matériel autorisant les actions dérivées ou la subrogation peuvent prévoir des exceptions semblables.

2. Lorsque la procédure est introduite par une personne autre que le titulaire du droit en vertu d'un accord, les conditions de recevabilité varient selon les systèmes juridiques européens. Certains exigent que le demandeur ait un intérêt juridique ou au moins un intérêt économique substantiel pour intenter une action dans l'intérêt de l'autre personne. Bien que de telles questions puissent être laissées au droit matériel, il est généralement nécessaire de veiller à ce que des garanties soient en place pour empêcher des abus, consistant en ce que le titulaire d'un droit donne pouvoir pour agir à une autre personne qui n'aurait pas les ressources financières suffisantes pour faire face aux frais de la procédure le cas échéant. Les articles 3(e) et 133(e) peuvent s'appliquer pour empêcher de tels abus. En outre, les Règles concernant le refus de l'assistance judiciaire (article 244(1) et les sanctions à l'encontre des avocats (article 27(3) et (4), peuvent également trouver à s'appliquer dans ce contexte.

Article 35. Défense de l'intérêt public

Une personne autorisée par la loi à agir dans l'intérêt public peut être partie principale à la procédure ou y intervenir.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 13.

Commentaires:

1. Selon la tradition de certains systèmes juridiques européens, le procureur ou des autorités de régulation peuvent intervenir dans l'instance juridictionnelle pour protéger un intérêt public concerné. Cela s'applique souvent dans les procédures familiales, qui sont en dehors du champ d'application des présentes Règles, mais peut également s'appliquer à l'instance civile, par exemple s'agissant de demandes d'indemnisation fondées sur une loi antitrust. Il est également très fréquent que les questions de droit soulevées dans des procédures de recours présentent un intérêt public général. Dans ces cas, il peut s'avérer nécessaire qu'un représentant de l'intérêt public intervienne comme partie jointe à la procédure permettant ainsi que la juridiction de recours rende un jugement définitif. Cela est particulièrement important lorsque les parties à la procédure renoncent à former recours.

2. Plus généralement, l'intervention peut être autorisée afin de permettre de soulever correctement des questions d'intérêt public à l'instance. La mesure dans laquelle cette forme d'intervention peut être utilisée dépend des règles de l'Union européenne et du droit de l'État du juge saisi (voir également pour les voies de recours l'article 153, commentaire 2).

SECTION 2 – Dispositions particulières

A. Pluralité de parties

1. *Litis consortium*

Article 36. Jonction d'actions

1) Une action en justice peut être engagée par plusieurs demandeurs ou contre plusieurs défendeurs si:

a) il existe un lien suffisant entre ces demandes, et

b) le juge est compétent à l'égard de toutes les parties.

2) Le juge peut ordonner la disjonction des demandes dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

3) Chacun des litisconsorts agit pour son propre compte. Les actes accomplis par l'un des litisconsorts ou ses omissions ne profitent ni ne nuisent aux autres.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 12.1; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 5.1.

Commentaires:

1. La pluralité des parties – *litisconsortium* – est un concept bien connu en Europe, mais avec de nombreuses différences de terminologie et concernant les conditions de leur mise en œuvre. L'article 36 reflète une conception large. Il s'applique aux procédures "volontaires" dont la condition est un lien suffisant entre les demandes, par opposition aux procédures "obligatoires" (article 38) où le litige est indivisible pour une raison précise. Les parties peuvent joindre leur action lorsque les demandes sont liées en faits ou en droit (lorsqu'il existe "un lien suffisant") ou lorsqu'elles font valoir un droit commun, par exemple, elles sont copropriétaires d'un bien. Lorsqu'un demandeur a des réclamations contre plusieurs défendeurs, ils ne peuvent être assignés dans une seule procédure qu'à condition que les réclamations aient un fondement identique, par exemple un propriétaire poursuivant plusieurs locataires pour le même motif.

2. Toute règle relative à la jonction des instances est strictement liée à la compétence du juge. L'article 36(1)(b) souligne que la jonction n'est possible que si le juge est compétent à l'égard de toutes les demandes et les parties. Il ne crée pas une règle de compétence propre¹³⁴.

3. La principale différence entre la jonction volontaire et la jonction obligatoire des instances réside dans les conséquences procédurales. Dans le premier cas, les demandes restent distinctes et ne sont

¹³⁴ Dans un contexte transfrontalier, l'article 8(1) du Règlement Bruxelles Ibis constitue le fondement de la jonction des instances lorsque les parties sont domiciliées dans des États membres de l'Union européenne différents.

formellement regroupées que pour une audition conjointe ou l'administration des preuves. Chaque partie agit donc pour son propre compte sans que ses effets affectent la procédure en ce qui concerne les litisconsorts. Le juge doit également traiter les litisconsorts séparément et, par exemple, les convoquer individuellement aux audiences. Le *litisconsortium* favorise la bonne administration de l'instance et sert le principe de proportionnalité (voir les articles 5, 6, 37, 49 et 50).

4. L'article 36(1) traite du cas où plusieurs demandeurs engagent ensemble une action ainsi que du cas où un ou plusieurs demandeurs engagent une action contre plusieurs défendeurs. Même si les conditions de l'article 36(2) sont remplies, le juge doit pouvoir traiter ces actions de façon souple. Aussi, cette disposition donne au juge le pouvoir de disjoindre les demandes en des procédures séparées. Pour la jonction d'actions intentées séparément, voir l'article 37. Dans le cas de véritables réclamations de masse, où il y a des centaines ou des milliers de demandeurs ou de nombreux défendeurs, une simple jonction d'instances peut ne pas être un moyen efficace d'administrer les litiges et de traiter les nombreux aspects techniques, par exemple en ce qui concerne la notification ou l'exécution provisoire. Pour ces raisons, ces demandes sont traitées dans la Partie XI.

Article 37. Jonction d'instances

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le juge peut ordonner la jonction de plusieurs instances pendantes devant lui.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 12.5.

Commentaires:

1. Si les parties n'engagent pas à l'origine une unique procédure ou n'attraient pas plusieurs défendeurs conjointement, le juge devrait pouvoir joindre les instances.
2. Les conditions de l'article 36(1) doivent être remplies pour effectuer la jonction d'instances en vertu de l'article 37, et une telle jonction doit être dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.
3. La jonction des procédures pendantes devant différentes juridictions ne doit pas méconnaître les règles de compétence (voir l'article 146(2), commentaire 4).

Article 38. Indivisibilité du litige

1) En cas d'indivisibilité du litige, les actions doivent être exercées conjointement par ou contre les parties.

2) Un acte de procédure accompli par une ou plusieurs des parties produit effet à l'égard des autres.

3) En cas de résolution amiable, désistement ou acquiescement, l'acte ne produit effet que si toutes les parties y consentent.

Commentaires:

1. L'indivisibilité du litige est un concept de procédure qui suit les classifications et qualifications du droit matériel. Lorsque les droits ou les obligations de plusieurs personnes sont si étroitement liés

qu'ils ne peuvent pas être tranchés différemment, ou lorsque des personnes détiennent conjointement un droit et que le juge ne peut donc statuer que sur cette base unique, sa décision s'imposant à tous les demandeurs ou défendeurs, la jonction est nécessaire. On trouve de semblables situations lorsque les demandeurs ne peuvent agir que conjointement en vertu du droit matériel ou lorsque les défendeurs ne peuvent être soumis qu'à une responsabilité conjointe. Si le litige est effectivement indivisible, l'action doit être exercée conjointement par ou contre les parties, faute de quoi l'action sera rejetée.

2. Dans certains systèmes juridiques européens, l'indivisibilité du litige a pour conséquence nécessaire que si l'une des parties ne comparait pas, elle est réputée représentée par le ou les litisconsorts et ne peut donc faire l'objet d'aucun jugement par défaut ¹³⁵. L'article 38(2) et (3) adopte une conception plus large ¹³⁶, selon laquelle tout acte de procédure de l'une des parties produit les mêmes effets à l'égard de tous les litisconsorts, sous réserve des cas prévus à l'article 38(3).

3. Les situations décrites à l'article 38(3) sont exceptionnelles car la résolution amiable, la renonciation ou l'acquiescement par lesquels le défendeur reconnaît la validité de la demande et non pas simplement des faits particuliers, mettront fin totalement ou partiellement à l'instance et aucune décision sur le fond ne sera nécessaire. Aussi tous les litisconsorts doivent-ils participer à la résolution amiable, ou consentir à la renonciation ou à l'acquiescement.

2. Intervention

Article 39. Intervention volontaire à titre principal

En première instance ou avec l'autorisation de la cour en appel, toute personne qui prétend avoir un droit à faire valoir dans le cadre du litige peut intervenir volontairement à l'instance contre une ou plusieurs des parties initiales.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 12.2.

Commentaires:

1. L'intervention volontaire à titre principal est un concept largement accepté, mais dont les conditions de mise en œuvre diffèrent entre les pays européens. L'article 39 est une règle qui renvoie au droit de la juridiction saisie et devrait donc avoir un champ d'application limité. Il permet à un tiers d'intervenir de sa propre initiative dans les cas où il prétend faire valoir un droit en cause dans un litige pendant entre des parties. En termes de compétence, le tiers peut bénéficier du fait que la procédure est déjà engagée et qu'il peut poursuivre les deux parties devant le tribunal saisi de l'instance. L'article 39 par exemple autorise un tiers à intervenir à l'instance lorsqu'il prétend être propriétaire d'un bien immobilier que le demandeur et le défendeur prétendent également posséder.

2. L'article 39 présuppose que le tiers a le droit d'intervenir et que l'intervention n'est pas soumise à l'autorisation ou à la discrétion du juge ¹³⁷. Si les conditions d'une telle intervention ne sont pas remplies, toute demande ou procédure introduite par le tiers sera rejetée sur la base des règles générales de procédure.

¹³⁵ Voir par exemple, CPC autrichien § 14; CPC bulgare Sec. 216(2); CPC allemand § 62; CPC grec article 76(4).

¹³⁶ Voir par exemple, CPC grec article 76(3); CPJ suédois Ch.14 § 8(2); CPC fédéral suisse, article 70(2).

¹³⁷ Voir par exemple, CPC belge Sec. 813; CPC bulgare Sec. 225; CPC hongrois Sec. 55, 56; CPJ suédois Ch. 14 § 10).

3. Les systèmes juridiques européens diffèrent en ce qui concerne les conditions de l'intervention volontaire à titre principal et le moment auquel elle peut intervenir dans une procédure d'appel. L'article 39 reflète l'approche largement acceptée selon laquelle l'intervention volontaire, en première instance, est autorisée à tout moment. Si l'intervention était autorisée jusqu'au prononcé du jugement définitif et exécutoire, l'intervenant pourrait voir sa capacité de présenter de nouveaux faits et éléments de preuve limitée selon les systèmes d'appel. Aussi, l'article 39 exige l'autorisation de la cour pour toute intervention volontaire en appel et la cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prendra en considération les avantages d'une telle intervention compte tenu de l'objet de la procédure d'appel (voir les articles 169 et 174).

4. L'intervenant devenant partie à la procédure, les articles 29 à 33 s'appliquent automatiquement dès l'intervention.

Article 40. Intervention volontaire à titre accessoire

1) Toute personne ayant un intérêt légitime au succès d'une prétention formée par une partie peut intervenir à titre accessoire au soutien de celle-ci jusqu'à la clôture des débats.

2) L'intervenant au soutien d'une partie ne peut s'opposer aux actes de procédure déjà effectués. Il peut accomplir tout acte de procédure que la partie principale peut effectuer elle-même, sous réserve qu'il n'entre pas en contradiction avec un acte antérieurement accompli par cette partie.

Commentaires:

1. L'intervention au soutien d'une partie, ou intervention à titre accessoire, existe dans de nombreux systèmes juridiques européens. Il peut s'agir d'une intervention volontaire d'un tiers ou bien d'une intervention forcée résultant de la mise en cause par l'une des parties (voir l'article 42). Sous la forme la plus courante, l'intervention accessoire permet à une personne qui n'était pas initialement partie à la procédure d'intervenir en faveur d'une des parties lorsque le succès de sa prétention dans l'instance en cours affecte les intérêts ou la situation juridique de l'intervenant.

2. Les effets de l'intervention diffèrent considérablement entre les pays européens. En France et dans les pays qui ont adopté le système français¹³⁸, l'intervenant devient partie à l'instance et le jugement s'impose à lui. Toutefois, l'intervention étant accessoire à la demande principale, l'intervenant ne peut participer à une procédure de premier ou deuxième recours que si la partie principale forme elle-même un tel recours. L'intervenant peut néanmoins former appel en son nom propre si le défendeur ne le conteste pas, auquel cas la cour d'appel ne pourra pas rejeter le recours. Dans d'autres pays européens, la cour ne statuera pas sur la prétention de la partie principale à l'encontre de l'intervenant¹³⁹. L'intervenant ne devient pas partie au litige, mais peut agir dans l'intérêt de la partie principale ou même accomplir pour elle des actes de procédure. Néanmoins, un jugement définitif s'imposera au tiers s'agissant d'une intervention forcée (article 42), y compris lorsque le tiers refuse d'intervenir à la procédure. Toutefois cet effet n'est pertinent que dans tout litige ultérieur entre la partie principale et le tiers. Afin d'éviter des règles complexes sur l'effet contraignant d'un jugement entre les parties vis-à-vis des tiers, l'article 42 énonce que le tiers devient partie au litige.

¹³⁸ Voir par exemple, articles 331-333 du CPC français et Sec. 223 du CPC bulgare.

¹³⁹ Voir par exemple, Autriche *OGH verst Senat*, 8.4.1997, 1 Ob 2123/96d (OLG Linz 29.2.1996, 11 R 33/95; LG Wels 12.4. 1995, 1 Cg 291/92), in JBI. 1997, 368; CPC allemand §§ 72-74, 68; CPC hongrois Sec. 58-60; CPC italien articles 106, 167 (2), 272; CPJ suédois Ch. 14 § 12; CPC fédéral suisse articles 80, 77.

3. Certains systèmes juridiques européens, tels que l'Allemagne, la Belgique ou la France, autorisent l'intervention volontaire accessoire à tout moment jusqu'à la fin de l'instance et l'intervenant prend l'affaire en l'état. Cela approche est reflétée comme principe général dans l'article 40(1). Étant donné que le juge doit statuer sur la demande d'intervention (article 41), il peut évaluer les avantages et les inconvénients d'une telle intervention dans une procédure d'appel.

4. Il est aussi généralement admis qu'un intervenant non seulement doit accepter la situation procédurale en l'état au moment de son intervention, mais qu'il ne peut agir en contradiction avec des actes antérieurement accomplis par la partie principale. Il ne peut donc agir qu'au soutien de la partie, et n'est pas autorisé à accomplir des actes de procédure incompatibles ou contradictoires avec ceux de la partie principale ¹⁴⁰.

Article 41. Notification d'une intervention volontaire

1) Toute personne souhaitant intervenir à l'instance en application des articles précédents doit en présenter la demande au juge. Cette demande indique le fondement sur lequel elle est formée et elle doit être notifiée aux parties initiales.

2) Les parties sont entendues à propos de la demande d'intervention présentée. Le juge peut ordonner la comparution à l'audience du demandeur à l'intervention et des parties initiales.

3) Sauf décision contraire du juge, la demande d'intervention volontaire ne suspend pas l'instance.

Commentaires:

1. L'article 41 ne s'applique à l'article 39 que dans la mesure où une autorisation est nécessaire pour une intervention principale dans l'instance d'appel. Il ne s'applique pas à une intervention principale dans une procédure en suspens en première instance.

2. Il est largement admis que l'intervention en faveur de l'une des parties nécessite une autorisation du juge. Une demande formelle à cet effet est donc nécessaire et elle doit être notifiée formellement aux parties. Le juge devrait entendre les parties avant de se prononcer sur la demande d'intervention (article 41(2)). Si les conditions énoncées à l'article 40(1) ne sont pas remplies, le juge ne devrait pas autoriser l'intervention. En cas de différend sur la recevabilité de la demande d'intervention, l'instance ne devrait pas être retardée et le juge pourrait poursuivre la procédure afin d'éviter qu'une telle demande soit faite de manière abusive (article 41(3)).

3. Les articles 40 et 41 reprennent le principe selon lequel l'intervenant devient une partie à l'instance de sorte que la décision statuant sur la demande dont il fait l'objet est susceptible de passer en force de chose jugée. Par conséquent, la notification de la demande en intervention forcée (article 42) doit satisfaire aux exigences d'un acte introductif d'instance et une notification formelle est donc nécessaire.

Article 42. Intervention forcée

1) Une partie peut mettre en cause un tiers si, dans l'hypothèse où sa demande serait jugée mal fondée ou ses moyens de défense rejetés, un litige pourrait survenir entre cette partie et ce tiers.

¹⁴⁰ Voir par exemple, CPC allemand § 67; CPC grec, article 82; CPC fédéral suisse, article 76 [2].

- 2) Le tiers mis en cause conformément au paragraphe précédent devient partie à l'instance, à moins que le juge, sur la demande qui lui est faite, n'en décide autrement.**
- 3) La notification de la demande en intervention forcée expose l'objet du litige et les raisons justifiant cette intervention.**

Commentaires:

1. L'article 42(1) énonce les conditions de l'intervention forcée d'un tiers. Il faut que la partie établisse qu'un litige pourrait survenir avec ce tiers si sa prétention était rejetée dans l'instance en cours. Par exemple, dans un litige entre le vendeur d'un véhicule et l'acheteur alléguant qu'il est défectueux, le vendeur pourrait avoir un recours contre le fabricant de l'automobile s'il est tenu responsable dans le litige avec l'acheteur. Le vendeur pourrait donc mettre en cause le fabricant. Le rejet de la demande ou des moyens de défense au sens de l'article 42(1) peut être partiel ou total.
2. Selon l'article 42, le tiers mis en cause devient partie à l'instance, de sorte que la décision statuant sur la demande dont il fait l'objet est susceptible de passer en force de chose jugée. Par conséquent, la notification de la demande en intervention forcée doit satisfaire aux exigences d'un acte introductif d'instance et une notification formelle est donc nécessaire.
3. L'article 42 pourrait entraîner la modification des règles de compétence existantes, matière qui n'est pas traitée par les présentes Règles. Si le tiers devient une partie à l'instance en cours, généralement en tant que défendeur, que le juge saisi soit compétent ou non relativement à une action contre le tiers en vertu des règles de compétence applicables, l'intervention forcée aurait des effets très larges non couverts par l'article 42, sauf à ajouter une règle de clarification sur la compétence telle que celle énoncée à l'article 8(2) du Règlement Bruxelles Ibis. En revanche, dans le système français, le tiers ne pourra pas décliner la compétence du juge, même en invoquant une clause attributive de compétence avec la partie qui l'a mis en cause ¹⁴¹. En l'absence d'une règle traitant de la compétence à l'égard du tiers, le juge doit déclarer irrecevable la demande d'intervention forcée (voir l'article 42(2)).
4. L'article 42 ne permet pas au juge d'inviter les parties à mettre en cause un tiers ou à procéder d'office à une intervention forcée.
5. Voir l'article 54 sur l'application de cette Règle aux défendeurs.

Article 43. Amicus curiae

- 1) Toute personne physique ou morale, ou toute autre entité, peut soumettre au juge, avec son autorisation ou à son invitation, un avis relatif à des questions importantes soulevées dans le litige en cause.**
- 2) Avant d'autoriser ou de solliciter un avis en application du paragraphe précédent, le juge consulte les parties.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 13.

¹⁴¹ Voir l'article 333 du CPC français.

Commentaires:

1. L'article 43 autorise des "entités" à agir comme *amicus curiae*. Les entités comprennent les organisations publiques ou privées non constituées en société, les organisations non gouvernementales et autres groupes d'intérêt, les régulateurs publics et le médiateur.

B. Substitution et succession de parties

Article 44. Substitution et succession

1) En tout état de cause, le juge permet la substitution ou la succession d'une partie par une autre personne lorsque la loi le requiert.

2) En tout état de cause, le juge peut autoriser la substitution ou la succession d'une partie par une autre personne dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

3) À moins que le juge n'en décide autrement, l'instance se poursuit dans l'état où elle se trouvait au moment de la substitution ou de la succession des parties.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 12.3.

Commentaires:

1. L'article 44 couvre deux situations. La première est la substitution volontaire, par exemple lorsqu'un demandeur découvre qu'il a assigné le mauvais défendeur ou lorsqu'un demandeur n'est pas la bonne partie parce que, par exemple, au lieu d'introduire la procédure au nom de l'entreprise, son représentant légal l'a intentée en son propre nom. Dans de nombreux systèmes juridiques européens comme la France ou la Belgique, il n'est pas possible d'opérer la substitution avant le jugement définitif. Lorsqu'une personne n'est pas la bonne partie, le jugement définitif statuera généralement que la procédure a été engagée contre le mauvais défendeur. Dans d'autres pays européens comme l'Allemagne ou le Royaume-Uni, il est possible d'effectuer la substitution d'une partie par la partie appropriée dès que l'erreur est connue. La substitution peut être soumise au consentement des parties ou à l'approbation du juge. Cette approche, qui est celle adoptée ici, réduit les délais et favorise la proportionnalité dans la procédure.

2. La seconde situation couverte par l'article 44(1) est la succession de parties résultant de la cession de la demande, de la cession d'obligations, du décès d'une partie, de la perte de la capacité d'agir en justice ou de l'insolvabilité.

3. Lorsque le droit matériel ou d'autres règles de procédure, comme en matière de droit de l'insolvabilité, exigent la substitution d'une partie, le juge ne peut normalement pas la refuser (article 44(1)). Dans les autres cas, le juge ordonnera que la substitution ait lieu conformément à l'article 44(2). En règle générale, la procédure n'est pas suspendue par la substitution ou la succession, mais le juge pourrait accorder du temps à la partie concernée pour qu'elle prépare sa cause convenablement. Le juge pourra ainsi accorder une prorogation des délais de procédure.

4. La décision du juge relative aux dépens (article 239) doit notamment tenir compte des frais de la partie substituée et de leur remboursement éventuel en fonction des circonstances spécifiques de la procédure (voir généralement l'article 241).

SECTION 3 – Litiges transnationaux

Article 45. Capacité d'une personne étrangère à être partie à la procédure

La capacité d'être partie d'une personne de nationalité étrangère ou d'une personne morale enregistrée en dehors de l'État du juge saisi est vérifiée, pour la première, selon la loi de l'État de sa résidence habituelle ou de sa nationalité et, pour la seconde, selon la loi de l'État de l'enregistrement.

Commentaires:

1. Il est généralement admis que la capacité des étrangers à être partie à une procédure doit être appréciée conformément à la loi du pays de leur nationalité. Lorsqu'un individu a la capacité juridique selon la loi du pays de sa nationalité, il aura la capacité d'être partie à la procédure.

2. Nonobstant l'approche généralement acceptée, l'article 45 adopte le principe de détermination de la capacité juridique qui se trouve largement reflété dans les règles européennes de conflits de lois, à savoir qu'en l'absence de choix des parties, la loi applicable est déterminée par la loi de l'État de la résidence habituelle des personnes concernées et non par celle de l'État de la nationalité¹⁴².

Il est également établi par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que les sociétés immatriculées dans un État membre de l'Union européenne peuvent transférer leur siège sans perdre la capacité juridique, et donc la capacité à être partie à une instance juridictionnelle, dont elle jouit dans son État de constitution. L'article 45 étend cette règle aux personnes qui ont leur résidence habituelle ou qui sont enregistrées en dehors de l'Union européenne.

Article 46. Capacité à agir en justice

1) La capacité à agir en justice d'une personne ne résidant pas dans l'État du juge saisi est vérifiée selon la loi de l'État de sa résidence habituelle ou de sa nationalité.

2) Une personne ne résidant pas dans l'État du juge saisi et qui n'a pas la capacité d'exercer une action en justice selon le droit de sa résidence habituelle ou de sa nationalité mais qui a cette capacité selon le droit du juge saisi, peut agir en justice en son propre nom.

3) La capacité à agir en justice d'une personne morale enregistrée en dehors de l'État du juge saisi est vérifiée selon la loi de l'État de l'enregistrement.

¹⁴² Voir par exemple, les Règlements Rome I and II ainsi que le Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen. Voir également la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le transfert de siège des sociétés au sein de l'Union européenne (Arrêts du 5 novembre 2002, *Überseering* (C-208/00, Recueil 2002 p. I-9919) ECLI:EU:C:2002:632; du 9 mars 1999, *Centros* (C-212/97, Recueil 1999 p. I-1459) ECLI:EU:C:1999:126; et du 30 septembre 2003, *Inspire Art* (C-167/01, Recueil 2003 p. I-10155) ECLI:EU:C:2003:512).

Commentaires:

1. Il est généralement admis que la capacité à agir en justice est en principe régie par la même loi que celle qui détermine la capacité d'être partie à la procédure. Néanmoins, les non-résidents qui n'ont pas la capacité d'agir en justice en vertu de la loi du pays de leur résidence habituelle peuvent toujours agir en leur nom s'ils ont la capacité d'agir dans l'État du juge saisi (voir l'article 30 sur la capacité d'agir en justice).
2. Une association étrangère devrait avoir le même droit d'intenter une action dans l'État du juge saisi qu'une association enregistrée dans cet État, à moins toutefois qu'une autorisation administrative soit requise (voir les articles 204 à 205 et 208 et suivants).

PARTIE III – MISE EN ÉTAT

Article 47. Diligences des parties

Les parties présentent leurs demandes, leurs moyens de défense, leurs allégations factuelles et leurs propositions de preuve le plus tôt et le plus complètement possible, de manière à permettre la conduite diligente de l'instance en vue d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7, 11 et 22.

Commentaires:

1. En règle générale, la responsabilité d'une résolution efficace et rapide du différend est partagée entre le juge et les parties (voir l'article 2). Le juge ne sera pas en mesure de s'acquitter de son obligation générale de conduire l'instance (voir l'article 4) sans la coopération des parties (voir l'article 3(b) et (e)). L'article 47 énonce l'obligation imposée aux parties de coopérer avec le juge, et le contenu de cette obligation.
2. Certains codes européens de procédure civile fixent de courts délais aux différentes étapes procédurales à entreprendre par les parties conformément à leur obligation de conduire la procédure de manière responsable, dans le respect des objectifs de rapidité et d'efficacité. En outre, ils donnent au juge le pouvoir de proroger les délais lorsque cela est approprié, par exemple si une partie n'a pu respecter le délai initialement imparti pour des raisons indépendantes de sa volonté. D'autres codes européens de procédure ont une approche plus souple, prévoyant des délais flexibles qui peuvent être adaptés aux besoins de l'affaire selon les circonstances de l'instance, pour l'accomplissement des obligations procédurales. Dans cette approche, le calendrier de la procédure est généralement considéré comme constituant un élément essentiel de l'office du juge dans sa conduite active de l'instance (voir les articles 2, 4 et 49(4)), et les délais spécifiques sont l'exception plutôt que la règle (voir par exemple, les articles 54(1), 156, 159, 165, 179(3) et 183).
3. L'efficacité d'un calendrier souple de procédure repose sur la diligence des parties à fournir au juge toutes les informations nécessaires et pertinentes les concernant. Pour s'acquitter efficacement de sa responsabilité de conduite de l'instance, le juge doit avoir la coopération des parties, ce qui justifie l'obligation énoncée dans cet article de fournir les informations utiles le plus tôt possible. À cet égard, le devoir de coopération des parties dans le cadre des préliminaires procéduraux avant saisine du juge, avec l'échange d'informations concernant les éléments clés du différend et l'établissement d'un

calendrier possible de la procédure, facilite la communication ultérieure des informations au juge (voir l'article 51).

4. La coopération entre le juge et les parties pour un déroulement efficace de l'instance ne signifie toutefois pas que les parties sont tenues de fournir au juge toutes les informations pertinentes, concernant par exemple les éléments de fait et de preuve, dès le début de la procédure. Pour que la coopération et la conduite de la procédure soient efficaces, le juge et les parties veillent à ce que ces pièces soient présentées à un moment approprié, compte tenu des circonstances de l'affaire, afin que le juge puisse organiser son office dans de bonnes conditions (voir l'article 27, commentaire 3). Par conséquent, et conformément au principe de proportionnalité (voir les articles 5 à 7), il suffirait généralement que les parties communiquent au juge, au stade initial de la procédure, leurs allégations concernant les points de faits et les preuves, pour autant que leur pertinence soit à ce moment raisonnablement claire et prévisible. La coopération entre les parties les oblige à prendre des mesures raisonnables, sans qu'il s'agisse d'une obligation absolue ou stricte. Pour veiller à ce que les parties s'acquittent de leur obligation de coopérer, le juge devrait surveiller leur conduite tout au long de l'instance et vérifier que les parties prennent les mesures qu'il estime nécessaires pour une bonne administration de la procédure (voir les articles 4 phrase 3, 24(1) et (2), 25(3), 26(2) et 48).

Article 48. Vigilance du juge

En tout état de cause, le juge vérifie que les parties et leurs avocats se conforment aux dispositions de l'article 47 et à toute décision prononcée en vertu de l'article 49.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.1, 14, 22.1 et 2.

Commentaires:

1. Les dispositions de l'article 48 doivent être lues conjointement avec les règles générales sur la coopération entre les parties et le juge (voir les articles 2 à 4). Elles traitent également de l'obligation incombant au juge de vérifier que les parties se conforment à leurs obligations (voir l'article 4, phrase 3). L'article 48 vise spécifiquement le devoir des parties d'agir avec diligence en vue d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable (voir l'article 47) et de se conformer aux décisions de mise en état (voir les articles 49 et 50).

2. Le juge est tenu de vérifier que les parties se conforment à leurs obligations procédurales. D'une part, il doit vérifier la manière dont les parties gèrent leurs propres risques procéduraux, comme la présentation de tous les faits pertinents (voir l'article 24(1)), des moyens de preuve suffisants (voir les articles 25(1) et 94) et des moyens de droit (voir l'article 26(1)) afin de convaincre le tribunal du bien-fondé de leur cause. En outre, il doit contrôler si les parties s'acquittent correctement et en temps voulu de leurs obligations, dont le non-respect peut entraîner un certain nombre de conséquences, comme la forclusion (voir les articles 27, 47 et 93) et des sanctions (voir les articles 27(3), 54(3), 88(1)b) et (3), 99(a) et 110), comme le paiement des frais, d'amendes civiles ou astreintes, ou encore la condamnation pour outrage à la juridiction (voir les articles 27(3) et (4), et 99(b)).

3. Le juge ne peut pas sanctionner une partie s'il n'a pas rempli efficacement son rôle de surveillance en s'abstenant d'inviter les parties défaillantes à remédier au non-respect de leurs obligations en vertu des présentes Règles (voir l'article 27(1)).

4. Voir en outre l'article 33, qui établit l'obligation du tribunal de s'assurer du respect des articles 29 à 31 et lui permet de prendre toute mesure nécessaire à cet effet.

Article 49. Mesures de mise en état

Lorsque cela est nécessaire à la bonne administration de la procédure, le juge doit notamment:

- 1) encourager les parties à régler amiablement leur différend, en tout ou partie, et, le cas échéant, à recourir à un mode alternatif de résolution;
- 2) fixer des audiences de mise en état;
- 3) déterminer le type et la forme de la procédure;
- 4) prévoir un calendrier de procédure fixant les délais de procédure imposés aux parties et à leurs avocats;
- 5) limiter le nombre et la longueur de leurs conclusions à venir;
- 6) déterminer l'ordre dans lequel les questions doivent être examinées et si les procédures doivent être jointes ou disjointes;
- 7) identifier les questions préalables de compétence, de prescription, de mesures provisoires susceptibles d'être réglées par une décision anticipée à l'issue d'audiences spécifiques de procédure;
- 8) prendre en compte les questions relatives à la représentation des parties à l'instance, aux conséquences des changements éventuels relatifs à ces parties, ainsi qu'à l'intervention de tiers ou la participation d'autres personnes intéressées;
- 9) prendre en considération les modifications des demandes et des défenses, ainsi que les propositions de preuve, à la lumière des moyens des parties;
- 10) ordonner la comparution des parties ou de leur représentant légal, préalablement informés de toutes les questions se rapportant à la procédure;
- 11) examiner la disponibilité, la recevabilité, la forme, la communication et l'échange des preuves et, le cas échéant,
 - a) statuer sur l'admissibilité des preuves;
 - b) ordonner l'administration de preuves.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7, 22.2 et 14; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 18.

Commentaires:

1. L'article 49 énonce l'obligation générale du juge d'assurer la conduite active de l'instance (article 4, phrase 1), qui fait partie du principe de coopération (articles 2 à 4). Certains codes de procédure des systèmes juridiques européens ne précisent pas les moyens par lesquels le juge conduit l'instance, et se limitent à énoncer cette fonction dans une règle générale. À l'heure actuelle, il existe cependant une forte tendance législative à énumérer les moyens par lesquels le juge met l'affaire en état, l'expérience sous l'angle historique et comparatif montrant qu'il peut être utile de rappeler au juge l'étendue de ses pouvoirs, compétences et fonctions, et de l'aider dans l'organisation de la procédure afin qu'il assure un degré approprié de contrôle de l'instance et prenne les mesures de nature à guider les parties dans

le bon déroulement du litige ¹⁴³.

2. Traditionnellement, la théorie de la procédure continentale fait la distinction entre les aspects d'organisation ou procéduraux de l'instance et sa dimension matérielle ou substantielle (voir l'article 24). Les premiers comprennent la détermination et suivi du calendrier et des étapes de la procédure, tandis que la seconde implique la vérification par le juge de la pertinence des faits et des moyens de preuve pour la cause des parties, y compris des orientations visant à mettre les parties à l'abri de manquements dans la présentation de leurs moyens. Aujourd'hui, la mise en l'état des aspects organisationnels ou procéduraux est un point commun à toutes les cultures procédurales européennes, soit qu'elles laissent traditionnellement au juge le rôle prépondérant dans le déroulement de la procédure soit qu'elles reconnaissent ce rôle aux parties. En revanche, des différences existent toujours en ce qui concerne la conduite matérielle ou substantielle de l'instance. Dans certains systèmes juridiques européens, elle est une obligation stricte, tandis que dans d'autres, elle est considérée comme relevant du pouvoir discrétionnaire du juge, et qui l'exerce de façon flexible. D'autres pays suivent une conception mixte combinant obligations strictes et mesures discrétionnaires. D'autres encore, comme les systèmes de *common law*, ne reconnaissent pas la conduite matérielle ou substantielle de l'instance. Les Règles adoptent la troisième solution mixte, certains pouvoirs d'administration de la procédure relevant des devoirs impératifs du juge qui doit s'y conformer, d'autres étant laissés à la discrétion du juge.

3. Si les différences d'approches sont mises en lumière par l'analyse théorique, dans la pratique une telle différenciation nette n'est ni possible ni particulièrement utile. Les aspects organisationnels et les questions substantielles sont interdépendants et la conduite de l'instance concerne les uns comme les autres. Cela tient simplement au fait qu'une organisation efficace de la procédure n'est possible que si le juge comprend les questions de fond en cause sur la base de la communication avec les parties. Par conséquent, l'article 49 n'énumère pas les mesures de mise en état selon qu'elles peuvent être classées comme étant organisationnelles ou substantielles. Plutôt, il les présente dans l'ordre dans lequel elles pourraient être envisagées lors des différentes étapes de la procédure. Il va de soi que l'ordre ici suggéré pourrait être conçu différemment.

4. Toutes les mesures de mise en état trouvent des développements correspondants dans d'autres Règles qui en précisent les modalités. Les commentaires qui suivent visent à donner un aperçu des principales règles qui correspondent à chacune des mesures mentionnées.

(i) Efforts de résolution amiable: articles 3(a), 9, 10, 26(3), 51, 57 et suivants, 141, 241(2), 221 et suivants, 229 et suivants.

(ii) Auditions de mise en état: articles 61, 65(3), 66(2) et 178(2).

(iii) Type et forme de la procédure: certains codes nationaux de procédure civile prévoient différentes voies procédurales adaptées au degré de complexité de l'affaire. Le Règlement RPL dans les affaires transnationales contient des règles de procédure spéciales pour les procédures simplifiées, et des formes nationales de procédure de règlement des petits litiges sont toujours en vigueur pour les affaires nationales dans la plupart des États membres de l'Union européenne, ainsi que dans d'autres pays européens. Dans certains pays, les litiges de faible montant sont soumis à des règles de compétence spéciale, auquel cas le type de procédure et la compétence

¹⁴³ Voir, par exemple, en particulier les articles 760 et suivants, 763 à 771 du CPC français qui énumèrent les mesures de mise en état possibles à la disposition du président de l'organe judiciaire et du juge d'instruction; les articles 415 à 429 du CPC espagnol qui énumèrent quasiment tous les moyens disponibles de mise en état applicables lors d'une audition de mise en état initiale; en particulier le paragraphe 273 du CPC allemand; les Règles de procédure civile anglaises, Partie 3, en particulier les Règles 3.1 et 3.1.A, pour des cas complexes, Partie 29 avec Directive de la pratique 29 et pour le tribunal du commerce, Partie 58 avec Directive de la pratique 58; l'article 185 du CPC italien; le CPC autrichien, §§ 180(2), 182, 183, 257, 258; les articles 56, 124 à 127 du CPC suisse; le projet de Règles de procédure de juridiction unifiée du brevet, article 9 et articles 331 et suivants, en particulier les listes aux articles 332 et 334; pour les Pays-Bas, voir en particulier l'article 7.6 des Règles des Chambres internationales du Tribunal régional et de la Cour d'appel d'Amsterdam (NCC).

sont déterminés en même temps (article 49(7)). Les Règles proposent des modèles pour les procédures civiles ordinaires et laissent en principe aux différents pays la détermination des aspects de procédures nationales, par exemple en matière documentaire ou de recouvrement. Cette détermination peut du reste être facilitée par l'utilisation flexible des pouvoirs du juge dans la conduite de l'instance tels qu'ils sont prévus dans les présentes Règles. Celles-ci contiennent toutefois des dispositions se rapportant à des types ou formes particuliers de procédure, quoiqu'en nombre limité. C'est le cas des requêtes conjointes résultant de l'accord des parties (articles 57 à 60 en relation avec l'article 26(3)), des procédures qui donnent lieu à un jugement anticipé définitif (article 65), des procédures sur des questions préliminaires (article 66) qui modifient les Règles généralement applicables, des procédures utilisant des communications électroniques et des vidéoconférences (articles 18(4), 97(3)), ou des recours collectifs (articles 204 et suivants); ces différentes procédures font l'objet de règles spéciales de mise en état (articles 213, 215, 218(1)(e)).

- (iv) Calendrier et délais: articles 61(3), 92(1), 213(2), 215(3), 223(2)(b) et 232(b).
- (v) Limitation du nombre et de la longueur des conclusions: article 5 (proportionnalité) et article 11 (possibilité équitable pour les parties de présenter leur affaire).
- (vi) Ordre des questions à juger: articles 64(5)(a) et 92(1). Articles 36 à 38, 146 sur la jonction des procédures et la disjonction;
- (vii) Identification et séparation des questions préalables de compétence, de prescription et de mesures provisoires: articles 51(3)(c), 65(2)(a), 66(1)(a), 67, 184 et suivants.
- (viii) Représentation des parties: articles 14, 15, 29 à 32, 33, 164 sur les changements relatifs aux parties et articles 39-44 sur la participation de tiers.
- (ix) Modifications des demandes et des défenses ou les propositions de preuve: articles 23(1), 27(1), 55, 59, 63(2), 64(4), 96.
- (x) Comparution et représentation des parties: articles 16(2), 49(10), 64(5)(b), 65(3), 66(2).
- (xi) Disponibilité, recevabilité, forme, communication et échange de preuves: articles 3(c), 25, 51(2)(c), 53(2)(b) et (4), 55(1), 57(3)), 62(2), 63, 64(5)(c), (6) et (7), 88(3), 89 à 96, 97, 100 et suivants, et 111 et suivants.

Article 50. Décisions de mise en état

- 1) D'office ou à la demande des parties, le tribunal peut rendre toute décision de mise en état. Lorsque des décisions sont prises sans consultation préalable des parties ou sur requête de l'une d'elles, les parties qui n'ont pas été entendues peuvent en demander la modification ou la rétractation à l'audience ou par écrit.**
- 2) Si les parties s'accordent sur une mesure de mise en état, le juge ne peut en décider différemment sans motif valable.**
- 3) Le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie, modifier ou rapporter toute décision de mise en état.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.2 et 14; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 18.3, 20, 22.1 et 22.2, 22.4, et 23.

Commentaires:

1. Dans tous les systèmes juridiques européens, le code de procédure prévoit que le juge communique avec les parties par voie d'ordonnances ou de décisions pour une conduite efficace de l'instance conformément aux articles 48 et 49. Pour l'essentiel, ils ne prévoient pas de dispositifs pour prendre, révoquer ou modifier les décisions. Certains codes accordent une importance spécifique au droit des parties d'être entendues avant la prise de toute mesure par le juge. D'autres ne prévoient pas de véritables règles, ce qui peut conduire les juges à de mauvaises pratiques comme prendre des mesures sans avoir communiqué avec les parties à la manière d'un dirigeant d'entreprise ou d'un fonctionnaire agissant dans une économie dirigée. L'article 50 vise à garantir que les décisions de mise en état prévues par les présentes Règles s'effectuent de manière efficace et dans le respect suffisant du droit des parties d'être entendues. Elles doivent être de nature à garantir que la procédure ne soit pas trop compliquée, longue et coûteuse (voir l'article 11).

2. L'article 50 prévoit un mécanisme souple selon lequel le juge peut prendre toute décision de mise en état d'office ou à la demande des parties. La consultation préalable des parties relève de la discrétion du juge. Il en va de même pour la modification ou la révocation des décisions (voir l'article 50(1)). Pour donner effet au droit d'être entendues, les parties qui n'ont pas été entendues peuvent demander la modification ou la rétractation de la décision (voir l'article 50(1) et l'article 11 établissant le droit de répondre à toute décision du juge). La souplesse prévaut à nouveau et le juge pourra déterminer si ces observations doivent être présentées sous une forme orale ou écrite, exerçant son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il accueille la demande d'une partie d'être entendue. L'importance du droit des parties d'être entendues est renforcée à l'article 50(2), qui oblige le juge à justifier son refus de prendre une mesure de mise en état concordée par les parties.

3. De nombreuses règles sont en correspondance avec l'article 50: les articles 48 et 27, 28 sur le contrôle du respect des mesures ordonnées par le juge et les sanctions en cas de non-respect; les articles 92(1) et (3), 99, 102(2), 104, 105(2), 106(2), 107, 110, 120(3), 121(3), 122(3), 126(2) et (4) concernant l'administration des preuves; l'article 178 sur la contestation immédiate des erreurs de procédure par le juge et la renonciation définitive des parties; et les articles 213(2) et (4), 215(3) et (4), 218(2), 219(2), 229 et 232(b) sur des variations spécifiques concernant les ordonnances concernant les recours collectifs.

4. Un problème grave dérivant de certains systèmes nationaux de procédure est la possibilité de former différents types de recours pour les erreurs de procédure devant les juridictions inférieures. D'un côté, la durée de l'instance peut être allongée si le seul recours contre des erreurs graves est l'appel de la décision définitive tranchant l'ensemble du litige. D'un autre côté, la disponibilité de recours immédiats et faciles à mettre en œuvre peut être une source importante de délais inutiles. Les présentes Règles, en principe, ne permettent pas de former des recours séparés contre les décisions statuant sur des erreurs de procédure. Cette règle générale est soumise à un nombre très limité d'exceptions (voir l'article 179). Dans certains cas, l'article 66 et l'article 130(1)(d) permettent qu'une question préliminaire de procédure qui pourrait être passée en chose jugée (voir l'article 148(1)) fasse l'objet d'un recours (voir l'article 153). Il appartient toutefois au juge d'apprécier sur la base de son pouvoir souverain d'appréciation, devant être exercé conformément aux devoirs attachés à son office (voir les articles 4 et 5), s'il y a lieu de statuer séparément sur des questions préliminaires de procédure. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, le juge peut envisager de permettre une procédure de recours faute de quoi son jugement pourrait, dans les circonstances de l'espèce, être déraisonnable. Dans de telles conditions, un manque général d'accès aux recours en cas d'erreurs de procédure ne devrait pas donner lieu à de réels risques d'abus.

5. L'article 50 ne régit pas les droits procéduraux des intervenants ou des tiers qui sont directement affectés par les décisions de mise en état. Des règles spéciales s'appliquent, dans certains cas en référence avec l'article 50. Les intervenants sont par exemple passibles de sanctions s'ils ne se conforment pas au devoir de contribuer à l'administration des preuves (voir l'article 99). Voir également les articles 27 et 28 concernant les moyens en demande et en défense. Les décisions exigeant la

production des preuves (voir les articles 107 et 101) doivent être rendues par le juge conformément à l'article 50, de sorte que toute personne affectée par la décision puisse en demander le réexamen, la modification ou la rétractation (voir l'article 107(4)); les décisions concernant l'administration de la preuve rendues avant le début de la procédure et sans notification ne sont autorisées que dans des cas exceptionnels et les décisions rendues avant le début de la procédure et sans que le juge ait entendu les parties ou les non-parties concernées ne sont généralement pas autorisées (voir l'article 107(2) et (3)). Les intervenants ont, contrairement aux parties, un droit de recours général ayant contesté à temps les erreurs de procédure (voir les articles 178 et 180).

6. Voir l'article 27 sur les sanctions et l'article 48 sur la vigilance du juge.

PARTIE IV – COMMENCEMENT DE LA PROCÉDURE

SECTION 1 – Préliminaires procéduraux avant saisine du juge

Article 51. Devoir de promouvoir une résolution amiable du litige et une conduite efficace de l'instance

1) Avant que la demande ne soit formée, les parties coopèrent afin d'éviter les différends et les coûts inutiles, et de faciliter la résolution amiable du différend ainsi que, en cas d'échec, la conduite appropriée de l'instance ultérieure conformément aux articles 2 à 11 et 47 à 50.

2) Afin de mettre en œuvre le devoir général énoncé au paragraphe précédent, les parties peuvent:

- a) se communiquer mutuellement des informations concises sur leurs demandes ou leurs défenses envisageables;**
- b) clarifier et, dans la mesure du possible, limiter les questions litigieuses de droit et de fait; et**
- c) identifier les éléments de preuve pertinents afin de permettre une évaluation efficace et rapide du bien-fondé de leurs positions respectives.**

3) Les parties peuvent aussi:

- a) envisager un calendrier possible de la procédure;**
- b) estimer le coût potentiel de la procédure;**
- c) examiner les questions relatives à la prescription, à la compétence, aux mesures provisoires et à toute autre question de procédure.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 24.3 et 25.2.

Commentaires:

1. L'article 51 met en œuvre les principes généraux de coopération et de résolution amiable énoncés dans les articles 2, 3 et 9. Les articles 3(a) et 9, qui décrivent le devoir imposé aux parties de s'efforcer de résoudre amiablement le litige, sont des exemples particuliers du principe général de coopération appliqué au devoir de favoriser la résolution équitable, efficace et rapide du différend (voir l'article 2).

2. La Directive sur la médiation civile et commerciale ne fait pas du recours à la médiation une condition impérative pour commencer la procédure judiciaire. Ce n'est ni une obligation expresse, ni même implicite, par exemple par la menace de sanctions pécuniaires si une partie refuse de manière déraisonnable de coopérer dans la recherche d'une résolution amiable. La Directive souligne toutefois que les États membres de l'Union européenne peuvent adopter des mesures pour rendre obligatoire le recours à la médiation avant la procédure judiciaire ¹⁴⁴. Certains États membres l'ont fait, tandis que d'autres pays européens appliquent des sanctions pécuniaires pour encourager les parties à engager une procédure de résolution amiable avant l'instance juridictionnelle. L'initiative la plus avancée concernant la médiation quasi obligatoire est en Angleterre avec le *English Pre-Action Protocols*, qui fournit des indications de bonnes pratiques aux futures parties. Ces indications préconisent aux parties de se fournir mutuellement des informations suffisantes pour faciliter un accord avant la saisine du juge, ce qui, même en cas d'échec, peut favoriser une conduite plus efficace de l'instance après l'ouverture de la procédure. L'article 51 vise à établir un équilibre entre les systèmes dans lesquels la tentative de résolution amiable est obligatoire, et ceux pour qui elle ne l'est pas. À cet effet, il invite les parties à un différend à faire en sorte de préciser les éléments essentiels du différend le plus tôt possible (article 51(1)).

3. Les perspectives de succès de la tentative de résolution amiable au cours de la phase pré-contentieuse dépendra largement de la volonté des parties de se communiquer mutuellement des informations concernant leur vision du différend. L'article 51(2) précise la nature de ces informations, et reflète ce qu'est déjà la meilleure pratique des avocats à travers l'Europe. Les informations visent à clarifier les questions litigieuses de droit et de fait et à identifier les éléments de preuve pertinents. Elles devraient permettre aux parties d'évaluer leur risque de procédure, c'est-à-dire les conséquences d'une issue positive ou négative d'une décision judiciaire au regard des avantages d'un accord amiable. Le non-respect de cette règle de bonne pratique pourrait exposer la partie à des sanctions pécuniaires, et en cas de non-respect systématique, au paiement d'une indemnité à l'autre partie (voir para. 5 ci-dessous).

4. Il n'est pas rare durant la phase de résolution amiable avant saisine du juge que les parties règlent une ou plusieurs questions litigieuses même si elles ne règlent pas l'ensemble du différend (voir l'article 9(4)), ce qui peut favoriser une conduite plus efficace de l'instance ultérieure. Par conséquent, durant cette phase, les parties pourraient également examiner ensemble des questions afférentes au déroulement de la procédure (voir l'article 51(3)), y compris d'ailleurs lorsqu'elles ne parviennent pas à un accord sur les questions qui font l'objet du différend. Les parties peuvent aussi estimer le coût potentiel de la procédure, ce qui pourrait impliquer d'envisager la nature et l'étendue de la preuve, et déterminer si un avis d'expert est requis et le cas échéant qui désigner. Ces mesures peuvent contribuer à promouvoir une conduite efficace et proportionnée de l'instance si les parties ne règlent pas leur différend de façon amiable. Cela peut également les aider à parvenir à un accord sur des questions qui ne sont pas sérieusement contestées. En ce qui concerne l'article 51(3), il doit être lu au regard de l'article 26(3) qui permet aux parties de se mettre d'accord sur des questions de droit non impératif, et des articles 57-60, qui permettent aux parties de limiter la compétence du juge à des questions spécifiques du litige ainsi que de modifier d'un commun accord les règles de procédure soumises au principe de libre disposition des parties.

¹⁴⁴ Article 5(2) de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

5. Le juge peut appliquer des sanctions à la partie ou aux parties qui, par un comportement déraisonnable, n'ont pas coopéré avant l'ouverture de la procédure en refusant de régler à l'amiable leur différend ou des questions y afférentes et qui, de ce fait, ont inutilement soulevé ou maintenu des questions à l'instance (voir l'article 241(2)). Si l'avocat d'une partie n'agit pas conformément à ses devoirs avant l'instance (voir l'article 9(2)), il pourrait devoir rembourser à la partie qu'il représente toute indemnisation à laquelle celle-ci serait condamnée à payer à titre de sanction.

6. Les parties devraient veiller à ce que toute tentative de résolution amiable de leur différend avant l'instance soit proportionnée à la nature du différend (voir les articles 3(a), (b), (e) et 8). Le montant en cause, la nature et la complexité du litige, son importance pour les parties et l'intérêt public pour sa résolution correcte devraient être pris en compte lorsque les parties et leurs avocats tentent de conclure un accord préalable de règlement, fût-il partiel. Les procédures de résolution amiable ne devraient pas engendrer de coûts importants, en particulier dans les litiges de faible valeur. Elles devraient également être conclues dans un délai raisonnable et terminer lorsqu'il devient clair qu'une partie n'est pas disposée à participer raisonnablement au processus. Lorsque les parties ne sont pas représentées par des avocats, la question de savoir si elles ont mis en œuvre des mesures raisonnables pour régler à l'amiable leur différend doit être appréciée en fonction de ce qui est raisonnable pour le profane plutôt que de ce qui serait raisonnable pour une partie qui reçoit des conseils juridiques.

7. Les présentes Règles ne traitent pas de la relation entre les tentatives de résolution amiable en vertu de l'article 51 et un processus de médiation. Aucune règle stricte ne peut être donnée à cet égard. Dans certains cas, la médiation peut précéder la phase préalable à la procédure prévue à l'article 51, et dans d'autres cas, elle peut survenir après la communication des informations requises par l'article 51(2). L'article 51 est cependant principalement axé sur des négociations entre les parties, plutôt que sur un processus de médiation plus formel qui repose sur les orientations d'un tiers partie neutre pour faciliter un règlement du différend, en se basant sur les droits ou sur les intérêts. Les parties et leurs avocats doivent veiller à ne pas dupliquer les méthodes de règlement alternatif des différends au cours de la phase préalable à l'instance.

8. Conformément à l'approche adoptée par les dispositions existantes du droit européen ou national qui suspendent la prescription au cours des négociations de règlement, les mesures législatives devraient prévoir des dispositions similaires applicables, en tout ou en partie, à toute tentative de règlement avant le début des négociations conformément à l'article 51.

SECTION 2 – Demande introductive d'instance

A. Demande unilatérale

Article 52. Présentation de la demande

Afin d'introduire l'instance, le demandeur soumet au juge une déclaration, conformément à l'article 53. La notification doit en être assurée conformément aux dispositions de la Partie VI des présentes Règles.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.1 et 10.1; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 7.1 et 7.2.1, 7.2.3.

Commentaires:

1. L'article 52 phrase 1 met en œuvre le principe de libre disposition des droits des parties dès le début de la procédure (voir l'article 21(1)). Un demandeur peut exercer son droit de disposition au stade le plus précoce de la procédure en se désistant de sa demande, tandis qu'un défendeur peut le faire en acquiesçant à la demande après sa notification (voir l'article 56). La notification (article 52(2)) est un élément essentiel du droit d'être entendu et un fondement de la compétence du juge à l'égard des parties (voir l'article 11). C'est un principe fondamental de la justice.

2. L'article 52 fait référence à l'article 53 qui précise le contenu nécessaire de la demande, ainsi qu'aux articles 68 et suivants concernant les aspects afférents à la notification. Les règles relatives à la notification précisent également les informations à fournir au défendeur concernant les étapes procédurales à suivre pour contester la demande (voir l'article 69), ainsi que les conséquences d'un défaut de comparaître (voir l'article 70). L'emplacement retenu pour ces dispositions parmi les différentes sections des codes de procédure reflète l'ordre qui est préféré dans les systèmes juridiques européens ainsi que dans la législation de l'Union européenne¹⁴⁵ et les conventions internationales traitant de litiges transfrontaliers¹⁴⁶.

Article 53. Contenu de la demande

1) La demande contient nécessairement l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée, la désignation des parties, l'objet de la demande avec un exposé des moyens invoqués à son soutien.

2) La demande doit en outre:

- a) exposer les faits pertinents sur lesquels elle se fonde, en indiquant de manière suffisamment précise les circonstances du litige quant au temps, au lieu, aux personnes et aux événements qui se sont produits;**
- b) décrire avec une précision suffisante les moyens de preuve disponibles proposés au soutien des faits allégués;**
- c) exposer d'une manière suffisante les moyens de droit fondant la demande, y compris de droit étranger, pour permettre au juge d'apprécier le bien-fondé de la demande;**
- d) indiquer l'objet de la demande, ce qui inclut son évaluation chiffrée ou, en l'absence de demande monétaire, ses caractéristiques précises;**
- e) justifier du respect des conditions préalables à l'introduction d'une demande en justice conformément au droit applicable, tel qu'un préliminaire de conciliation ou de médiation, ou des formes particulières de demande.**

¹⁴⁵ Voir par exemple l'article 19 du Règlement 1393/2007 (signification ou notification des actes) et abrogeant le Règlement (CE) no 1348/2000 du Conseil relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale; l'article 17 du Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (Règlement TEE); et l'article 12 du Règlement PEP.

¹⁴⁶ Voir, par exemple, les articles 15 et 16 de la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (Convention HCCH Notification de 1965).

3) Si le demandeur ne se conforme pas pleinement aux exigences du paragraphe précédent, le juge l'invite à régulariser sa demande ou, en présence d'un motif légitime et d'un différend sérieux, à la compléter ultérieurement au cours de la mise en état.

4) Dans la mesure du possible, les moyens de preuve invoqués par le demandeur sont joints à la demande et adressés en copie au défendeur et aux autres parties.

5) Dans sa demande, le demandeur peut solliciter l'accès à des éléments de preuve, détenus, directement ou indirectement, par le défendeur ou par des tiers et susceptibles d'être invoqués à l'appui de ses allégations.

6) Le demandeur peut répondre, dans sa demande, aux moyens de défense du défendeur dont il aurait eu connaissance avant le début de l'instance dans le cadre de préliminaires procéduraux. Dans ce cas, les dispositions de l'article 54 s'appliquent à cette partie de ses écritures.

7) Les dispositions du présent article s'appliquent aux demandes incidentes formées par le demandeur à l'égard de tiers et des autres parties.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.1 à 5.4, 9.2, 11.3, 19.1; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 11 et 12.

Commentaires:

1. Les règles régissant les demandes sont communes à tous les systèmes juridiques européens. Elles se sont développées à l'origine dans la procédure continentale formelle et dans la procédure correspondante devant les cours anglaises statuant en *equity*, puis généralement devant les cours de *common law* à la suite de la réunification des procédures dans les années 1870. Bien que des différences persistent à travers l'Europe, les Règles s'inspirent de l'origine commune des modalités des demandes¹⁴⁷, qui visent à mettre en œuvre de façon concrète les principes régissant la participation du juge et des parties à l'établissement des faits et à la solution au fond du litige (voir les articles 2 à 8, 11, 18 et 21 à 28).

2. L'article 53(1) énonce le contenu nécessaire de la demande: l'indication de la juridiction saisie; la désignation des parties, l'objet de la demande avec un exposé des moyens invoqués à son soutien. Dans certains pays européens, les juridictions rejettent les demandes qui ne satisfont pas à ces mentions minimales obligatoires. Dans d'autres pays, le juge devra d'abord inviter la partie à modifier la forme de la demande, après quoi celle-ci pourra être rejetée si la déclaration n'est pas conforme. Les

¹⁴⁷ Pour les caractéristiques communes prévalentes des modalités des demandes en Europe, voir, par exemple, l'article 53 et suivants, en particulier l'article 56 et aussi les articles 753, 765 ainsi que les articles 4, 6, 8, 9, 11 et suivants du CPC français; les articles 163 et 167 du CPC italien; les articles 399 et suivants, les articles 405 ff et suivants du CPC espagnol; les §§ 253, 130 du CPC allemand; les §§ 226 et suivants, 230, 239 et suivants du CPC autrichien; les articles 221 et suivants du CPC suisse; pour le projet de Règles de procédure de la juridiction unifiée du brevet, Règles 12 et suivantes, Règles 23 et suivantes; pour l'Angleterre, les Règles de procédure civile, Partie 16 et Directive de pratique 16; toutefois, à la différence des codes continentaux, la divulgation mutuelle des preuves peut avoir lieu au cours de la phase précédant la procédure conformément aux protocoles préalables à l'action ou au cours de la phase de divulgation après que les demandes aient été introduites, bien que la production et la désignation de preuves dans les demandes soit obligatoire dans des circonstances particulières (voir, par exemple, Directive de pratique 16 formulaire de demande 4.3 pour des rapports médicaux ou 7.3 pour des accords écrits); pour des modifications dans des affaires ou des procédures complexes de tribunal de commerce, voir les Parties 29 et 58 avec leurs Directives de pratique; pour le Règlement EPL, voir l'article 4 avec le formulaire de demande (Annexe I) et l'article 5 avec le formulaire de réponse (Annexe III).

Règles laissent les modalités de cette question à la pratique nationale.

3. L'article 53(2) énonce des conditions supplémentaires concernant le contenu de la demande. Dans certains systèmes juridiques européens, toutes les mentions prévues à l'article 53(1) et (2) sont obligatoires. Dans d'autres systèmes, la demande ne doit contenir que les éléments énoncés à l'article 53(1), les mentions supplémentaires énoncées à l'article 53(2) étant reportées dans une deuxième déclaration. Les présentes Règles constituent un compromis entre les deux approches. Elles laissent le choix au demandeur, tout en laissant au juge dans le cadre de sa conduite de l'instance, le pouvoir d'ordonner que soient inclus les éléments énoncés à l'article 53(2) (voir l'article 53(3)). Dans la pratique, les deux approches ne sont généralement pas radicalement différentes.

4. L'article 53(2)(a) offre un cas d'application de l'article 24(1). Tous les systèmes juridiques européens imposent l'obligation de présenter des allégations de fait raisonnablement précises pour fonder la demande. Il est de bonne pratique de lier les parties à un compte spécifique, et d'éviter ainsi les affirmations générales qui pourraient être invoquées sans considération réelle ou suffisante de leur vérité. Dans des cas spécifiques, les parties peuvent être autorisées par le juge à fournir des éléments de fait moins détaillés lorsqu'elles peuvent démontrer la présence d'un motif légitime (voir l'article 53(3)).

5. L'article 53(2)(b) correspond à l'article 25(1) et, en parallèle avec l'article 53(2)(a), souligne la nécessité de décrire avec une précision suffisante les moyens de preuve disponibles. Les alinéas (a) et (b) de l'article 53(2) visent tous deux à éviter les "expéditions de pêche" permettant aux parties d'obtenir des informations de la partie adverse ou de tiers sans elles-mêmes disposer de base factuelle suffisamment plausible. Les allégations factuelles très générales et les propositions de preuves dépourvues de toute précision vont fréquemment de pair. Là encore le juge pourra admettre une demande ne répondant pas aux conditions de précision suffisante lorsqu'il existe un motif légitime (voir l'article 53(3)). (Voir également les articles 24, commentaire 2, et 102.)

6. L'article 53(2)(c) se réfère au droit des parties de présenter les moyens de droit à l'appui de leur demande, énoncé de façon générale à l'article 26(1). Cette indication devrait accompagner la demande en temps opportun afin de permettre au juge de déterminer la loi applicable. Elle pourrait toutefois être faite à un moment ultérieur de la procédure, à l'initiative des parties ou à la demande du juge (voir l'article 26, commentaire 2). Il est recommandé aux parties d'exposer d'une manière suffisante leurs moyens de droit, mais ce n'est pas là une condition requise pour la conformité de la demande. En définitive, c'est au juge qu'il revient de faire une application correcte de la loi, mais un demandeur qui ne présenterait pas de façon suffisante ses moyens de droit pourrait manquer l'occasion de convaincre le juge d'une base juridique favorable à sa cause.

7. L'article 53(2)(d) exige que la demande indique l'objet de la procédure. Les bonnes pratiques procédurales exigent que l'objet de la demande soit formulé de façon claire et précise car la demande lie le juge et la portée de toute décision qu'il rend (voir les articles 23(2) et 131(e)). Si l'objet n'est pas clair, la demande peut être rejetée pour défaut de procédure si la partie n'y remédie pas en modifiant la demande après y avoir été invitée par le juge (voir les articles 55(1) et 56(1)). Dans certains cas, le juge peut admettre une demande dépourvue de certaines précisions, par exemple lorsque le demandeur n'est pas en mesure de déterminer dès le début de la demande le montant exact de l'indemnité demandée ou lorsque l'indemnisation relève de l'appréciation du juge. Les détails de ces questions relèvent de la pratique judiciaire nationale.

8. L'article 53(2)(e) exige que la demande justifie du respect des conditions préalables requises par le droit applicable. Ainsi, pour ce qui est de la médiation avant l'instance qui est devenue de plus en plus répandue dans les systèmes juridiques européens depuis 2010, ou encore de procédures formelles particulières préalables à la demande introductive d'instance.

9. L'article 53(3) prévoit des exceptions à l'exigence d'exposer précisément les faits lorsque le demandeur justifie de son incapacité à fournir des informations plus détaillées ou des moyens de preuve particuliers, notamment lorsque d'autres parties ou des tiers avaient connaissance des faits et en

détenaient les preuves (voir l'article 24, commentaire 2 et l'article 53(2)(b), commentaires 4 et 5). Étant donné que la vie moderne est caractérisée par un accès large à l'information et aux preuves, une approche rigoureuse serait problématique pour la capacité des tribunaux à rendre la justice. En trouvant une ligne médiane entre le formalisme de la demande et la connaissance des parties, cet article reflète la position qui prévaut au sein des hautes juridictions nationales en Europe. Elle consiste à permettre au demandeur de formuler des allégations factuelles générales – assorties toutefois de conditions spécifiques – s'il établit que le bien-fondé de la demande est plausible. Le critère est beaucoup moins contraignant que celui qui s'attache aux moyens de preuve *prima facie* dans les procédures européennes continentales, ou au principe *res ipsa loquitur* des juridictions de *common law*. Il ne s'agit pas d'une sorte de preuve, mais seulement d'un premier pas vers la production de preuves. L'absence de clarté et de certitude dans cette formulation qui laisserait la procédure d'établissement des faits à la discrétion du juge a souvent été critiquée comme une manière de soumettre la justice à l'arbitraire judiciaire. En fin de compte, aucune solution ne s'impose comme étant la meilleure. La longue tradition des tribunaux anglais qui distinguent entre les "expéditions de pêche" qui sont interdites, et les mesures de divulgation étendue qui sont autorisées, montre qu'il est impossible d'établir une règle claire déterminant si les allégations factuelles doivent précéder la production des preuves, ou si les preuves doivent être produites à l'appui des faits, la solution dépendant des circonstances. Les Règles ne peuvent pas faire mieux. Elles permettent d'apporter les moyens de fait après avoir établi le bien-fondé plausible des éléments de preuve durant la phase préparatoire souple et l'audition finale (pour la différence d'importance toujours moindre entre la production des preuves et la divulgation, voir l'article 62, commentaires). Aussi en ces cas, le tribunal peut accueillir des demandes visant à la production de catégories de documents ou de données électroniques et non pas de documents ou de données électroniques spécifiés individuellement (voir les articles 53(5) et 102).

10. L'article 53(4) vise à favoriser la communication en temps voulu d'informations au juge et aux parties par l'échange de documents, de données électroniques et autres moyens de preuve mobiles. Il s'agit donc d'une forme de divulgation automatique. Il est en correspondance avec les articles 25(1), 92, 93 phrase 1, 111(3) et 117(1).

11. L'article 53(5) permet au demandeur de solliciter l'accès à des éléments de preuve qui sont détenus, directement ou indirectement, par le défendeur ou par des tiers, dans sa demande introductive d'instance ou dans des actes ultérieurs, dans l'intérêt d'une résolution rapide de l'affaire. Voir également les articles 25(2), 101 et suivants.

12. L'article 53(6) prévoit que le demandeur peut répondre à tout moyen de défense présenté dans le cadre de préliminaires procéduraux, dans la mesure où il le juge raisonnable. L'obligation de répondre aux questions soulevées avant la présentation de la demande introductive d'instance n'existe que dans des circonstances particulières (voir l'article 24, commentaire 5).

13. L'article 53(7) correspond à l'article 42 concernant l'intervention de tiers. Cependant, il ne crée pas un chef de compétence spéciale ou de compétence personnelle, qui n'est d'ailleurs pas prévu par les dispositions spéciales de l'Union européenne ou des droits nationaux; voir par exemple, l'article 8(2) du Règlement Bruxelles Ibis. Les règles de compétence n'entrent pas dans le champ d'application des présentes Règles (voir également l'article 42, commentaires).

Article 54. Conclusions en défense et demande reconventionnelle

1) Le défendeur répond à la demande dans le délai de trente jours à compter de la date de la notification qui lui en été faite. Le cas échéant, le tribunal peut prolonger le délai de réponse par ordonnance de procédure.

2) Les exigences de l'article 53 concernant les mentions requises de la demande s'appliquent aux écritures en défense.

3) L'absence de contestation, explicite ou tacite, d'un fait allégué peut être considérée comme la reconnaissance de ce fait et dispense donc de sa preuve la partie qui l'allègue.

4) Dans ses conclusions en réponse, le défendeur indique les allégations du demandeur qu'il admet ou qu'il conteste. Une allégation contestée est une allégation qui est: ou déniée, ou ni admise ni déniée, ou pour laquelle un autre exposé des faits est invoqué. Lorsque le défendeur ne peut ni admettre ni nier le fait allégué, il doit en indiquer les raisons.

5) Si le défendeur oppose une défense au fond à la demande, il doit alléguer tous les faits suffisants pour permettre au juge d'apprécier le bien-fondé de sa défense, et proposer tout moyen de preuve à l'appui de ses allégations. Les dispositions de l'article 53(2) (a) à (c), (3) et (4) s'appliquent. Le demandeur peut répondre aux moyens de défense au fond.

6) Le défendeur peut former une demande reconventionnelle à l'encontre du demandeur. Le défendeur peut également former une demande incidente à l'encontre d'un codéfendeur ou d'un tiers. L'article 53 s'applique. Les personnes contre lesquelles ces demandes sont formées y répondent conformément aux dispositions précédentes.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.1, 5.4, 5.5, and 11.3 à 11.5; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 5.1 et 5.2, 7. 1, 7.2.1 et 7.2.3, 13.

Commentaires:

1. L'article 54(1) impartit un délai au défendeur pour répondre à la demande. Ce délai peut, le cas échéant, être modifié par le juge (voir également l'article 47, commentaire 2).

2. L'article 54(2) garantit aux parties l'égalité de traitement devant la juridiction (voir l'article 4(2)) en énonçant une règle commune généralement applicable au contenu des écritures des parties (voir l'article 53(2)(a), (b) et (3)).

3. L'article 54(3) précise les effets du défaut de contestation par le défendeur d'un fait allégué par le demandeur. Il prévoit qu'en principe, l'absence de contestation doit être considérée comme une reconnaissance, auquel cas le demandeur n'est pas tenu de prouver le fait allégué (voir également les articles 88(1)(a) et (b) et 93). Cette règle favorise la proportionnalité et réduit le coût et le temps de la procédure car elle permet aux défendeurs de limiter l'objet du différend en choisissant de ne pas contester des questions spécifiques exposées dans la demande. Tandis que certains codes de procédure de pays européens voient cette conséquence au choix du défendeur de ne pas contester une certaine allégation comme nécessaire, d'autres systèmes juridiques européens accordent au juge un pouvoir discrétionnaire concernant l'effet à donner au défaut de contestation. L'article 54(3) montre que les présentes Règles n'ont pas adopté la première approche stricte. Toutefois, le pouvoir qu'il donne au juge ne devrait être exercé que dans des circonstances exceptionnelles. Si une allégation factuelle est manifestement incontestée, l'approche stricte devrait s'appliquer (voir l'article 88(1)(a) et (b)). Si, cependant, l'allégation non contestée repose sur des dispositions légales impératives, ou tient au fait que le défendeur n'a pas présenté ses conclusions à temps, le juge devrait soulever la question avec le demandeur et lui demander de préciser son intention (voir l'article 24, commentaire 3, et l'article 93). Ce n'est qu'alors et après que le défendeur n'a pas cherché à corriger la situation par une modification de ses moyens ou par la présentation tardive de ses conclusions que le juge devra considérer l'allégation comme non contestée.

4. L'article 54(4) indique comment un défendeur doit répondre aux allégations du demandeur. Lorsque des allégations sont contestées, elles peuvent être soit déniées soit donner lieu à l'invocation d'un autre exposé des faits. Si un défendeur nie avoir connaissance du fait allégué et n'est donc pas en mesure de l'admettre ou de le dénier, il doit fournir des raisons convaincantes expliquant son manque de connaissance, afin d'éviter que ne soient tirées des conclusions négatives. Dans certains systèmes juridiques européens, un défendeur ne peut dénier une allégation en invoquant son manque de connaissance du fait allégué que s'il peut démontrer qu'il s'est efforcé d'obtenir des informations concernant l'allégation. Ces détails devraient être laissés à la pratique judiciaire nationale.

5. L'article 54(5) indique comment un défendeur peut répondre aux allégations d'un demandeur en opposant une défense au fond qui laisse les allégations du demandeur incontestées, mais qui expose des moyens en réponse à la prétention du demandeur, visant à la rendre inopérante. Des moyens courants de défense au fond sont: la satisfaction entre-temps de la demande; la compensation; l'incapacité contractuelle du défendeur; l'invalidité du contrat pour fraude; la résolution amiable du litige avant l'ouverture de la procédure, etc. La défense au fond doit respecter les conditions applicables à la demande (article 54(5)). Si le demandeur répond aux moyens de défense au fond (article 54(5)), l'article 54 s'applique en conséquence.

6. L'article 54(6) permet au défendeur de former une demande reconventionnelle à l'encontre du demandeur. Il ne prévoit toutefois aucune règle particulière concernant la compétence juridictionnelle si elle n'est pas déterminée par d'autres dispositions spéciales, telles que l'article 8(3) du Règlement Bruxelles Ibis ou par des dispositions semblables du droit national. Un défendeur peut former une demande incidente, comme peut le faire le demandeur en vertu de l'article 53(7) conformément à l'article 42 (voir l'article 53, commentaire 7).

Article 55. Modifications de la demande initiale

1) Une partie, justifiant d'un motif valable et sous réserve d'en informer les autres parties, peut modifier ses demandes ou ses défenses lorsque la modification n'est pas de nature à retarder excessivement la procédure ou à causer grief aux autres parties. En particulier, les modifications demandées peuvent être justifiées pour tenir compte d'événements postérieurs aux faits allégués dans les actes de procédure antérieurs, de faits nouvellement découverts, d'éléments de preuve qui n'auraient pas pu être antérieurement obtenus avec une diligence raisonnable, ou de nouvelles preuves obtenues lors de la mise en état.

2) La permission de modifier doit être accordée en respectant l'équité de la procédure, ce qui peut conduire, le cas échéant, à une prorogation des délais de procédure ou à une modulation de la charge des frais du procès.

3) La modification est notifiée à la partie adverse qui dispose d'un délai de trente jours pour répondre, sauf tout autre délai fixé par le juge.

4) Toute partie peut requérir du juge qu'il ordonne à une autre partie de mettre ses écritures en conformité avec les exigences des présentes Règles. Cette requête suspend temporairement l'obligation de répondre.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 10.4, 22.2.1, 28.1 et 2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 14 et 18.3.

Commentaires:

1. Les Règles prévoient trois procédures différentes pour effectuer une modification: à la suggestion du juge, qui n'est pas traitée explicitement à l'article 55; à la demande de la partie affectée par la question à laquelle la modification se rapporte, par exemple une modification par le demandeur de sa demande initiale (article 55(1) à (3)); et à la demande d'une partie à la procédure, qui cherche à modifier les écritures d'une autre partie (article 55(4)).

2. La modification des actes de procédure est un aspect essentiel du rôle du juge dans la conduite de l'instance (voir l'article 4 phrase 1). Le juge doit veiller au respect par les parties de leurs devoirs (voir les articles 4 phrase 3, et 48). Les parties doivent également, dans la bonne présentation de leur demande ou de leur défense, s'assurer qu'elles présentent tous les faits pertinents (voir l'article 24(1)), des preuves suffisantes pour convaincre le juge de l'existence des faits nécessaires au succès de leurs prétentions (voir l'article 25(1) et (2)), et faire en sorte de convaincre le juge du bien-fondé de leurs allégations au regard du droit applicable au litige (voir l'article 26). Les parties doivent également se conformer à leurs devoirs de contribuer au règlement rapide du différend (voir les articles 2 et 48), de fournir à la partie adverse un accès approprié aux informations et aux preuves (voir les articles 25(2) et 100 et suivants) et d'agir équitablement et de bonne foi (article 3(e)). Dans ces différents cas, lorsque les parties ne se conforment pas à leurs devoirs, le juge peut suggérer des modifications appropriées pour permettre aux parties de remédier aux manquements et de poursuivre ainsi leur demande ou leur défense à l'instance (voir les articles 24, 25(3), 26(2), 27(1), 33, 49(8) et (9), 53(3) et 96).

3. L'article 55(1) ne s'applique pas aux modifications suggérées par le tribunal. Elle ne s'applique qu'aux modifications demandées par les parties.

4. L'article 55(4) permet aux parties de requérir au juge d'ordonner à une autre partie de modifier des écritures incomplètes ou non conformes. Une telle requête ne pourra porter que sur une non-conformité procédurale particulière, comme des actes de procédure insuffisamment détaillés, et est uniquement destinée à remédier à ce défaut, tandis que la compétence du juge pour ordonner des modifications est beaucoup plus large et comprend toutes sortes de mesures qui sont nécessaires pour faciliter la bonne gestion de l'instance (voir les articles 47 à 50). En conséquence, lorsqu'il ordonne une modification, le juge n'est pas limité par la portée restreinte de l'article 55(4).

5. Les erreurs dans la formulation des actes de procédure sont fréquentes, en particulier dans les cas complexes. Aussi, tous les systèmes juridiques européens offrent aux parties la possibilité de demander de modifier leurs écritures. Ces modifications ne devraient pas être déraisonnables quant à leur portée ou à leur nature, ni entraîner des coûts ou des retards excessifs (article 55(1)). La présente Règle fournit des exemples où un amendement devrait généralement être autorisé, lorsqu'il ne rectifie pas une faute de la partie concernée (comme un oubli, un manquement au devoir général édicté par l'article 47 ou une négligence fautive). Lorsque le juge a constaté un manquement à l'article 47 et ne l'a pas porté à l'attention de la partie à ce moment, cette partie ne peut pas être sanctionnée par la forclusion (article 27(1)).

6. Les dispositions de l'article 55(2) et (3) s'appliquent à tous les types de procédures dans lesquelles un amendement est demandé. Elles visent à protéger les autres parties à la procédure contre tout effet négatif dérivant de la modification. Cette approche est à la fois juste et raisonnable.

Article 56. Désistement et acquiescement à la demande

1) Avec le consentement du ou des défendeurs, le demandeur peut mettre fin à la procédure ou à une partie de celle-ci en se désistant de sa demande en totalité ou en partie. Le désistement unilatéral du demandeur sans le consentement du défendeur n'est autorisé qu'avant la première audience du juge. Dans tous les cas, le désistement emporte soumission de payer l'ensemble des frais de l'instance éteinte, y compris les frais raisonnables à la charge des autres parties.

2) Le défendeur peut mettre fin à la procédure ou à une partie de la procédure en acquiesçant à la demande en totalité ou en partie. Le demandeur peut cependant requérir le prononcé d'un jugement.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 10.5.

Commentaires:

1. L'article 56 développe l'article 21(2) en ce qui concerne le désistement ou l'acquiescement à la demande (voir l'article 21, commentaires 1 et 4). Tous les codes de procédure des pays européens contiennent des règles sur le désistement et l'acquiescement.

2. La plupart des systèmes juridiques distinguent de façon semblable le désistement avec et sans consentement du défendeur, le désistement avant et après la première audience, et traitent pareillement les effets qui s'attachent au préjudice et aux frais. Cela permet d'éviter que les demandeurs et les défendeurs soient traités de manière inégale. Après l'ouverture de la procédure, le défendeur a un intérêt légitime à ce que l'instance soit définitivement tranchée afin de ne pas être exposé ultérieurement à des mêmes demandes renouvelées. De même, l'intérêt public à une bonne administration de la justice justifie des procédures, tout au moins jusqu'à la première audience, qui préservent les ressources judiciaires et qui permettent d'éviter de futures tentatives de former la même demande. Lorsqu'un demandeur se désiste de sa demande, il est généralement tenu de supporter les frais de l'instance et de rembourser les frais encourus par les autres parties. Le juge peut modifier sa décision portant sur les frais lorsqu'un défendeur n'a pas fourni suffisamment d'informations ou généralement n'a pas coopéré pendant la phase préalable à l'ouverture de la procédure (voir les articles 51, commentaire 5, et 241(2)), ou durant la procédure de résolution amiable par les parties.

3. Lorsque le défendeur acquiesce à la demande en totalité ou en partie, la procédure prend fin de façon correspondante. Le demandeur peut cependant requérir le prononcé d'un jugement afin d'avoir un titre exécutoire, notamment lorsque le défendeur ne s'acquitte pas volontairement de ses obligations ou si les parties ne sont pas parvenues à un accord exécutoire faisant suite à l'acquiescement. En principe, le défendeur devra supporter les frais de la procédure si le juge n'en décide pas autrement conformément à l'article 241(2). Cela peut notamment être le cas lorsque l'acquiescement est intervenu à un stade avancé sur la base d'informations qui auraient dû être fournies par le défendeur pendant la phase préalable à l'ouverture de l'instance (voir l'article 51, commentaire 5).

B. Requête conjointe

Article 57. Contenu de la requête conjointe

1) La requête conjointe est l'acte commun aux termes duquel les parties soumettent au tribunal leurs demandes et défenses respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord afin qu'ils soient tranchés par le tribunal et leurs arguments respectifs, ainsi que, le cas échéant, leur accord sur le droit applicable conformément à l'article 26.

2) À peine d'irrecevabilité, la requête conjointe contient:

- a) la désignation des parties;**
- b) la désignation de la juridiction devant laquelle elle est formée;**
- c) l'objet de la demande, ce qui inclut son évaluation chiffrée ou, en l'absence de demande monétaire, ses caractéristiques précises; et**

d) les faits pertinents et les fondements juridiques sur lesquels la demande est formée.

3) La requête conjointe décrit les moyens de preuve invoqués à l'appui des allégations factuelles. Dans la mesure du possible, ces preuves sont jointes à la demande.

4) Elle est datée et signée par les parties.

Commentaires:

1. Les articles 57 à 60 sont la conséquence de l'approche générale adoptée dans les présentes Règles de promouvoir l'initiative des parties afin qu'elles adoptent une attitude active en recherchant une résolution amiable du différend et, lorsque cela n'est pas possible, en s'accordant sur certaines des questions qui sont à la base de leur litige. De cette manière, les Règles en général, et celles-ci en particulier, visent à promouvoir la proportionnalité dans le règlement des différends en favorisant une conduite des parties qui pourrait réduire la fonction décisionnelle du juge aux seules questions qui ne pourraient pas être résolues par l'accord des parties (voir les articles 3(a) et (e), 9(1) et (4), 26(3) et l'article 51). Ainsi les Règles cherchent à économiser les ressources humaines et les coûts, ainsi que les ressources judiciaires (voir les articles 2, 6 et 8).

2. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, le code de procédure civile prévoit des sanctions pécuniaires pour décourager les comportements et les pratiques non coopératifs des parties pendant la phase préalable à l'ouverture de la procédure. Dans certains pays, comme l'Angleterre ou la France, des règles détaillées décrivent les mesures que doivent prendre les parties pour résoudre rapidement des problèmes qui seraient autrement tranchés par le juge. La pratique des tribunaux arbitraux a été marquée au cours des dernières décennies par une tendance croissante à encourager les parties à s'accorder sur le règlement de questions spécifiques en litige, accord qui s'impose au tribunal. En France, le code de procédure civile autorise les parties à former une requête conjointe, qui est une procédure accordée entre les parties qui lie le juge et restreint la compétence de celui-ci aux seules questions sur lesquelles elles sont en désaccord ¹⁴⁸. Cette forme de procédure est caractérisée par une reconnaissance accrue de l'autonomie et de la responsabilité des parties et de leurs avocats. Les présentes Règles, par les articles 57 à 60, permettent aux parties de restreindre l'objet de la procédure aux seules questions vraiment sérieuses sur lesquelles elles restent en désaccord. De cette façon, elles évitent une approche permettant aux parties d'utiliser tactiquement les Règles.

3. L'article 57(1) définit de façon concise l'objet et le contenu matériel d'une requête conjointe; l'accord sur le droit applicable conformément à l'article 26(3); les demandes et les défenses; les questions en litige qui doivent être tranchées par le juge, et les arguments respectifs des parties.

4. L'article 57(2) à (4) énumère les mentions requises d'une requête conjointe. Celles-ci reflètent globalement celles des articles 52 à 54, avec les adaptations nécessaires.

Article 58. Accords connexes

Dans la mesure où les règles de procédure sont à la libre disposition des parties, celles-ci peuvent convenir de toute question de procédure, telle que la compétence du juge, les mesures provisoires et la publicité des audiences. L'article 26(3) est applicable.

¹⁴⁸ Articles 57 et suivants du CPC français.

Commentaire:

L'article 58 énonce que les parties peuvent s'accorder sur des questions de procédure qui sont à la libre disposition des parties. Il ne précise pas comment le juge devra déterminer l'applicabilité du principe de libre disposition. Une question similaire se pose lorsque le juge examine la recevabilité d'une exception procédurale soumise par une partie. En fin de compte, la plupart des systèmes de procédure laissent l'appréciation de la libre disposition des parties à la pratique judiciaire. Aussi, ce n'est que dans des cas particuliers, comme lorsque les parties conviennent de questions de compétence, que la libre disposition des parties peut être soumise à des règles précises ou expresses. Telle est l'approche adoptée par les présentes Règles.

Article 59. Modifications de la requête conjointe

- 1) Les parties ont le droit de modifier leur requête conjointe si cela ne retarde pas déraisonnablement la procédure. En particulier, les modifications peuvent être justifiées pour tenir compte d'événements postérieurs aux faits allégués dans les actes de procédure antérieurs, de faits nouvellement découverts ou de preuves qui n'auraient pas pu être obtenues antérieurement avec une diligence raisonnable.**
- 2) Les modifications ne sont recevables qu'avec l'accord des deux parties.**

Commentaires:

1. L'article 59 adapte la demande de modification, et le droit de modification, aux conditions des requêtes conjointes. Ces conditions sont pour l'essentiel les mêmes que celles de l'article 55(1).
2. Les règles concernant la modification à la suggestion du juge ou à la demande d'une ou de plusieurs autres parties, sont les mêmes que celles énoncées à l'article 55, commentaires 2, 3 et 5.

Article 60. Extinction de l'instance

Avant que l'instance ne s'éteigne par l'effet du jugement, les parties peuvent y mettre fin, en tout ou en partie, par l'effet d'un désistement conjoint, total ou partiel.

Source:

Voir l'article 56(1).

Commentaire:

L'article 60 dispose que seul le désistement conjoint des parties qui avaient présenté une requête conjointe peut mettre fin, en tout ou en partie, à la procédure.

PARTIE V – PROCÉDURE PRÉPARATOIRE À L'AUDIENCE FINALE

Article 61. Audience de procédure en vue de la préparation de l'audience finale et du jugement de l'affaire

- 1) Afin de préparer l'audience finale, le juge peut organiser une audience préliminaire et, au besoin, d'autres audiences au fur et à mesure de la progression de l'affaire.**
- 2) Les audiences de mise en état peuvent être tenues en présence des parties. Le cas échéant, le juge peut procéder par écrit ou utiliser des moyens de communication électroniques.**
- 3) Pendant l'audience de mise en état ou immédiatement après, le juge, après consultation des parties, fixe un calendrier de procédure assorti de délais pour l'accomplissement des charges procédurales des parties, de la date de l'audience finale et de la date éventuelle à laquelle le jugement sera rendu.**
- 4) Dans la mesure du possible, le juge peut fournir aux parties tout avis utile à la préparation de l'audience finale et de la décision. Cet avis peut être donné dès la première audience de mise en état. Les ordonnances de procédure sont rendues pendant l'audience ou immédiatement après.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.2, 9.1, 9.3.1, 9.3.2, et 14; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 18.2.

Commentaires:

1. Le modèle de procédure qui préside aux présentes Règles est fait de trois phases: la phase de procédure écrite, qui est régie par les articles 52 à 60, la phase intermédiaire préparatoire au jugement de l'affaire, qui est régie par les articles 61 à 63, et la phase finale, qui est régie par l'article 64 et prend généralement la forme d'une audience finale concentrée au cours de laquelle les parties présentent les éléments de preuve sur les questions restant à trancher par le juge, et présentent leurs dernières conclusions. Cette structure est suffisamment flexible pour répondre aux exigences des différentes affaires et à leurs besoins procéduraux spécifiques. Très souvent, la procédure peut se conclure par un jugement définitif anticipé sans qu'il soit nécessaire de procéder à une audience finale détaillée et concentrée (voir l'article 65). Dans certains cas, des jugements portant sur des questions préliminaires de procédure ou de questions de droit au fond, peuvent précéder un jugement définitif (voir l'article 66) et, dans des cas urgents, le juge peut ordonner des mesures provisoires avant de rendre un jugement à l'audience finale concentrée (voir l'article 67). Dans les affaires complexes, en règle générale une audience préliminaire ne suffira pas au juge pour remplir son obligation de conduire activement l'instance (voir les articles 4 et 61(1)).

2. Les audiences de mise en état (voir l'article 61(1)) sont prévues dans la procédure civile de la majorité des systèmes juridiques européens. L'obligation de conduire l'instance de façon active et efficace (voir les articles 2 et 4) est reconnue dans toutes les cultures procédurales européennes depuis les années 1980. Elle comprend d'effectuer une programmation et l'établissement d'un calendrier raisonnable de la procédure en consultation avec les parties dès le début de l'affaire. En règle générale, une audience de mise en état devrait avoir lieu après l'échange des demandes et défenses des parties. Si nécessaire, lorsqu'il apparaît au juge que les actes des parties sont incomplets, le juge peut rendre une ordonnance écrite avant l'audience de mise en état afin de suggérer d'éventuelles modifications

(voir les articles 50 et 53(3)). Toutefois, dans les cas complexes ou difficiles, il serait préférable de rendre une telle ordonnance à une audience préliminaire. Les audiences préliminaires de mise en état ne sont cependant pas obligatoires. Dans des cas simples ou de faible valeur, une telle audience pourrait être disproportionnée en termes de coût et de temps pour les parties et le juge. Dans de tels cas, le juge devrait rendre une décision de mise en état afin de permettre aux parties de se préparer pour l'audience finale (voir les articles 50 et 61(2)). Habituellement, toutefois, les audiences devraient se tenir en présence des parties ou, tout au moins, par tout moyen de communication électronique disponible.

3. La structure du modèle procédural des présentes Règles marque un net rejet des procédures discontinues ou fragmentaires comportant de longues suites d'audiences qui entraînent des coûts et des délais inutiles. Dès lors, si les présentes Règles prévoient un pouvoir discrétionnaire du juge de tenir plus d'une audience de mise en état (voir l'article 61(1)), cela ne doit pas être compris comme une invitation à adopter une approche discontinue et fragmentaire de la procédure. La possibilité d'organiser plusieurs audiences de mise en état ne devrait être exercée que dans des circonstances appropriées, telles que des affaires complexes ou en cas de changement imprévu des positions originales des parties au cours de la procédure. Dans de tels cas, de nouvelles audiences de mise en état peuvent être nécessaires pour conduire correctement la procédure.

4. L'article 61(3) décrit la modalité la plus efficace pour organiser la procédure en exigeant du juge, en coopération avec les parties, de déterminer au stade le plus précoce possible de l'instance, le calendrier de procédure et ses moments clés tels que le procès et le jugement. La coopération entre les parties, qui devrait avoir été mise en place dès la phase préalable à l'ouverture de la procédure (voir l'article 51), est une condition nécessaire pour garantir l'efficacité de cette règle. Malgré l'importance d'une mise en état de l'instance à un stade précoce, cela ne sera souvent pas réalisable ni même parfois utile. De même, dans certains cas, le calendrier de procédure peut devoir être révisé au cours de l'instance. Cette règle ne doit donc pas être interprétée comme restreignant en quelque sorte que ce soit le pouvoir du juge de réviser ou de modifier le calendrier soit d'office soit à la demande d'une partie.

5. L'article 61(4) fait partie de l'ensemble des règles relatives à la mise en état de la procédure: les articles 4, 24(1), 25(3), 26(2), 27(1), 48 à 50 et 53(3). L'article 61(4) souligne l'importance, pour la bonne administration de la procédure, que le juge fournisse tout avis utile aux parties et rende des ordonnances de procédure le plus tôt possible.

6. Dans le cadre de la procédure conduite par le juge, la consultation et la coopération avec les parties (voir l'article 61(3)) est d'autant plus importante lorsque les parties forment une requête conjointe ou s'accordent sur certaines modalités de la procédure (voir les articles 57 à 60). Le juge doit s'assurer qu'il comprend pleinement les véritables intentions des parties, et qu'il a la juste mesure des éléments reflétant le consentement des parties à la procédure et de leur volonté de fonder leur future relation sur un processus juridique qui combine des aspects sur lesquels ils concordent et des aspects qui feront l'objet d'un processus contradictoire et d'un jugement.

Article 62. Mesures de mise en état

1) Le juge peut prendre toutes les mesures de mise en état prévues à l'article 49(1), (3) à (6).

2) Les mesures appropriées de divulgation et d'obtention des preuves avant une audience finale sont, en particulier:

- a) la production et l'échange mutuel de pièces;**
- b) les demandes et l'échange de déclarations écrites de témoins;**
- c) la désignation d'un expert judiciaire ou l'organisation d'une conférence entre expert judiciaire et experts désignés par les parties,**

ou entre experts judiciaires;

d) les demandes d'informations auprès de tiers, y compris d'autorités publiques;

e) les vérifications personnelles du juge.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.2, 9.3.3 – 9.3.6; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 18.3.1, 18.3.4 et 18.3.5.

Commentaires:

1. L'article 62(1) en référence avec l'article 49(1) et (3) à (6) traite des mesures de mise en état qui peuvent être prises pendant ou après l'audience de mise en état. Ces règles visent à garantir que le juge prend les mesures d'organisation nécessaires à la conduite efficace des procédures préparatoires, y compris les efforts de résolution amiable, la détermination du type et de la forme des actes en cours, le calendrier de procédure, toute limitation du nombre ou de la durée des conclusions, de la jonction ou de la séparation des procédures, ou de l'ordre dans lequel les questions doivent être jugées.

2. L'article 62(2) traite des mesures de mise en état prévues à l'article 49(9) à (11). Il vise à orienter spécifiquement le juge et les parties vers les questions qui ont la plus grande pertinence au regard d'une organisation efficace de l'audience finale, telles que les mesures appropriées de divulgation et d'obtention des preuves. L'article 62 ne traite pas des autres mesures de mise en état visées à l'article 49(7) et (8) qui peuvent être pertinentes pour la préparation des jugements définitifs anticipés traités à l'article 65, pour les décisions préliminaires de procédure et jugements partiels sur le fond traités à l'article 66, ou pour les mesures provisoires traitées à l'article 67 (voir également l'article 61, commentaire 1).

3. L'article 62(2) ne fait pas de distinction spécifique entre la divulgation et l'obtention de preuves pendant la phase précédant l'audience. Traditionnellement, la divulgation ou la *discovery* se référait à un mécanisme procédural conçu pour informer les parties des faits et éléments de preuve disponibles avant le procès, qu'elles pouvaient produire pour convaincre le tribunal relativement aux faits contestés. La divulgation n'avait pas pour objet de fournir au tribunal des informations mais de fournir aux parties des informations qu'elles pouvaient ensuite choisir de produire comme éléments de preuve. La production des preuves visait, elle, à convaincre le tribunal pendant le procès. Le modèle procédural adopté par les présentes Règles abandonne la nette différenciation entre divulgation ou *discovery* d'une part et production des preuves d'autre part. La phase procédurale préparatoire ne sert pas seulement à informer les parties et à leur permettre de se préparer à l'audience finale, elle est désormais également conçue pour informer le tribunal ou le juge et pour anticiper ou remplacer en partie l'obtention des preuves à l'audience finale. L'article 62(2) énumère en particulier les mesures de divulgation et d'obtention des preuves adaptées à ce double objectif: la production de documents à la partie adverse, à d'autres parties et au juge qui permet, en principe, d'établir les faits de façon incontestable, ou du moins, de limiter le différend à des questions d'interprétation; les déclarations écrites de témoins, de sorte que les parties n'ont pas à citer les témoins pour témoigner oralement et qui élimine ou limite la nécessité d'interroger les témoins lors d'une audition; les rapports d'experts, y compris l'organisation d'une conférence d'experts pour informer les parties et le juge des éléments de preuve, là encore pour établir incontestablement les questions en jeu ou, à tout le moins, pour limiter la nécessité de procéder à l'interrogation des experts lors de l'audience finale; les demandes d'informations auprès de tiers par les parties ou le juge, rendant inutile l'obtention de preuves ou en limitant la portée; les vérifications personnelles du juge pour remplacer la nécessité d'interroger des témoins ou des experts, etc.

L'adoption de ce modèle dans les Règles a été facilitée par la convergence des développements dans ce domaine de la procédure civile dans les systèmes juridiques de *common law* et dans certains systèmes juridiques d'Europe continentale (également voir l'article 97, commentaire 1).

Article 63. Clôture de la mise en état

1) Dès que le juge estime que les deux parties ont pu raisonnablement présenter leurs arguments et qu'il a été en mesure de clarifier les questions litigieuses ainsi que de recueillir toute preuve pertinente conformément à l'article 62(2), il prononce la clôture de la mise en état et renvoie l'affaire à l'audience finale. Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite, sous réserve de ce qui est prévu au paragraphe suivant et à l'article 64(4).

2) Ce n'est que dans des circonstances très exceptionnelles que le juge, de sa propre initiative ou à la demande bien fondée d'une partie, peut autoriser de nouvelles demandes et conclusions.

Commentaires:

1. L'article 63(1) exige qu'il soit formellement mis fin à la mise en état. Il relève du pouvoir discrétionnaire du juge de veiller à ce que lui-même et les parties aient eu le temps et la possibilité de clarifier les allégations de fait et de prendre connaissance des éléments de preuve disponibles dans la mesure du raisonnable afin de se préparer à l'audience finale. Dans ce cadre, le juge devrait considérer si des questions déterminantes pour le bon déroulement de l'instance pourraient être tranchées avant le jugement définitif.

2. La clôture formelle de la mise en état et le renvoi de l'affaire à l'audience finale marque une tradition bien établie commune à tous les systèmes et cultures de procédure bien développés européens. La clôture formelle de l'instruction ou la préparation de l'affaire afin qu'elle puisse passer en audience finale est généralement confiée à un juge instructeur ou juge de la procédure ou de la mise en état. L'affaire est renvoyée à l'organe judiciaire ou au juge compétent qui tiendra l'audience finale et rendra une décision définitive.

3. À l'époque actuelle, certains systèmes de procédure conservent cette structure traditionnelle. Dans d'autres systèmes, il est de plus en plus fréquent qu'un même juge, statuant comme juge unique en première instance, soit responsable de la mise en état et du jugement définitif. Le renvoi à un autre juge ou organe judiciaire n'est donc plus nécessaire. Par conséquent, les présentes Règles ne mettent pas particulièrement en valeur l'importance de la clôture de la mise en état, car il est admis que selon toute vraisemblance, ce sera le même juge qui se prononcera sur la présentation tardive d'éléments de fait ou de droit selon les règles générales qui régissent la conduite diligente de l'instance (voir les articles 2, 3(b), 27(1), 28 et 47) sans qu'il soit vraiment nécessaire que la phase de mise en état ait été formellement clôturée. Néanmoins, ces Règles maintiennent la tradition de la clôture formelle étant donné qu'elle subsiste dans certains systèmes judiciaires; également, elle peut être utile aux parties et au juge dès lors qu'elle met les parties en garde contre d'éventuelles forclusions, promouvant ainsi le déroulement efficace et proportionné de la procédure.

4. Une fois la mise en état formellement clôturée, il existe une règle stricte selon laquelle les parties ne peuvent plus présenter d'autres pièces ou conclusions (article 63(1)). Cette règle fait cependant l'objet de quelques exceptions limitées justifiées par référence au droit fondamental d'être entendu (voir l'article 11). Par conséquent, l'article 63(2) autorise des exceptions dans des circonstances très limitées, encore plus restreintes que les exigences généralement applicables des articles 27(1) et 47. Les exceptions doivent résulter de circonstances très exceptionnelles. Même après

la clôture, l'article 27(1) s'applique et ne permet pas l'exception dans les situations où il n'y a pas eu de conduite efficace et prudente de la procédure.

Article 64. Audience finale

- 1) Dans la mesure du possible, l'audience finale doit être concentrée. Cette audience peut être adaptée à l'utilisation de techniques de communication électroniques.**
- 2) L'audience finale doit se dérouler devant le ou les juges appelés à rendre le jugement final.**
- 3) En règle générale, le juge doit recueillir les preuves orales et les preuves sur les questions qui demeurent l'objet d'un désaccord sérieux entre les parties.**
- 4) Toute preuve pertinente qui n'a pas encore été recueillie par le tribunal lors de mise en état de l'affaire peut être présentée lors de l'audience finale. De nouvelles preuves ne peuvent cependant être admises que si une partie justifie des raisons impérieuses justifiant qu'elle ne les ait pas produites plus tôt.**
- 5) Le juge organise l'audience finale de manière appropriée au regard des articles 48 et 49. Il doit notamment:**
 - a) déterminer l'ordre dans lequel les questions doivent être instruites;**
 - b) ordonner la comparution des parties ou de leur représentant légal, préalablement informé de toutes les questions se rapportant à la procédure;**
 - c) ordonner l'obtention des preuves.**
- 6) Les preuves documentaires et autres preuves matérielles doivent avoir été communiquées à l'ensemble des autres parties avant l'audience finale. Les preuves orales ne peuvent être recueillies que si toutes les parties ont été informées de l'identité de la personne à interroger et du contenu de la preuve recherchée.**
- 7) Les parties doivent avoir la possibilité de faire part de leurs conclusions finales, y compris leurs observations sur les preuves ainsi recueillies.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 7.9.4 et 22.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 29.1-29.3 et 31.1.

Commentaires:

1. L'article 64(1) établit comme règle générale la tenue d'une audience finale concentrée. La structure de la procédure en vertu des présentes Règles ne permet pas une procédure fragmentée faite d'une suite de multiples audiences, ce qui aboutirait finalement à un retard inutile (voir l'article 61, commentaire 3). Les Règles ne permettent donc pas, en l'absence de bonnes raisons, la division d'une audience finale en une série d'audiences. Une exception pourrait, par exemple, être justifiée si le juge rend une décision au fond sur la responsabilité (voir l'article 66(1)(b)), puis entend et détermine les questions de quantum. Dans de tels cas, l'audience finale peut très bien être divisée en deux parties ou plus, notamment pour promouvoir la proportionnalité, car les parties pourraient s'accorder sur les

montants après le jugement sur la responsabilité. Selon l'article 64(1), le juge peut utiliser des techniques de communication électronique. Cela pourrait, par exemple, être pertinents lorsque les parties sont dans des fuseaux horaires différents. Dans de tels cas, les interruptions de la procédure qui seraient nécessaires ne doivent pas être considérées comme une violation de la règle de la concentration.

2. L'article 64(2) consacre le principe de l'immédiateté selon lequel seuls les juges qui siègent à l'audience finale ont compétence pour rendre le jugement final. Ce principe relève d'une longue tradition commune à toutes les procédures civiles européennes. Elle n'a cependant qu'une importance limitée dans les systèmes juridiques d'Europe continentale. Selon la conception prédominante en Europe continentale, il ne s'applique pas aux audiences qui précèdent l'audience finale où certains éléments de preuve – ou, dans certaines systèmes tous les éléments de preuve – peuvent être recueillis et examinés par le tribunal. Dans ces cas, cette conception du principe de l'immédiateté a seulement empêché les juges de rendre des jugements lorsqu'ils n'ont pas dirigé l'audience à laquelle les parties ont présenté leurs observations finales sur les éléments de preuve et ont donné lieu aux consultations orales entre le tribunal et les parties. L'article 64(2) combiné avec l'article 64(3) étend, en partie, la portée de l'immédiateté à l'obtention obligatoire de preuves lors de l'audience finale (voir également l'article 97(1), commentaire 2). Dans le même temps, il renforce l'importance de la procédure orale (voir l'article 18). L'utilisation des technologies de communication électroniques (article 64(1)), et en particulier de la vidéoconférence, crée de nouvelles formes d'immédiateté et d'oralité de la procédure, quoique moins importantes que lorsque les parties et les témoins sont physiquement présents devant le juge (voir également l'article 97(3)). Toutefois, ces Règles considèrent qu'une telle évolution résultant des technologies de la communication est plus efficace et plus tournée vers les citoyens que les procédures écrites. L'immédiateté est le principe qui facilite la meilleure appréciation des éléments de preuve lorsque ceux-ci ne sont pas régis par des règles spécifiques (voir l'article 98).

3. L'article 64(3) marque clairement le fait que l'obtention des preuves a lieu principalement lors de l'audience finale et non durant la mise en état de l'instance. Cela vaut pour les preuves orales autant que pour les preuves sur les questions litigieuses qui sont au cœur de la procédure. Les Règles ne suggère aucune préférence pour des procédures entièrement écrites, que ce soit sous une forme traditionnelle, sur papier ou par des moyens technologiques modernes numériques. Elles laissent aux parties la possibilité de présenter leur affaire devant le juge soit par une comparution personnelle directe, soit en ayant recours à des techniques de communication modernes. Les Règles ne préconisent pas d'abandonner la procédure orale au profit de la procédure écrite.

4. L'article 64(4) traite de l'obtention à l'audience finale de toutes les preuves qui n'auraient pas été recueillies lors de la mise en état. Il donne au juge et aux parties une certaine latitude pour produire des preuves tardives, mais seulement si les exigences strictes de l'article sont remplies. L'objectif qui préside à cette règle est d'énoncer un principe de forclusion partant d'un niveau relativement permissif pendant la mise en état (voir les articles 27(1), 47, 54(3), 55, 93, 96, avec commentaires) puis de plus en plus strict lors de la période suivant la clôture (voir l'article 63(2)) et à l'audience finale (voir l'article 64(2)). Il est nécessaire ici d'établir un compromis bien équilibré entre une approche stricte et la flexibilité (voir également l'article 22, commentaire 6). Toutefois, lorsqu'une partie doit répondre à de nouveaux arguments de fait ou d'éléments de preuves résultant de l'incapacité du juge à conduire efficacement la procédure, l'article 27(1) s'applique.

5. L'article 64(5) traite des mesures de mise en état qui sont particulièrement importantes pour la bonne préparation de l'audience finale. Les règles correspondantes pour l'article 64(5)(a) sont: les articles 49(6), 92(1) et (2); pour l'article 64(5)(b): les articles 16(2), 49(10), et 118; et, pour l'article 64(5)(c): les articles 49(11)(b), 92(1) et 107.

6. L'article 64(6) vise à protéger le juge et les parties contre toute surprise lors d'une audience finale, empêchant ainsi que l'audience finale concentrée soit inutilement interrompue, entraînant des coûts et des retards dans la procédure. Les règles qui correspondent à l'exigence de divulgation énoncée à l'article 64(6) sont les articles 2, 3(b), 11, 27(1), 47, 49(11), 53(2) (b) et (4), 54(2), 88(3), 92(1),

94, 95(1), 115(1). Les règles qui correspondent à l'obtention de preuves orales en vertu de l'article 64(6) sont énoncées aux articles 2, 3(b), 11, 27(1), 47, 53(2)(b), 54(2), 94, 95(2), 124(1) et (2).

7. L'article 64(7) est un cas spécifique du droit d'être entendu lors d'une audience finale (voir l'article 11). Il met particulièrement l'accent sur le droit des parties à faire part de leurs observations sur les preuves recueillies.

Article 65. Jugements définitifs anticipés

1) Le juge, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, peut rendre un jugement définitif anticipé selon une procédure simplifiée.

2) Dans un jugement final anticipé, le tribunal peut:

- a) **décider que le tribunal n'a pas compétence pour statuer sur le litige ou que la demande est irrecevable au regard des exigences procédurales requises;**
- b) **rendre un jugement définitif ou un jugement partiel en ne décidant que des questions de droit fondées sur des faits non contestés, ou en se fondant sur le fait que les parties ont omis de faire valoir à temps les faits nécessaires et pertinents, ou n'ont pas fourni les éléments de preuve en temps utile; ou**
- c) **statuer sur le désistement du demandeur ou sur l'acquiescement à la demande par le défendeur.**

3) Les articles 61 à 64 et la Partie VIII des présentes Règles s'appliquent, selon le cas, au jugement final anticipé.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 9.3.3 et 9.3.5; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 19.

Commentaires:

1. Les articles 61 à 64 décrivent la méthode à suivre dans une instance où toutes les conditions procédurales pour statuer sont remplies et où, après l'introduction de l'instance (articles 52 à 60), le tribunal doit recueillir les éléments de preuve sur les faits contestés (articles 87 et suivants) afin de rendre un jugement final sur le fond à l'issue d'une audience finale concentrée. Cependant, de nombreux cas peuvent être jugés sans qu'il soit nécessaire de passer par toutes les étapes possibles de la procédure: ainsi, lorsque les exigences procédurales requises pour statuer sur le litige ne sont pas remplies, lorsque les parties ont omis de faire valoir des faits pertinents ou contestés ou ont omis de produire des éléments de fait ou de preuve en temps utile. Dans de telles circonstances, la procédure devrait être simplifiée et pourrait se terminer plus tôt que ce ne serait normalement le cas. Dans la procédure civile des pays d'Europe continentale, depuis de nombreux siècles les juges statuent en fonction de l'avancement de l'instance, sans qu'il soit utile d'établir des catégories dans les jugements selon la durée de l'instance ou le montant en jeu. En revanche, dans les systèmes juridiques de *common law*, dans les tribunaux de *common law* (mais non pas dans les cours d'*équité*), le juge des faits était à l'origine le jury. Afin d'éviter des procédures organisationnelles longues et complexes liées à la constatation des faits, on distinguait les décisions qui pouvaient mettre fin à la procédure avant le procès et la décision avec jury. Lorsqu'un juge pouvait rendre une décision finale sans jury, la décision était qualifiée de jugement sommaire car il reposait sur une procédure simplifiée. Le concept de

jugement sommaire a survécu à la disparition du jury civil dans les systèmes juridiques de *common law*. Ce terme n'est pas utilisé dans les présentes Règles, car elles s'efforcent d'éviter la terminologie qui vient d'institutions ou de techniques procédurales nationales ou culturelles spécifiques. La terminologie utilisée ici vise à mettre l'accent sur la fonctionnalité de la procédure, qui dans ce cas concerne une procédure simplifiée qui aboutira à la clôture de l'instance avant une audience finale. L'article 65 couvre pour autant que possible toutes les affaires qui se terminent avant une audience finale dans les traditions européennes de droit continental comme de *common law*. Les jugements définitifs anticipés mettent fin à la procédure en première instance de la même manière qu'un jugement final met fin à la procédure (voir l'article 130(1)(a) à c)). Ils peuvent faire l'objet d'un recours s'ils remplissent les conditions qui leur sont applicables.

2. L'article 65(2)(a) traite des jugements définitifs anticipés pour des motifs de procédure. Les systèmes procéduraux européens peuvent cependant différer dans les détails, les tribunaux ne pouvant rendre des jugements sur le fond que si certaines exigences procédurales, telles que la compétence du tribunal pour statuer ou d'autres exigences procédurales visées à l'article 133, sont remplies. Le non-respect de ces exigences entraîne obligatoirement le rejet de la demande si, lors de la conduite de la procédure par le juge, un demandeur n'est pas en mesure de remédier à un tel défaut en temps opportun (voir les articles 4(3), 33, 47, 48, 49(8), 55). Dans les systèmes juridiques de *common law* ces défauts constituent des motifs pour rendre un jugement sommaire. Dans ces Règles, ils relèvent du domaine du jugement définitif anticipé; cela vaut également pour les réclamations frivoles ou abusives ou les demandes introduites en l'absence d'intérêt légitime pour le demandeur (voir l'article 65(2) a) en relation avec l'article 133(a) à (e), avec commentaires).

3. L'article 65(2)(b) précise les cas dans lesquels le tribunal peut rendre un jugement sans aucun élément de preuve, à savoir lorsque les faits non contestés ne justifient pas le maintien de la demande ou du moyen de défense au fond; ou bien le demandeur ou le défendeur n'a pas fait valoir ou n'a pas fait valoir à temps les faits nécessaires et pertinents ou les éléments de preuve. Dans ces cas, le jugement peut rejeter la demande ou la défense, mais seulement après que le juge ait présenté à la partie ou aux parties des suggestions sur la façon dont elles pourraient chercher à modifier leur cas. Ces diverses circonstances peuvent donner lieu à ce que les systèmes juridiques de *common law* qualifient de jugements sommaires. En partie, ils obéissent aux mêmes conditions que le moyen d'irrecevabilité soulevé par une partie, historiquement désigné comme "*demurrer*". De plus, des jugements définitifs anticipés peuvent également être rendus s'il existe des preuves documentaires claires des faits contestés, et si la partie adverse ou d'autres parties n'ont pas fourni ou n'ont pas fourni en temps utile, les éléments de preuve permettant une interprétation contraire des allégations de fait, ou soutenant le moyen de défense au fond.

4. L'article 65(2)(c) correspond à l'article 56, car il permet de rendre un jugement définitif anticipé en cas de désistement du demandeur ou acquiescement à la demande par le défendeur.

5. L'article 65(3) détermine l'application des articles 61 à 64 pour autant que cela est approprié. Cela signifie que, normalement, une audience finale devrait avoir lieu à laquelle les parties pourraient être entendues, soumettre leurs conclusions finales et les questions de droit tranchées. En règle générale, le tribunal statuera sans recueillir de preuves. Il existe cependant des exceptions. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il existe des doutes quant au respect des règles de procédure (article 65(2)(2)(a)), lorsque les preuves reposent sur la production de documents ou les dépositions de témoins, ou encore, de manière quelque peu discutable, dans les affaires concernant l'applicabilité du droit étranger avec la production de témoignages d'experts (voir l'article 26, commentaire 3). Dans de tels cas, les articles 61 à 64 peuvent s'appliquer en conséquence. Dans les cas simples, le tribunal peut rendre une ordonnance de mise en état pour informer les parties de son intention puis statue sur le litige sur la base des conclusions écrites des parties sans tenir d'audience.

Article 66. Décisions préliminaires de procédures et jugements statuant sur des questions de fond spécifiques

1) Le juge peut, de sa propre initiative ou à la requête d'une partie, prononcer un jugement:

- a) statuant sur une question de procédure préliminaire, ou**
- b) statuant au fond sur une question de fond spécifique.**

2) Les articles 61 à 64 et la Partie VIII des présentes Règles s'appliquent, le cas échéant, au jugement prononcé sur le fondement du présent article. Les décisions préliminaires de procédure au sens de l'article 133 sont susceptibles de recours indépendant du jugement sur le fond.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 9.3.3 et 9.3.5; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 19.1.3, 19.2.

Commentaires:

1. Selon l'article 66(1)(a), le juge peut statuer sur des questions de procédure préliminaires. Cela fait obstacle au réexamen de ces questions et contribue ainsi à une concentration de la procédure (voir l'article 2 et l'article 4, phrase 1).

2. Les questions de procédure préliminaires peuvent notamment porter sur les exigences procédurales requises pendant la mise en état et sur les conditions préalables pour que le juge rende un jugement sur le fond (voir l'article 133). Si le juge conclut que les exigences procédurales ne sont pas satisfaites, il met fin à l'instance en rendant un jugement définitif anticipé (voir l'article 65(2)(a)). Dans le cas contraire, le juge poursuit l'instance et peut statuer au fond. Lorsque cela est approprié, le juge peut rendre une décision préliminaire de procédure, susceptible de recours (voir l'article 66(2)), puis poursuivre l'instance à défaut de recours ou si la décision a été confirmée. On évite ainsi la perte de temps et les coûts auxquels le juge et les parties seraient exposés si l'instance se poursuivait et que le jugement au fond soit annulé en appel au motif qu'une formalité procédurale préalable n'avait pas été respectée. En revanche, il peut y avoir des cas où le juge estime opportun, dans l'intérêt d'une conclusion rapide de l'ensemble de l'instance, de poursuivre l'instance au fond indépendamment du recours formé sur une question de procédure devant une juridiction supérieure. Le juge s'exposera alors à voir augmenter sa charge de travail avec des surcoûts pour les parties (voir l'article 130(2)).

3. Outre les exigences procédurales, les questions procédurales préliminaires qui pourraient être tranchées par jugement fondé sur cet article peuvent par exemple porter sur l'obligation d'une partie ou d'un tiers de produire des documents ou sur l'authenticité des documents; sur la recevabilité d'une proposition de modification; ou dériver de l'appréciation du juge que la procédure n'a pas été close par un accord valable des parties.

4. Les recours contre les jugements qui statuent sur des questions de procédure préliminaires sont autorisés conformément aux règles générales sur les recours. Les recours devraient cependant être rares afin d'éviter les coûts et retards pouvant résulter de trop de contentieux sur des questions accessoires. Les présentes Règles prévoient la possibilité de rendre des décisions sur des questions de procédure préliminaires en supposant que les tribunaux ne le feront que si nécessaire. Ce pouvoir discrétionnaire ne devrait pas être exercé de manière abusive, en vue de faciliter une réduction temporaire de la charge de travail du juge. Les jugements sur des questions de procédure préliminaires ont autorité de chose jugée et un réexamen ne peut être autorisé que si les faits sur lesquels se fondent les questions de procédure incidentes sont différents (voir l'article 21, commentaire 5).

5. Dans la grande majorité des cas, le juge statuera sur les questions de procédure préliminaires par une simple décision en vertu de son pouvoir discrétionnaire (voir l'article 50). Les recours contre la décision rendue par le juge sur contestation d'une décision de procédure sont généralement exclus indépendamment du contenu de la décision (voir l'article 179(1)), mais d'autres contestations restent recevables contre de simples décisions (voir l'article 178). L'article 179(2) permet différents recours dans des circonstances particulières, tandis que le recours est toujours possible lorsqu'un tiers est concerné, indépendamment de la nature de la décision du tribunal (voir l'article 180).

6. L'article 66(1)(b) permet au juge de rendre des jugements statuant au fond sur une question de droit soulevée par les parties. Cette règle ne permet pas que de tels jugements porte sur des questions de fait. Ils peuvent favoriser le règlement rapide de l'instance, car la décision pourra avoir autorité de chose jugée, soit directement soit après une procédure de recours (voir les article 130(1)(d) et (2), 147, 153 et suivants).

7. Un jugement statuant au fond sur une question spécifique s'imposera plus généralement lorsque les parties sont en désaccord à la fois sur le fond du droit et sur le montant de la demande. Dans de tels cas, il peut être plus efficace de se prononcer d'abord sur le fondement de la demande avant de procéder à la détermination compliquée et longue du montant à payer par le défendeur. Les exemples les plus importants à cet égard sont les décisions qui rejettent le moyen selon lequel la demande est prescrite et celles qui statuent sur la responsabilité du défendeur. Par exemple, dans une affaire de préjudice corporel dans laquelle à la fois la responsabilité et le montant des dommages sont en jeu, le juge peut statuer sur la responsabilité, en laissant le quantum à déterminer à une date ultérieure. La décision – soit qu'elle ne fasse pas l'objet de recours, soit qu'elle soit confirmée en appel – peut être assortie d'une ordonnance du juge requérant la présentation de preuves concernant le quantum.

8. Un jugement statuant au fond sur une question spécifique, par exemple un jugement confirmant le bien-fondé d'une demande en dommages-intérêts ou rejetant le moyen que la demande est prescrite, est un jugement normal pour ce qui est du recours et de l'autorité de chose jugée. Cependant, comme un tel jugement est limité à la question de droit spécifiquement invoquée, il ne statue pas sur l'ensemble du litige de façon définitive. Il devra donc être complété par un jugement ultérieur. Dans notre exemple, ce serait un jugement qui fixe le montant des dommages-intérêts et condamne le défendeur à payer. Dans la procédure qui se déroule entre le jugement sur la question de droit spécifique et le jugement ultérieur, la question de droit qui a été tranchée doit être prise comme base sur laquelle la procédure se poursuit; elle ne peut faire l'objet d'une nouvelle décision.

9. Le juge décide discrétionnairement de statuer au fond sur une question de droit spécifique. Le juge tiendra compte de son obligation de promouvoir le règlement équitable, efficace et rapide du différend, conformément à l'article 2. Dans des cas particuliers, il pourra être préférable de rendre un jugement statuant au fond sur une question de droit spécifique et en même temps de procéder à l'examen de l'ensemble de la demande de réparation (voir le commentaire 2 ci-dessus et l'article 139(2)).

Article 67. Mesures provisoires et ordonnance de paiement provisionnel

Le juge peut ordonner des mesures provisoires ou un paiement provisionnel conformément aux articles 199 et suivants.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.8 et 9.3.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 4.5.

Commentaires:

1. L'article 67 souligne qu'entre la demande initiale et l'audience finale, le juge peut estimer opportun d'examiner et d'ordonner une mesure provisoire fondée sur la connaissance plus approfondie que les parties ont de l'ensemble du litige (voir également l'article 49(7)). Il met en évidence à l'intention du juge comme des parties la possibilité de prendre de telles mesures, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, du déroulement efficace de l'instance et de la proportionnalité.
2. Conformément à l'article 51(3)(c), les parties doivent examiner pendant la phase préalable à l'ouverture la nécessité éventuelle et le contenu de mesures conservatoires, facilitant ainsi la prise de décisions ultérieures par le juge.

PARTIE VI – NOTIFICATION DES ACTES DE PROCÉDURE

Introduction

1. Cette Partie contient des règles relatives à la notification des actes judiciaires pour les affaires nationales et transfrontalières. Les Sections 1 et 2 prévoient des règles qui sont généralement applicables, que le destinataire soit domicilié ou réside dans l'État du juge saisi ou à l'étranger. La Section 3 établit des règles spéciales pour les affaires transfrontalières et fait la distinction entre les affaires dans lesquelles les actes doivent être notifiés à un destinataire domicilié dans l'Union européenne et les affaires dans lesquelles le destinataire est domicilié en dehors de l'Union européenne.
2. Pour élaborer des règles européennes, il a été tenu compte de l'acquis de l'Union européenne, en particulier du Règlement européen sur la notification, des dispositions spécifiques relatives à la notification des actes contenues dans le Règlement TEE, le Règlement CES, le Règlement IPE et le projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, dans les règles sur la notification en vigueur dans les systèmes juridiques européens, ainsi que de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne.
3. Cette partie s'applique aux affaires nationales et transfrontalières. En ce qui concerne la notification des documents dans un cadre transfrontalier, elle prévoit certaines règles qui s'écartent du Règlement européen sur la notification (voir les articles 82 à 84 et commentaires). Néanmoins, le Règlement européen est destiné à s'appliquer pour autant que cette partie ne prévoit pas de règles spécifiques, notamment en ce qui concerne les dispositions en matière de communication et d'organisation. L'objectif a été de fournir un modèle fonctionnel et moderne de règles pour la notification.

SECTION 1 – Dispositions générales

Article 68. Nécessité d'une notification et contenu minimal

- 1) L'acte introductif d'instance ou tout autre acte de procédure modifiant la demande ou soumettant une nouvelle demande conformément à l'article 55 est notifié en application des articles 74 à 78 et 80 à 81.**
- 2) L'acte introductif d'instance ou tout autre acte de procédure modifiant les prétentions doit se conformer aux articles 53 et 55.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 5.1.

Commentaires:

1. La Section 1 traite de la notification de l'acte introductif d'instance (article 68); cette question demande à être traitée séparément en raison de l'importance d'établir la compétence du tribunal au regard des parties et de garantir le droit du défendeur d'être entendu. Les articles 68 et 69 déterminent les informations minimales qui doivent être communiquées au défendeur pour lui permettre de préparer sa défense et éviter que soit rendu un jugement par défaut. L'article 72 fixe le champ d'application des règles générales de notification et renvoie à d'autres parties des présentes Règles si un mode de notification formelle des documents est requis dans des situations particulières. Il n'y a pas de normes uniformes en Europe concernant les types de documents et les circonstances pour lesquels une notification formelle est requise. Il en va de même s'agissant des divers actes au cours de la procédure. Les Règles fournissent des dispositions spécifiques selon la situation et le contexte pour ce qui est de la notification de documents particuliers (voir les articles 39, 42, 44, 53(3) et (7), 54(6), 55(3), 69, 134).

2. L'importance de respecter le droit d'une partie d'être entendue ne se limite au défendeur en ce qui concerne l'acte introductif d'instance. Lorsque l'instance est en cours, l'objet du litige peut être étendu par une demande reconventionnelle ou une demande incidente, y compris à l'égard de tiers. Par conséquent, cet article étend les exigences de notification à des actes de procédure qui modifient l'acte introductif d'instance ou étendent les prétentions à des personnes autres que le demandeur initial et le défendeur. Dès lors, le terme "parties" dans cet article inclut également les tiers (voir les articles 39 et suivants).

3. La demande doit identifier les parties à la procédure. Cela comprendra normalement au moins leurs noms et adresses et, le cas échéant, le nom et l'adresse de leurs représentants (voir également l'article 7(2) du Règlement PEP). Les Règles ne fournissent pas davantage de précisions, qui pourraient être mal comprises comme posant des exigences d'informations additionnelles.

4. Il n'y a aucune exigence expresse de notifier les annexes à une demande. Le principe, qui fait l'objet d'un large consensus, est que lorsqu'elles sont utilisées, les annexes doivent être notifiées au défendeur, mais des exceptions peuvent être faites lorsque les annexes ne sont pas nécessaires pour permettre au défendeur de comprendre l'objet de la demande.

5. Les règles de procédure des systèmes juridiques européens varient considérablement en ce qui concerne la question de savoir si le demandeur doit exposer les moyens de droit fondant la demande. Encore une fois, l'article 68 fournit une règle minimale concernant les informations requises, de sorte que d'autres précisions ne sont pas nécessaires.

Article 69. Information sur les formalités procédurales à accomplir pour contester la demande

Les éléments suivants doivent ressortir clairement de l'acte introductif d'instance:

- a) **les exigences de procédure à respecter pour contester la demande, y compris, le cas échéant, les délais prévus pour la contester, toute date d'audience, le nom et l'adresse du tribunal ou de toute autre institution à laquelle il convient d'adresser la réponse ou devant laquelle comparaître, ainsi que, le cas échéant, la nécessité d'être représenté par un avocat; et**

- b) **les conséquences d'un défaut de comparution ou de contestation, notamment, le cas échéant, la possibilité d'une décision contre le défendeur ayant fait défaut et la condamnation aux frais du procès.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 5.1.

Commentaires:

1. L'article 69 est basé sur l'article 17 du Règlement TEE car le Principe 5.1 ALI/UNIDROIT semblait trop large. Les informations mentionnées à l'article 69 doivent être fournies au défendeur afin d'assurer les conditions requises d'un procès équitable et de réduire la possibilité qu'intervienne un jugement par défaut.
2. Les règles sur la notification de la demande introductive d'instance s'appliquent également aux modifications apportées conformément aux articles 53(3) et 55(1) et à l'égard des demandes à des tiers à comparaître (voir l'article 68, commentaire 1).

Article 70. Défaut de comparution du défendeur

Lorsque le défendeur ne répond pas ou ne comparait pas, un jugement par défaut ne peut être rendu que si les conditions de l'article 138(3) sont réunies.

Commentaires:

1. Les règles concernant le jugement rendu par défaut sont énoncées à l'article 135 et suivants. L'article 70 fait référence à ces règles pour ce qui est des conditions qui s'attachent au prononcé du jugement par défaut, particulièrement pour ce qui concerne la notification, qui figurent à l'article 138 (voir l'article 138, commentaire 3).

SECTION 2 – Charge et modes de notification

A. Dispositions générales

Article 71. Personnes en charge de la notification

- 1) **La notification des actes de la procédure incombe à la juridiction/aux parties.**
- 2) **Si la notification incombe à la juridiction, le juge peut, le cas échéant, confier à une partie le soin d'y procéder.**
- 3) **Si la notification incombe aux parties, elle s'opère sous le contrôle du juge qui peut en sanctionner l'irrégularité.**

Commentaires:

1. Il n'y a pas de position commune entre les systèmes juridiques européens concernant la charge de la notification des actes de procédure. Dans un certain nombre de pays, la notification incombe au tribunal, par exemple en Allemagne, Angleterre, Autriche, Espagne, Estonie, Finlande, Grèce, Italie, Lituanie, Roumanie, Suède et Suisse. Dans d'autres pays, elle incombe aux parties soit de manière générale, soit en ce qui concerne des actes particuliers comme les jugements, ainsi en Slovaquie. Dans un petit nombre de pays européens comme la France, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, l'instance ne commence pas par le dépôt de la demande auprès du tribunal, mais lorsque le demandeur communique l'acte initial au défendeur, la notification étant en général faite non par le tribunal mais par le demandeur ou un huissier. Compte tenu de cette pluralité d'approches, cet article laisse le choix à la juridiction. Une harmonisation entre les pays à cet égard n'a pas semblé nécessaire, compte tenu que la charge de la notification peut dépendre de questions hors du champ d'application des règles de procédure telles que l'organisation des tribunaux, l'organisation des professions juridiques et des huissiers de justice. L'essentiel est de choisir le moyen le plus efficace.

2. Si le système juridique d'un pays européen attribue en règle générale la charge de la notification à la juridiction, il peut néanmoins y avoir de bonnes raisons que le demandeur puisse notifier des actes spécifiques, en particulier l'acte introductif d'instance. L'article 71 prévoit ces cas particuliers. Si, au contraire, la responsabilité de la notification incombe aux parties, le juge devrait en tout état de cause pouvoir en exercer le contrôle et le cas échéant sanctionner son irrégularité.

3. Dans une situation transfrontalière au sein de l'Union européenne, il peut être difficile d'accéder aux fournisseurs de services électroniques ou aux plateformes électroniques habilitées, en particulier si ce sont les parties et non la juridiction qui ont la charge de la notification. Tous les États membres de l'Union européenne devraient être tenus de donner accès aux fournisseurs de services et aux plateformes habilitées. Pour des raisons techniques, il peut arriver que l'accès doive se faire par l'intermédiaire d'agences étatiques qui gèrent ces plateformes.

Article 72. Champ d'application

Les dispositions suivantes relatives aux modes de notification s'appliquent aux actes mentionnés à l'article 68 et à tout autre acte, pièce ou document devant être notifié, y compris les décisions du juge.

Commentaires:

1. En principe, les mêmes règles de notification devraient s'appliquer à tous les types d'actes devant être notifiés durant un procès civil. Toutefois, la notification de l'acte introductif d'instance est particulièrement importante, car elle établit la compétence de la juridiction à l'égard des parties et constitue un moyen essentiel de donner effet au droit du défendeur d'être entendu. Par conséquent, les articles 68 à 69 énoncent le contenu minimal de tels actes, offrant ainsi protection contre le risque que soit rendu un jugement par défaut.

2. Les règles concernant la notification de tout acte de procédure ne relevant pas de cet article et de l'article 68 sont prévues ailleurs dans les Règles, ou bien elles sont exclues de leur champ d'application (voir l'article 68, commentaire 1).

Article 73. Priorité des modes de notification garantissant la réception

Les actes de procédure doivent être notifiés de manière à garantir leur bonne réception, conformément aux articles 74 à 76. Si une telle notification n'est pas possible, il peut être recouru à l'un des modes prévus à l'article 78. En cas d'adresse inconnue ou d'échec des autres modes de notification, il peut être recouru à l'un des modes prévus à l'article 80.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 5.1.

Commentaires:

1. Le Principe 5.1 ALI/UNIDROIT peut être interprété comme signifiant que la notification à la personne du défendeur n'est pas requise dans tous les cas. Dans le contexte européen, les principes ou règles de procédure ne se limitent pas aux affaires commerciales, les Règles devraient donc assurer une protection adéquate des consommateurs et des personnes physiques. À cette fin, un nombre considérable de systèmes juridiques européens, par exemple l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Pologne et la Roumanie, ont mis en place une hiérarchie des modes de notification, qui privilégie la notification à personne ou les modes qui nécessitent une forme de confirmation de réception. Dans d'autres systèmes juridiques comme l'Angleterre et la Suisse, il n'y a pas de hiérarchie. Certains pays, comme la Suède et la Finlande, ont adopté des règles flexibles.

2. Afin d'assurer la meilleure protection possible du droit du défendeur d'être entendu, il est particulièrement important de garantir que les actes de procédure lui parviennent. Les Règles mettent donc l'accent sur un mode de notification qui garantit que la juridiction reçoit un accusé de réception signé par le destinataire ou son représentant (légal). Cela correspond à l'article 13 du Règlement EPL, qui donne la priorité à la notification par voie postale attestée par un accusé de réception. Lorsque l'instance est en cours, conformément à l'article 79, la notification peut être effectuée entre avocats si les parties sont représentées par des avocats.

B. Modes de notification

Article 74. Notification garantissant la réception

1) Constitue une notification garantissant la réception:

- a) **la notification à personne, le destinataire ayant signé un accusé de réception portant la date de réception ou par un acte signé par un greffier, un huissier de justice, un agent de la poste ou une autre personne habilitée indiquant que le destinataire a accepté de recevoir le document ainsi que la date de la remise;**
- b) **la notification au moyen d'un réseau de communication électronique utilisant des procédés techniques de haut niveau, attestée par un accusé de réception généré automatiquement lorsque le destinataire est dans l'obligation légale d'adhérer à un tel réseau. Cette obligation est imposée aux personnes morales et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante pour les litiges relatifs à cette activité;**

- c) **la notification par d'autres moyens électroniques si le destinataire a expressément et préalablement consenti à l'utilisation de ce mode de notification ou est légalement tenu de fournir une adresse électronique aux fins de notification. Cette notification doit être attestée par l'accusé de réception, incluant la date de réception, renvoyé par le destinataire;**
- d) **la notification par voie postale, le destinataire ayant signé et renvoyé un accusé de réception portant la date de réception.**

2) Si, dans les cas prévus par l'article 74(1)(c) ou (d), aucun accusé de réception n'est renvoyé dans le délai indiqué, la notification prévue à l'article 74(1)(a) ou (b) doit être tentée, si elle est possible, avant de recourir à d'autres modes de notification.

Commentaires:

1. Cet article énumère tous les modes de notification qui sont assortis d'une preuve de réception par le destinataire ou la personne effectuant la notification. Il entend proposer une liste exhaustive. Alors que les Règlements TEE et PEP retiennent le principe du retour de l'accusé de réception, le projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, en particulier l'article 271, n'exige aucun reçu comme preuve de la notification. La notification des actes judiciaires sans accusé de réception n'est cependant pas chose courante dans les systèmes juridiques européens pour les litiges civils ordinaires.

2. La notification effectuée au moyen d'un réseau de communication électronique attestée par un accusé de réception généré automatiquement nécessite l'enregistrement préalable du destinataire. L'article 74(1)(b) impose indirectement cette obligation à toutes les personnes morales et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle. En conséquence, ce mode de notification rapide devient la modalité type pour ces destinataires.

3. La notification par d'autres moyens électroniques (article 74(1)(c)), ou la notification par voie postale (article 74(1)(d)) sont également des modes de notification rapides par lesquels les actes sont envoyés directement au destinataire, mais ne donnent lieu à un accusé de réception que s'il est renvoyé volontairement par le destinataire. Par conséquent, ces modalités ne sont appropriées que s'il existe de bonnes chances d'obtenir un reçu. En l'absence de renvoi de l'accusé de réception par le destinataire, il n'y a pas de notification valable des actes et la notification prévue à l'article 74(1)(a) ou (b) doit être tentée.

Notification par greffiers ou autres personnes désignées par le droit national

4. L'article 74(1)(a) se réfère à la notification effectuée par un greffier, un huissier de justice ou toute personne habilitée à cet effet en vertu du droit national. Ce type de notification est largement accepté en Europe, par exemple en Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, France, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Roumanie et Suisse.

5. Optant pour la souplesse, la règle ne précise pas l'heure ou le lieu où les actes peuvent être notifiés au destinataire. L'article 74(1)(a) permet de notifier en tout endroit où pourrait se trouver habituellement le destinataire, tandis que certains systèmes juridiques européens précisent la résidence, le lieu de travail, l'établissement commercial.

Notification par moyens électroniques

6. La notification électronique est prévue dans de nombreux systèmes juridiques européens, souvent assortie d'une variété de mesures de protection différentes: ainsi en Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, Espagne, Estonie, France, Grèce, Italie, Lituanie, Luxembourg, Roumanie, et Suisse. Certains pays européens excluent la notification électronique des actes de procédure parce qu'elle exige

le consentement préalable exprès du défendeur. C'est pourquoi souvent elle ne peut être utilisée avant le début de la procédure, comme c'est le cas en Allemagne, en Finlande et en Suède.

7. Certaines caractéristiques particulières de la notification électronique doivent être prises en compte lors de la mise en œuvre des règles sur la notification: (1) la notification du courrier électronique normal ne peut pas toujours être considérée comme un mode techniquement sûr pour la remise des documents judiciaires, (2) l'expéditeur des documents doit être clairement identifié, et (3) le titulaire d'un ou de plusieurs comptes de messagerie ne peut être censé les vérifier régulièrement que s'il sait que des documents judiciaires peuvent également être notifiés au moyen d'une adresse électronique.

8. La notification électronique ne devrait donc être autorisée que si des procédés techniques de haut niveau sont utilisés pour établir l'identité de l'expéditeur, une transmission sûre et une forte garantie que le destinataire recevra les actes. Ce sont également les exigences énoncées à l'article 271 du projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, qui contient une annexe avec une liste de procédés d'identification et de transmission sécurisés applicables à la Juridiction unifiée du brevet. Dans le cadre des présentes Règles, il n'est pas nécessaire ni même utile de formuler un procédé technique uniforme, bien que cela pourrait être souhaitable à l'avenir pour la notification transfrontière des actes. Pour le moment, il existe de nombreux procédés de notification électronique dans les systèmes juridiques européens et il ne semble donc ni possible ni opportun d'identifier des moyens électroniques spécifiques aux fins du présent article. L'article 13 du Règlement TEE mentionne, par exemple, les télécopies ou les courriers électroniques, mais il existe également certains pays de l'Union européenne qui exigent l'utilisation de plateformes électroniques spéciales ou d'agences de transmission officiellement habilitées, par exemple l'Autriche, l'Estonie et la Suisse. En conséquence, il suffit de souligner la nécessité de procédés techniques de haut niveau à l'article 74(1)(b).

9. L'article 271(1) du projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet autorise la notification à une adresse électronique que le défendeur a fournie aux fins de la notification des actes de procédure. Elle requiert donc le consentement du défendeur. L'article 13 du Règlement TEE ne mentionne pas l'exigence du consentement formel du destinataire à ce type de notification, mais il semble nécessaire de distinguer entre les personnes morales telles que les sociétés ou les personnes exerçant une activité professionnelle indépendante, d'une part, et les personnes physiques, d'autre part. Les entreprises privées, les autorités publiques et les avocats sont tenus de vérifier leurs messageries électroniques quotidiennement ou du moins régulièrement. L'article 74 reflète cette obligation et permet en conséquence l'utilisation des adresses électroniques enregistrées, des comptes électroniques ou de l'adhésion à une plate-forme ou à un système électronique spécifique pour la notification d'actes judiciaires. Dans ces cas, un accusé de réception généré automatiquement par le système est suffisant.

10. Pour les personnes non mentionnées à l'article 74(1)(b), en particulier les consommateurs, une approche différente est nécessaire (article 74(1)(c)). La majorité des systèmes juridiques européens ne leur imposent actuellement aucune obligation de disposer d'une adresse électronique à des fins officielles. En l'absence d'une telle obligation légale, le consentement préalable du destinataire à l'utilisation d'une adresse électronique semble nécessaire pour protéger son droit d'être entendu en ce qui concerne les actes de procédure et pour éviter que la juridiction n'utilise une adresse électronique ou une adresse de messagerie électronique qui n'est plus utilisée et n'est pas contrôlée régulièrement par le défendeur.

Notification par voie postale

11. La notification postale est prévue dans un certain nombre de systèmes juridiques européens, ainsi en Allemagne, Angleterre, Autriche, Espagne, Estonie, Finlande, Grèce, Pologne, Suède, mais non pas en France où elle n'est prévue que dans certaines situations. Voir également l'article 14 du Règlement européen sur la signification ou la notification. En fait, la modalité "lettre recommandée" dépend dans une large mesure des réglementations postales nationales qui utilisent différents types d'accusés de réception et diffèrent en ce qui concerne les catégories de personnes à qui les actes

peuvent être remis si le destinataire n'est pas trouvé en personne. L'article 74(1)(d) exige un accusé de réception signé et renvoyé par le destinataire dans un délai déterminé. À l'expiration de ce délai, le tribunal peut procéder en vertu de l'article 74(2) et faire une deuxième tentative de notification. La notification par voie postale normale où les lettres sont simplement déposées dans une boîte aux lettres sans renvoi d'un accusé de réception n'est pas suffisante aux fins de l'article 74(1)(d), mais si un agent de la poste remet les documents au destinataire en personne, l'article 74(1)(a) s'appliquera.

Accusé de réception

12. Cet article ne prévoit pas qu'un formulaire type particulier doive être utilisé comme accusé de réception et que les actes envoyés par la poste ou par courrier électronique doivent inclure un formulaire type à remplir et à renvoyer par le destinataire. Cependant, un formulaire type aidera à effectuer la notification et son utilisation est fortement recommandée.

Article 75. Notification dans les locaux professionnels d'une personne morale

Si l'article 74(1)(a) ou (d) est applicable, la notification au représentant légal d'une personne morale peut être effectuée dans ses locaux professionnels. Les locaux professionnels s'entendent du lieu du siège statutaire de la personne morale, du centre principal de ses activités, d'un centre d'administration ou d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement si le litige s'est élevé à l'occasion des activités de cet établissement.

Commentaires:

1. Conformément à l'article 74(1)(b), la notification aux personnes morales sera normalement effectuée au moyen du système de communication électronique désigné une fois que l'entité juridique sera enregistrée dans le système. La notification à personne ou par voie postale sera donc une exception. Cependant, les deux modes nécessitent des précisions pour ce qui est des personnes morales. Les actes peuvent être remis à un représentant légal, mais le lieu de la notification doit être spécifié.

2. Alors que certains systèmes juridiques européens, par exemple l'Italie, la Finlande ou la Suède, autorisent la notification à un avocat à son domicile ou à sa résidence privée, il semble plus approprié d'exiger que la notification soit effectuée à son siège professionnel. Une telle solution établit une distinction claire entre l'avocat destinataire des actes en tant que représentant de son client et l'avocat en tant que particulier. L'article 271(5) du projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet adopte une approche similaire. Il permet cependant la notification dans n'importe quel établissement professionnel permanent ou temporaire. Dès lors, il permet la notification aux entreprises dans les succursales ou les agences. Cette solution pourrait être acceptable pour les litiges en matière de brevets. Pour une procédure civile normale, il semble plus approprié que la notification des actes à une succursale, à une agence ou à un autre établissement de ce type ne soit autorisée que lorsqu'une telle entité est étroitement liée au litige. C'est notamment le cas du contentieux en matière de contrats où une entreprise ne peut pas s'attendre à la notification d'actes judiciaires dans une succursale qui n'a rien à voir avec le contrat à l'origine du litige.

Article 76. Notification aux représentants

1) La notification faite au représentant légal d'un mineur ou d'un majeur protégé, tel le tuteur ou le curateur, équivaut à la notification faite à la personne du destinataire.

2) La notification faite à une personne désignée par le destinataire pour recevoir la notification équivaut à la notification faite à la personne du destinataire.

Commentaires:

1. L'article 76 couvre deux situations différentes. L'article 76(1) traite de la notification des actes aux parties à un litige qui n'ont pas la capacité d'agir en justice. L'article 76(2) énonce une règle générale qui permet aux parties de désigner tout autre adulte pour recevoir des actes et accepter la notification en leur nom. Si des actes sont notifiés à une personne qui a une procuration pour les accepter au nom du destinataire, cela équivaut à la notification au destinataire.

2. L'article 76(1) reconnaît qu'en général, les mineurs ou les parties qui n'ont pas la pleine capacité juridique en vertu du droit matériel ne sont pas autorisées à agir en justice pour leur propre compte (voir les articles 30 et suivants). De telles situations sont généralement prévues dans tous les systèmes juridiques européens en permettant que la notification soit effectuée à des personnes qui ne sont pas formellement parties à la procédure. Cet article est donc basé sur le principe selon lequel les mineurs et autres parties n'ayant pas la capacité pour agir doivent être représentés aux fins de la notification conformément aux dispositions de droit matériel ou autres règles applicables.

3. L'article 76(2) est basé sur l'article 15 du Règlement TEE. Une règle équivalente est également contenue dans le code de procédure de certains systèmes juridiques européens, tels que l'Allemagne et l'Estonie. Il n'y a pas de restriction quant à la personne qui peut être nommée, c'est-à-dire que la désignation n'est pas limitée aux avocats.

Article 77. Refus d'acceptation

Vaut également notification selon l'article 74(1)(a), la notification attestée par un document signé par la personne habilitée qui a procédé à la notification, indiquant que le destinataire a refusé de recevoir l'acte. Ce document est déposé dans un lieu spécifié pendant un certain délai afin d'être retiré par le destinataire qui est informé du lieu et du moment auxquels ce retrait peut avoir lieu.

Commentaires:

1. Les règles sur la notification devraient prévoir les cas où un destinataire refuse délibérément de recevoir l'acte à notifier. Selon la conception largement répandue en Europe, le refus d'un destinataire d'accepter de recevoir un acte ne doit pas faire obstacle aux effets juridiques de la notification. Cependant, les règles diffèrent selon qu'un motif valable soit ou non invoqué au refus. Un exemple typique de bonne raison de refuser la notification est le cas d'identité erronée. Dans le cadre transfrontalier au sein de l'Union européenne, l'article 8 du Règlement européen sur la signification ou la notification a adopté la règle selon laquelle le destinataire peut refuser de recevoir l'acte au moment de la notification ou en retournant l'acte à l'entité requise dans un délai d'une semaine si celui-ci ne se conforme pas aux exigences linguistiques énoncées à l'article 8 du Règlement.

2. L'approche adoptée ici diffère des règles consacrées en Europe et par l'Union européenne. Premièrement, il convient de noter que si la personne qui refuse de recevoir la notification n'est pas le destinataire de l'acte, la notification sera invalide: voir l'article 74. Deuxièmement, si les exigences linguistiques de l'article 82 ne sont pas remplies, soit il n'est pas nécessaire de refuser de recevoir l'acte soit un refus n'équivaudra pas à une notification. Dans ce dernier cas, la notification de l'acte sera inefficace et l'article 83 souligne que l'article 81 concernant les moyens de remédier au non-respect des règles de notification ne s'appliquera pas.

3. Une autre question importante est de savoir si lorsqu'une personne refuse de recevoir l'acte à notifier, la personne qui tente d'effectuer la notification devrait reprendre l'acte à notifier ou le laisser. Les règles internes de certains systèmes juridiques européens, par exemple en Allemagne, en Estonie, en Grèce et en Roumanie, prévoient que lorsqu'un destinataire refuse de recevoir l'acte, il doit être soit laissé au destinataire soit déposé en un lieu spécifié pour être retiré. C'est l'approche optimale. Si le refus de recevoir l'acte a les mêmes conséquences que sa remise, le destinataire doit au moins être en mesure d'accéder au contenu de l'acte. Aussi, l'article 77 correspond à l'article 13(1)(b) du Règlement TEE, mais il va au-delà, car il prévoit la possibilité pour le destinataire de retirer l'acte.

Article 78. Autres modes de notification

1) S'il n'est pas possible de notifier l'acte au destinataire selon un moyen prévu à l'article 74, la notification peut être effectuée selon un des modes suivants par un greffier, un huissier de justice, un agent de la poste ou toute autre personne habilitée:

- a) remise de l'acte à l'adresse du destinataire aux personnes qui y vivent ou qui y sont employées par lui, aptes à recevoir l'acte et qui y consentent;
- b) si le destinataire est un professionnel indépendant ou une personne morale, notification dans les locaux de l'entreprise à des personnes qui sont employées par le destinataire, aptes à recevoir l'acte et qui y consentent;
- c) dépôt de l'acte dans un bureau de poste ou auprès d'une autorité publique habilitée à en assurer le dépôt, le destinataire étant informé de ce dépôt par notification écrite dans sa boîte aux lettres. Dans ce cas, la notification mentionne clairement la nature judiciaire de l'acte, le lieu et le moment auxquels il peut être retiré ainsi que les coordonnées de la personne dépositaire de l'acte. La notification n'est considérée comme effectuée que lorsque l'acte est retiré.

2) La notification d'un acte en application de l'article 78(1)(a) et (b), est attestée par:

- a) un acte signé par la personne ayant effectué la notification, mentionnant:
 - (i) le mode de notification utilisé;
 - (ii) la date de notification, et
 - (iii) Le nom de la personne ayant reçu la notification et son lien avec le destinataire,
- ou
- b) un accusé de réception émanant de la personne ayant reçu la notification.

3) La notification prévue à l'article 78(1)(a) et (b), n'est pas autorisée si la personne qui reçoit l'acte est la partie adverse du destinataire dans la procédure.

4) La notification d'un acte en application de l'article 78(1)(c) est attestée par:

- a) un acte signé par la personne ayant effectué la notification, indiquant:
 - (i) le mode de notification utilisé; et

(ii) la date du retrait,

ou

b) un accusé de réception émanant de la personne ayant reçu la notification.

Commentaires:

1. Cette disposition est basée sur l'article 14(1)(a) à (d) et (3) du Règlement TEE avec quelques modifications.

2. Afin d'assurer l'efficacité de la notification, il semble approprié d'autoriser un autre mode de notification seulement lorsque la personne accepte de recevoir l'acte et de le remettre au destinataire. Toutefois, l'article 78 n'implique pas qu'une personne au domicile du destinataire ou un employé soit obligé d'accepter de recevoir l'acte. Une telle obligation pourrait avoir des conséquences très importantes, comme engager une responsabilité pour le préjudice si l'acte n'est pas remis au destinataire ou lui est remis trop tard pour empêcher que le jugement soit rendu par défaut. La question de déterminer si une telle obligation doit être imposée et, dans l'affirmative, ses conséquences, relève du droit matériel.

3. L'article 78 autorise d'autres modes de notification si la notification à personne n'est pas possible. Il ne prévoit pas une deuxième tentative de notification à personne. L'article 74(2) doit cependant être pris en considération.

4. Les autres modes de notification sont dans de nombreux systèmes juridiques européens limités aux membres de la famille. Comme il peut être difficile de déterminer qui est un membre de la famille car cela dépend du droit matériel national, il est préférable de permettre la notification à toutes les personnes vivant à l'adresse du destinataire. C'est la règle retenue dans un certain nombre de pays européens, ainsi en Finlande, France, Grèce et Pologne. Elle exige qu'il y ait une relation suffisamment étroite avec le destinataire pour supposer que les documents lui seront remis.

5. Les autres modes de notification aux enfants sont moins fiables. Dans certains systèmes juridiques européens, il existe des règles claires concernant l'âge à partir duquel les enfants sont légalement responsables et sont aptes à accepter la notification, ainsi en Belgique (16 ans), Finlande (15 ans), France (12 ans), Italie (14 ans), Luxembourg (15 ans), Espagne (14 ans), Suisse (16 ans). D'autres pays utilisent une formulation plus générale et laissent aux tribunaux le soin de décider de la question de la responsabilité au cas par cas, par exemple, l'Allemagne, la Grèce et la Roumanie. Dans un souci de sécurité juridique, un seuil clair pourrait être défini, mais une approche plus souple semblait appropriée pour cet article, qui requiert donc la capacité d'accepter l'acte. Dans tous les cas, compte tenu de son âge, la personne doit donner l'impression qu'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle transmettra l'acte. Une décision au cas par cas de la personne effectuant la notification sera donc nécessaire.

6. La notification faite aux employés des personnes morales qui sont parties à l'instance est prévue couramment par les règles européennes. L'employé doit occuper une position telle qu'on peut raisonnablement s'attendre qu'il transmette l'acte au destinataire, de sorte qu'un contrat de travail valide ne doit pas être exigé si la personne travaille en fait pour le destinataire. Par conséquent, les dispositions de l'article 78(1)(a) et (b) se réfèrent de façon générale à l'aptitude de l'employé à recevoir l'acte. La remise de l'acte au personnel de nettoyage ne devrait pas, par exemple, être suffisante pour valoir notification dans une grande entreprise. Dans une petite entreprise ou chez un destinataire privé, cela peut être différent. Aussi, une décision au cas par cas de la personne effectuant la notification sera nécessaire.

7. Le dépôt de l'acte dans une boîte postale ou une boîte aux lettres sûre est autorisé dans un certain nombre de systèmes juridiques européens, mais uniquement comme mode de notification

subsidaire. Il est préférable de déposer l'acte dans un bureau de poste local ou auprès d'un huissier de justice, afin d'empêcher la perte des documents. Une telle solution est largement adoptée en Europe, par exemple en Autriche, Belgique, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Slovaquie. Pour informer le destinataire, une notification écrite doit être placée dans sa boîte aux lettres. Si aucune boîte aux lettres n'est disponible, la personne effectuant la notification peut utiliser d'autres moyens appropriés pour informer le destinataire, par exemple en épinglant la notification à la porte du destinataire. Les Règles ne retiennent pas la notification fictive au nombre des autres modes de notification de sorte que l'article 78(1)(c) prévoit que dans ce cas, la notification n'est considérée comme effectuée que lorsque l'acte est effectivement retiré. Si le destinataire ne retire pas l'acte, la notification peut être effectuée conformément à l'article 80.

8. L'article 78(3) reflète une règle répandue au sein des pays européens, ainsi en Allemagne, Autriche, Lituanie et Suisse, bien qu'elle ne soit pas toujours expressément formulée dans les codes de procédure. Si la personne qui reçoit l'acte est la partie adverse du destinataire dans la procédure, elle peut se trouver en conflit d'intérêts et être tentée de ne pas remettre l'acte au destinataire.

Article 79. Notification en cours d'instance

1) En cours d'instance, si une partie est représentée par un avocat, la notification des actes de procédure peut être effectuée au représentant de cette partie ou entre avocats sans l'intervention de la juridiction. Les avocats sont tenus d'indiquer une adresse électronique pouvant être utilisée pour la notification.

2) En cours d'instance, si une partie est représentée par un avocat, elle doit notifier à la juridiction et à tout avocat représentant les autres parties ou intervenants, tout changement d'adresse postale ou électronique.

3) En cours d'instance, les parties doivent informer la juridiction de tout changement de domiciliation, de centre d'activité ou d'adresse postale ou électronique.

Commentaires:

1. Un certain nombre de systèmes juridiques européens autorisent la notification d'avocat à avocat une fois la procédure engagée, lorsque les parties sont légalement représentées; ainsi en Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, Estonie, France, Grèce, Italie, Lituanie, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne et Roumanie. Une telle règle devrait donc être adoptée pour des raisons d'efficacité. La notification entre avocats évite le risque qu'une partie ne transmette pas les actes à son avocat en temps opportun et évite aux avocats des pertes de temps pour répondre à l'envoi des actes. Dès lors que certains pays autorisent des personnes autres que les membres inscrits au barreau à comparaître devant la juridiction, cette règle englobe toutes les formes établies de représentant légal.

2. Certains systèmes juridiques européens exigent des avocats qu'ils fournissent une adresse électronique enregistrée aux fins de la notification d'actes juridiques, par exemple en Allemagne et en Estonie. Cette règle est adoptée ici en tant que principe général étant donné l'utilisation croissante des méthodes de communication électronique. Cette formule inclut l'adhésion à un réseau d'information électronique désigné conformément à l'article 74(1)(b). Dans un souci de clarté, "en cours d'instance" désigne la procédure civile pertinente, et non toute procédure d'exécution ultérieure, mais lorsqu'une décision ou un jugement doit être notifié, l'article 79 s'applique.

3. L'article 79(2) impose aux parties l'obligation d'informer la juridiction de tout changement d'adresse, etc., afin de faciliter la notification des actes. La notification entre avocats ne s'applique pas à tous les actes. Les ordonnances de comparution à l'audience doivent être notifiées à la partie en

personne (voir les articles 16(2), 49(10), 64(5), 65(3), 66(2) et 118)).

Article 80. Mode résiduel de notification

1) Si la notification par des modes garantissant la réception, conformément aux articles 74 à 77, ou par les autres modes, mentionnés à l'article 78, n'est pas possible en raison de l'ignorance de l'adresse du destinataire ou de l'échec de la notification, la notification de l'acte peut être effectuée de la manière suivante:

- a) par la publication d'un avis au destinataire selon une forme prévue par la loi de l'État du juge saisi, y compris la publication dans des registres électroniques accessibles au public, et**
- b) en envoyant un avis à la dernière adresse ou adresse électronique connue du destinataire.**
- c) Aux fins des alinéas a) et b), l'avis signifie une information qui indique clairement la nature judiciaire de l'acte à notifier, l'effet juridique de la notification, le lieu et le moment auxquels le destinataire peut retirer les actes ou leur copie ainsi que la date limite du retrait.**

2) L'adresse est considérée comme inconnue si la personne chargée de la notification a accompli toutes les diligences pour rechercher l'adresse actuelle du destinataire de l'acte. Les diligences accomplies doivent donner lieu à une mention au dossier de l'affaire.

3) La notification est considérée comme effectuée dans les deux semaines suivant la publication de l'avis et l'envoi de l'avis à la dernière adresse connue ou à l'adresse électronique, selon le cas. À défaut de dernière adresse connue ou d'adresse électronique, la notification est réputée effectuée dans le délai de deux semaines suivant la publication de l'avis.

Commentaires:

1. L'article 80 s'applique lorsque l'adresse de la notification n'est pas connue. Il s'applique également lorsque les autres modes de notification ont échoué. À l'heure actuelle, dans un cadre transfrontalier, ni le Règlement européen sur la signification ou la notification (article 1(2)) ni la Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale (Convention HCCH Notification de 1965) (article 1(2)) ne sont applicables si l'adresse du destinataire est inconnue (voir l'article 1(2) du Règlement sur la signification ou la notification; l'article 1(2) de la Convention HCCH Notification de 1965). Pour les cas internes, les règles nationales prévoient souvent un système de notification fictive. Cela s'applique en particulier à l'acte introductif d'instance afin de garantir le droit d'accès à la justice du demandeur lorsqu'il n'est pas en mesure de localiser le défendeur. L'absence de notification au sens de l'article 80 comprend les cas où la notification conformément à l'article 74 n'a pas été possible, la notification n'a pu être effectuée ni au destinataire ni à aucune autre personne à qui l'acte pouvait être remis conformément à l'article 78, et le destinataire n'a pas retiré l'acte déposé conformément à l'article 78(1)(c).

2. Afin de protéger le droit du défendeur d'être entendu, la personne chargée de la notification doit accomplir toutes les diligences pour trouver le défendeur, les diligences devant être documentées lorsque l'adresse est inconnue (voir également l'article 138(3)).

3. La notification par affichage d'un avis à la porte du tribunal, par publication dans des journaux officiels ou dans un registre électronique accessible au public est prévue dans de nombreux systèmes

juridiques européens. Dans les pays qui ont adopté le système de remise au parquet, la notification publique n'est pas toujours nécessaire, et cette forme de notification fictive n'a pas été retenue ni par la Convention HCCH Notification de 1965 ni par le Règlement sur la signification et la notification. Les règles des systèmes juridiques européens varient quant au lieu où la notification publique peut être effectuée, par exemple, celui de la juridiction saisie ou le lieu de la dernière adresse du destinataire. Il ne semble pas nécessaire d'harmoniser les règles à cet égard dès lors que la publication dans un registre électronique accessible au public est susceptible de devenir à l'avenir l'approche par défaut. Le libellé de l'article est suffisamment large pour couvrir la notification par message de texte, Facebook, WhatsApp ou d'autres réseaux sociaux, même s'il ne s'agit pas d'une publication au sens strict.

4. La notification à la dernière adresse ou centre d'activités connu est possible en Angleterre, en France et au Luxembourg. En Belgique et aux Pays-Bas, les actes sont déposés auprès du procureur du roi. En 2011, la Cour de justice de l'Union européenne a également accepté la notification à la dernière adresse connue, si le défendeur avait une obligation contractuelle d'informer le demandeur de tout changement de sa résidence ou de son domicile ¹⁴⁹. Dans ce cas, une publication de l'avis devrait être faite conformément à l'article 80(1)(a), mais en outre, l'avis devrait également être envoyé à la dernière adresse connue afin de donner au destinataire une chance réaliste de retirer l'acte lorsque la notification conformément aux articles 74 ou 78 n'a pas abouti.

5. Il existe des délais bien établis pour la notification. Les systèmes juridiques européens adoptent des délais différents, par exemple, l'Autriche (14 jours), la Roumanie (15 jours), l'Italie (20 jours), la Suisse (7 jours pour le téléchargement de documents notifiés par voie électronique). Le délai de 14 jours est a été retenu à l'article 80(3) comme délai raisonnable le plus approprié pour équilibrer les intérêts des demandeurs, des défendeurs et la poursuite efficace de l'instance. L'article 84 prévoit une exception pour les affaires transnationales.

Article 81. Moyens de remédier au non-respect des règles de notification

Si la notification de l'acte n'a pas satisfait aux exigences des articles 74 à 79, il est remédié au non-respect de ces exigences si le comportement du destinataire de l'acte au cours de la procédure permet d'établir qu'il a reçu l'acte à notifier en personne et dans un délai suffisant pour préparer sa défense ou pour répondre de toute autre manière requise par la nature de l'acte.

Commentaires:

1. Bien que le Règlement européen sur la notification ¹⁵⁰ ne prévoit pas de règles pour remédier à une notification défectueuse, une telle possibilité est courante dans les codes de procédure nationaux des systèmes juridiques européens, par exemple en Allemagne, Angleterre, Autriche, Estonie, Grèce, Pologne, Roumanie et Suisse ¹⁵¹. Il est généralement admis que lorsqu'un destinataire reçoit effectivement l'acte, tout défaut de forme de la notification perd toute pertinence. C'est là une solution appropriée car la fonction principale de la notification des documents, qui est de garantir au destinataire un accès approprié aux informations contenues dans l'acte, est remplie par la réception effective. Aussi

¹⁴⁹ Arrêt du 17 novembre 2011, *Hypoteční banka* (C-327/10, Rec. 2011 p. I-11543) ECLI:EU:C:2011:745 ; et, arrêt du 15 mars 2012, *G/Cornelius de Visser* (C-292/10) ECLI:EU:C:2012:142.'

¹⁵⁰ L'article 8(3) du Règlement européen sur la notification n'est pas exactement un dispositif pour remédier au non-respect de la notification parce que la notification qui n'est pas conforme aux exigences linguistiques de l'article 8(1) ne constitue pas une violation du Règlement et ne rend pas la procédure invalide (Ordonnance de la Cour du 4 mai 2016 *Monster Energy Company* contre Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (C-603/15 P) ECLI:EU:C:2016:332).

¹⁵¹ Cette approche n'est toutefois pas adoptée en Belgique, en France ou aux Pays-Bas.

l'article 81 adopte-t-il cette approche.

2. Si la notification d'un acte fixe la date à laquelle un délai commence à courir, le destinataire peut ne pas avoir suffisamment de temps pour répondre. Par conséquent, il ne sera remédié au non-respect des règles de notification que si le destinataire a eu suffisamment de temps pour préparer sa défense ou pour répondre de toute autre manière requise par la nature de l'acte. Ces cas sont également traités dans le contexte du jugement par défaut (articles 70, 138 et suivants) ou ils peuvent être traités dans le contexte général de la *restitutio in integrum* qui n'est pas traitée de façon générale par les présentes Règles.

3. Le texte du présent article est basé sur l'article 18 du Règlement TEE. Il est cependant plus large dans son application que ce dernier, étant donné que l'article 81 s'applique non seulement à la notification de l'acte introductif d'instance, mais également aux actes qui appellent des parties à comparaître.

SECTION 3 – Notifications transnationales

A. Au sein de l'Union européenne

Article 82. Conditions concernant la langue

1) Si le destinataire est une personne physique n'exerçant pas d'activité professionnelle indépendante, les actes visés à l'article 68 et les informations visées à l'article 69 doivent être rédigés dans une langue de la procédure, ainsi que dans une langue de l'État membre dans lequel le destinataire a sa résidence habituelle, à moins que le destinataire ne comprenne manifestement la langue du juge saisi.

2) Si le destinataire est une personne morale, les actes de procédures visés à l'article 68 et les informations visées à l'article 69 doivent être rédigés dans une langue de la procédure ainsi que dans une langue de l'État membre dans lequel la personne morale a son siège social ou le centre principal de ses activités, ou dans la langue des principaux documents de l'opération litigieuse.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 5.2.

Commentaires:

1. L'article 82(1) et (2) est fondé sur le principe que les consommateurs ou les personnes physiques ont besoin d'une meilleure protection que les entreprises, ce principe étant consacré dans les droits nationaux européens et le droit de l'Union européenne. La règle qu'il renferme diffère cependant du droit de l'Union européenne. Elle entérine la meilleure solution juridique selon laquelle la protection des consommateurs ne doit pas être sacrifiée pour contenir les coûts de traduction. En ce qui concerne les litiges commerciaux (B2B), l'exception prévue à l'article 82(2) permet de réduire les coûts de traduction si la langue de la procédure et la langue utilisée dans l'opération litigieuse correspondent. Ainsi, si les négociations et l'opération commerciale ont été conduites en anglais, mais le tribunal saisi est par exemple en France, une traduction du français vers l'anglais serait nécessaire à moins que les tribunaux français ne permettent que la procédure se déroule en anglais.

2. Bien que les exigences requises concernant la langue et la traduction ne garantissent pas dans tous les cas que le destinataire comprendra correctement les actes de procédure, elles forment une présomption acceptable. Le lieu de la résidence habituelle et le lieu du centre principal de ses activités se réfèrent à un lien de fait entre le destinataire et le lieu de la notification.

3. Le Règlement européen sur la signification et la notification adopte la règle selon laquelle il appartient au défendeur de répondre qu'il n'est pas en mesure de comprendre les documents notifiés. À l'inverse du Règlement, l'article 82 adopte à une approche objective selon laquelle le juge ne devrait pas simplement se fonder sur les allégations du demandeur concernant les compétences linguistiques du défendeur. Si l'article 82 n'établit pas de critères pour ce qui est des compétences linguistiques, il indique clairement qu'une exception à l'exigence de traduction n'est acceptable que dans de rares cas, par exemple, si le demandeur peut produire un document rédigé par le défendeur dans la langue concernée ou s'il dispose de preuves établissant que la profession du défendeur implique la connaissance de cette langue, par exemple, comme professeur de langue ou interprète, ou que le défendeur a vécu dans l'État du juge saisi pendant un certain temps et que l'on peut donc présumer qu'il connaît cette langue. Il en va de même si le défendeur est un ressortissant de l'État du juge saisi mais vit actuellement ailleurs.

4. Contrairement à la règle contenue dans le Règlement européen sur la signification et la notification, il n'est pas nécessaire de donner ici au défendeur un droit formel de refuser de recevoir l'acte si la notification ne satisfait pas aux exigences linguistiques de l'article 82. Un tel droit nécessiterait des précisions supplémentaires en ce qui concerne le temps, le lieu et la forme du refus et pourrait être une source potentielle d'erreur de procédure. Si l'acte n'est pas conforme à l'article 82, la notification est inefficace et il ne peut être remédié au défaut sur la base de l'article 81. Le défendeur peut invoquer l'inefficacité de la notification devant la juridiction saisie.

Article 83. Non-application de l'article 81

Si la notification des actes de procédure n'est pas conforme aux exigences linguistiques de l'article 82, l'article 81 ne s'applique pas.

Commentaires:

1. L'article 83 prévoit que le non-respect des exigences linguistiques de l'article 82 rendra la notification inefficace.

2. L'article 82 n'accorde toutefois pas au destinataire de l'acte un droit formel de refuser la notification, comme le prévoit, par exemple, l'article 8 du Règlement européen sur la signification et la notification. Un tel droit formel de refuser la notification n'est pas nécessaire tant que le destinataire peut s'opposer à la notification d'actes dans la procédure en cours. Afin de préserver cette possibilité, lorsque le destinataire reçoit effectivement les documents, même dans une langue non conforme aux exigences de l'article 82, le défaut ne doit pas être corrigé.

Article 84. Délai de distance

Si le destinataire est domicilié dans un autre État membre de l'Union européenne que celui du juge saisi, le délai prévu à l'article 80(3) est de quatre semaines au lieu de deux semaines.

Commentaires:

1. L'article 80 établit des règles résiduelles de notification, qui s'appliquent lorsque tous les autres modes de notification prévus aux articles 74 à 78 ont échoué.
2. Les délais applicables aux modes de notification énoncés à l'article 80(3) sont modifiés par l'article 84. Tandis que le délai de deux semaines pour la notification prévue à l'article 80(3) semble être approprié pour les affaires nationales car il laisse au destinataire la possibilité raisonnable de recevoir la notification et d'obtenir l'acte, cela ne semble pas approprié pour la notification transnationale. Dans les situations transfrontalières, un délai plus long semble raisonnable pour garantir au destinataire une possibilité équitable de recevoir la notification et d'obtenir l'acte à sa dernière adresse connue, ou d'avoir connaissance de la publication dans l'État du juge saisi.

B. En dehors de l'Union européenne

Article 85. Disposition générale

Les règles précédentes s'appliquent également lorsque le destinataire n'a ni domicile, ni résidence habituelle dans l'Union européenne, sous réserve de l'article 86.

Commentaires:

1. Toutes les règles contenues dans cette partie sont applicables pour la notification des actes si le destinataire n'a pas de domicile ou de résidence habituelle dans l'Union européenne. Lorsqu'un État membre de l'Union européenne est également un État contractant de la Convention HCCH Notification de 1965, voir l'article 86.
2. En ce qui concerne la possibilité d'utiliser la notification électronique en présence d'un élément transnational, cette règle évite la formulation ambiguë de notification "à l'étranger" figurant à l'article 1 de la Convention HCCH Notification de 1965. Il la remplace par l'exigence selon laquelle le destinataire n'a "ni domicile, ni résidence habituelle" dans l'Union européenne.

Article 86. Relation avec la Convention de La Haye sur la notification

Lorsqu'un acte judiciaire ou extrajudiciaire est notifié en dehors de l'Union européenne, les dispositions précédentes s'appliquent sans préjudice de l'application de la Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et à la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Commentaires:

1. En ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, lorsque l'État du juge saisi et l'État où le destinataire de l'acte a un domicile ou une résidence habituelle sont également des États contractants à la Convention HCCH Notification de 1965, cette Convention prévaudra.

PARTIE VII – ACCÈS AUX INFORMATIONS ET PREUVES

Introduction

1. La présentation des preuves et leur évaluation sont au cœur de la procédure civile. L'accès effectif aux informations et aux preuves sont des outils de base qui garantissent que l'accès à la justice est un droit réel et non pas un simple droit théorique (article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme; article 47 de la Charte européenne des droits fondamentaux).

2. Il existe une grande diversité entre les systèmes juridiques européens pour ce qui est de l'approche pour recueillir les preuves, et en particulier pour accéder aux informations pertinentes. Ce fait résulte de divers facteurs: la distinction entre le droit civil et la *common law*, l'histoire juridique et la culture procédurale, et en particulier la répartition des rôles entre le juge et les parties. La recherche comparative montre que de nombreuses questions fondamentales du droit de la preuve sont marquées par de profondes divergences, notamment en ce qui concerne le degré de formalisme dans la collecte de preuves, la conception du principe de l'immédiateté et pour ce qui est des conditions d'obtention d'informations ou de preuve détenues par la partie adverse ou des tiers. Inévitablement, la mesure dans laquelle les règles de preuve sont considérées comme satisfaisantes varie selon les systèmes juridiques; par exemple, la valeur probatoire est liée à la manière dont la preuve a été recueillie, et ceci influe sur l'efficacité de l'accès à la justice en termes pratiques lorsque des éléments factuels ne peuvent être prouvés que par des témoins, par exemple dans les cas nombreux de responsabilité délictuelle. En outre, il sera d'autant plus probable que des réclamations soient portées devant les tribunaux lorsque la facilité d'accès aux informations et aux preuves pourra être garantie.

3. Les divergences d'approches concernant la preuve peuvent être à l'origine de difficultés dans les litiges transfrontaliers. Le Règlement obtention des preuves et la Convention HCCH Preuves de 1970¹⁵² ne visent pas à harmoniser les règles de preuve au niveau international et, par conséquent, ces instruments ne peuvent pas éviter que les divergences d'approches en matière de preuve comme l'accès à l'information ou la production des preuves détenues par la partie adverse et les tiers, puissent entraver la coopération.

4. La présente Partie tente d'identifier la meilleure approche pour ce qui est de l'accès aux informations et aux preuves. À cet effet, elle identifie les règles communes aux systèmes juridiques européens en matière de droit de la preuve et celles qui sont les meilleures ou les plus pratiques, notamment concernant l'administration de la preuve. À cet effet, il sera tenu compte notamment des Principes ALI/UNIDROIT, des Règles de l'IBA sur les preuves et des instruments juridiques traitant de la question des preuves et de l'accès aux informations au sein de l'Union européenne (Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle¹⁵³; Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles¹⁵⁴; Règlement sur la signification et la notification des actes; et projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet).

¹⁵² Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (Convention HCCH Preuves de 1970).

¹⁵³ Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle (Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle).

¹⁵⁴ Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne (Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles).

SECTION 1 – Partie générale

A. Dispositions générales sur la preuve

Article 87. Standard probatoire

Un fait contesté est prouvé si le juge est raisonnablement convaincu de sa véracité.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 21.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 28.2.

Commentaires:

1. La détermination du standard probatoire dans l'instance civile est d'importance capitale. Il détermine pour une large part la stratégie procédurale des parties, mais également l'approche adoptée par le juge pour établir les faits. Dans la théorie juridique, on se réfère couramment à différents standards probatoires possibles, dont chacun exige du juge de parvenir à différents degrés de conviction. Le critère minimal acceptable à cet égard est que le juge forme son opinion selon un bilan des probabilités, selon la conviction que l'existence d'un fait est plus probable qu'improbable. L'article 87 définit un niveau élevé de preuve dans les procédures civiles. Il exige que le juge soit "raisonnablement convaincu" de la véracité d'un fait. Cela doit être compris comme "aussi près d'être pleinement convaincu que possible", tout en acceptant qu'être pleinement convaincu est un idéal qui ne peut généralement pas être réalisé en pratique.

2. Le terme "véracité" dans ce contexte doit être compris sans aucune connotation philosophique. Il vise simplement à décrire le niveau ou le degré de confiance suffisant pour que le juge rende sa décision sur la base des faits. Le terme "convaincu" doit également être traité avec prudence. Il doit être compris comme synonyme de "satisfait". Il est donc nécessaire de concevoir, tout en se tenant à l'objectif d'établir un critère d'appréciation exigeant, qu'il existe une certaine souplesse et un besoin de s'adapter aux circonstances de chaque procédure pour évaluer le degré de véracité permettant au juge d'être "raisonnablement convaincu".

3. Le juge ne peut se considérer convaincu ou satisfait de la véracité d'une allégation factuelle que s'il a tenu compte de tous les éléments de preuve pertinents ou d'autres méthodes valables de preuve telles que celles décrites à l'article 88. Le juge ne peut jamais fonder sa décision sur des questions de fait en se fondant sur des éléments relevant de sa connaissance personnelle.

Article 88. Dispense de preuve

1) N'ont pas à être prouvés:

- a) les faits reconnus;**
- b) les faits non contestés;**
- c) les faits notoires pour le juge.**

2) Des faits peuvent être présumés sur le fondement d'autres faits établis.

3) Si une partie ayant en sa possession ou sous son contrôle des éléments probatoires relatifs à un fait pertinent s'abstient de les produire sans motif légitime, le juge peut considérer le fait pertinent comme établi.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 21.3.

Commentaires:

1. L'article 88(1) reflète l'approche adoptée par la plupart des systèmes juridiques européens s'agissant des questions ne demandant pas à être prouvées.

2. Dans l'article 88(1), les termes "faits reconnus" doivent être compris dans le sens d'avoir été "activement" ou "expressément" reconnus. Les "faits non contestés" sont liés au principe de l'autonomie des parties, c'est-à-dire qu'il appartient aux parties de contester un fait avancé par la partie adverse. Dans certains systèmes juridiques, des faits non contestés s'imposent comme tels au juge, tandis que dans d'autres, le juge peut tout simplement considérer les faits non contestés comme ayant été prouvés ou vrais. La question de l'évaluation des faits incontestés, en vertu des présentes Règles, est une question de libre appréciation du juge (article 98). Pour que le fait soit "notoire", il doit être notoire pour le juge, c'est-à-dire qu'il s'agit de questions établies et bien connues de la communauté et du contexte où se trouve le tribunal. Exemples: le réseau public de métro de la capitale est bondé aux heures de pointe; les tigres ne sont pas une espèce indigène des États d'Europe occidentale. Le juge peut informer les parties qu'il considère qu'un fait est notoire. S'il le fait, il peut dispenser la partie qui présente un tel fait d'avoir à le prouver de manière spécifique. Le juge ne doit cependant pas tenir compte de questions relevant de sa connaissance personnelle des faits pertinents de l'affaire, c'est-à-dire d'une connaissance obtenue par des moyens différents de ceux établis dans les présentes Règles.

3. L'utilisation de présomptions, comme celle énoncée à l'article 88(2) permettant d'établir la véracité des faits, est connue de tous les systèmes juridiques. Sauf disposition légale contraire, les présomptions sont toujours réfutables.

4. L'article 88(3), conformément aux dispositions précédentes de l'article 88, fournit un moyen spécifique d'établir la véracité d'un fait contesté. Si une partie ne présente pas de preuve là où elle pourrait le faire, le juge peut en déduire que la preuve nuit à l'affaire de la partie et peut considérer que le fait a été prouvé. Cet article est lié à l'article 99 sur les sanctions, lorsqu'une partie n'a pas exécuté une décision du juge de produire des preuves. Le concept de "fait pertinent" doit être interprété conformément aux articles 24, 89 et 92.

Article 89. Pertinence

1) Toute preuve pertinente est recevable.

2) Le juge, d'office ou sur requête d'une partie, écarte les preuves non pertinentes. La pertinence est déterminée par le juge au regard des écritures des parties.

Sources:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 25.1, 28.3.2, et 25.2.

Commentaires:

1. L'article 89 doit être interprété à la lumière des articles 23 et 25 qui concernent l'objet du litige et l'obligation faite aux parties de prouver les faits pertinents en produisant les éléments de preuve à l'appui des faits allégués.

2. L'article 89(2) vise à clarifier la nature des devoirs et pouvoirs du juge lorsque les éléments de preuve présentés par une partie ne sont pas pertinents. Il appartient au juge de déterminer la pertinence de la preuve. Lorsque des preuves sont divulguées spontanément par une partie ou à la suite d'une décision visant à garantir l'accès aux preuves, le juge peut, discrétionnairement, les exclure lorsqu'elles sont redondantes, inutilement lourdes, créent un coût ou un retard trop élevé, ou donnent lieu à un préjudice. Le juge doit évaluer ces questions dans le cadre du processus par lequel il gère l'obtention des preuves (voir les articles 49(11), 62(2), 64(4) à (6) et 92). Ces aspects ne sont pas à considérer comme étant en relation avec la question de savoir si la preuve est pertinente. Lorsqu'il examine la pertinence de la preuve, le juge doit tenir compte de la nature et de l'objet de toute preuve proposée, de son lien avec des faits ou des questions en litige dans la procédure, et de son caractère probatoire.

Article 90. Preuves illégalement obtenues

1) Sous réserve de l'application du paragraphe suivant, les preuves illégalement obtenues sont écartées de la procédure.

2) Toutefois, dans des cas exceptionnels, le juge peut déclarer recevable une preuve illégalement obtenue si elle constitue le seul moyen d'établir les faits. Lors de sa décision sur l'admissibilité de la preuve, le juge tient compte du comportement de l'autre partie ou de tiers ainsi que de la gravité de la violation.

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 25.1.

Commentaires:

1. La question des preuves illégalement obtenues n'est pas traitée de manière uniforme dans tous les systèmes juridiques européens. L'approche retenue comme règle générale à l'article 90(1) est celle adoptée par certains pays. L'exception prévue à l'article 90(2) reflète la règle qui a été acceptée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme au titre d'une exception qu'elle a établie et qui est censée découler du droit à la preuve. Par exemple, elle a admis que lorsque des preuves obtenues illégalement sont le seul moyen pour une partie d'établir des faits et ainsi de s'acquitter de la charge de la preuve, elles devraient être recevables ¹⁵⁵.

2. La règle générale de l'article 90(1) est cependant que les preuves illégalement obtenues sont irrecevables et doivent être écartées de la procédure. Ceci est particulièrement important lorsque l'illégalité découle d'une violation des droits fondamentaux d'une partie ou d'un tiers. L'exclusion doit être comprise dans le sens où la preuve ne peut aucunement être utilisée par le juge pour une quelconque décision de la procédure.

3. Les exceptions à la règle générale, en vertu de l'article 90(2), devraient être rares. Elles ne devraient être autorisées qu'à l'issue d'un examen minutieux du juge prenant en compte tous les

¹⁵⁵ Voir CEDH L.L. c. France (Requête n° 7508/02), Arrêt de deuxième section du 10 octobre 2006 concernant l'article 41; N.N. et T.A. c. Belgique, (Requête n° 65097/01), Arrêt du 9 février 2006.

intérêts pertinents en jeu, notamment le droit d'accès aux preuves et la protection des droits fondamentaux, en particulier ceux liés à la vie privée, à la bonne foi et au comportement correct.

4. Les critères pour définir l'illégalité varient d'un système juridique à l'autre et sont appliqués différemment selon le droit matériel du pays. Ainsi, différentes approches peuvent être adoptées dans des cas où les preuves sont fournies, par exemple, par une lettre adressée à quelqu'un qui a été ouverte sans son consentement; par l'enregistrement d'une conversation à l'insu du locuteur; par les fichiers personnels de l'ordinateur d'un employé auxquels l'employeur a eu accès; ou par des images enregistrées par une caméra de tableau de bord située à l'avant d'une voiture. Les preuves obtenues par la torture doivent toujours être exclues.

4. Il faut souligner que la possibilité d'admettre des exceptions à la règle générale ne doit pas être considérée comme une promotion de l'illégalité dans l'obtention des preuves. La règle générale de l'article 90(1) vise au contraire à dissuader l'illégalité. Cela est conforté par le fait que les règles de la présente Partie visent à fournir aux parties des moyens justes, raisonnables et appropriés pour l'administration des preuves.

Article 91. Secret, confidentialité et immunités

1) Toute personne entendue aux fins d'information, de production de preuves ou d'autres informations peut, le cas échéant, se prévaloir des règles relatives aux secrets, à la confidentialité, aux immunités et protections similaires.

2) Une preuve ne peut être obtenue en violation notamment:

- a) du droit d'un époux, d'un partenaire assimilé à un époux ou d'un parent proche d'une partie de refuser de témoigner;**
- b) du droit d'une personne de ne pas s'auto-incriminer;**
- c) du secret professionnel de l'avocat, d'autres droits ou obligations professionnels au secret et de confidentialité de secret des affaires ou autres intérêts similaires dans les conditions prévues par la loi applicable;**
- d) de la confidentialité des échanges dans le cadre de négociations amiables, à moins que les négociations n'aient eu lieu au cours d'une audience publique ou que des intérêts publics primordiaux ne l'exigent;**
- e) des intérêts de la sécurité nationale, de secrets d'État ou d'autres questions similaires d'intérêt public.**

3) Lorsqu'il décide s'il y a lieu de tirer des conséquences défavorables à une partie ou de prononcer d'autres sanctions, le juge apprécie si ces protections sont de nature à justifier la non divulgation par cette partie de preuves ou autres informations.

4) Le juge tient compte de ces protections lorsqu'il exerce son pouvoir de prononcer des sanctions à l'encontre d'une partie ou d'un tiers afin de les contraindre à divulguer certaines preuves ou autres informations.

5) Celui qui invoque un secret, la confidentialité, une immunité ou toute autre protection similaire concernant une pièce doit décrire celle-ci de façon suffisamment détaillée afin de permettre à une autre partie de contester.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 18.1, 18.2 et 18.3.

Commentaires:

1. La raison de prévoir des protections répond à la nécessité de privilégier certains intérêts primant l'importance d'accéder aux meilleures preuves pour établir la vérité. Ainsi, les relations familiales, la confidentialité des relations professionnelles et le droit de ne pas s'auto-incriminer (*nemo tenetur se ipsum accusare*) sont des exemples d'intérêts protégés. Par conséquent, nul n'est obligé de souscrire une déclaration écrite de témoin ou de témoigner lors d'une audition s'il est un conjoint, un partenaire assimilé à un époux en vertu du droit national applicable, un descendant, un frère ou une sœur ou le parent proche d'une partie. Un témoin peut également refuser de répondre à des questions si cela violerait un secret professionnel applicable ou une autre obligation de confidentialité imposée par le droit national.

2. Le juge a le devoir d'appliquer les protections en vertu de l'article 91, en procédant d'office. Le juge peut cependant ne pas avoir connaissance des protections pertinentes. L'application de la règle dépend donc de la coopération des parties avec le juge pour attirer l'attention sur les protections applicables (voir l'article 6). Les protections absolues doivent être appliquées dans tous les cas. Les protections peuvent aussi être relatives, la protection étant annulée lorsque la personne protégée consent à y renoncer. Les protections peuvent également être annulées lorsque, dans des cas spécifiques, le juge a l'obligation primordiale, en vertu du droit matériel, d'établir la vérité (voir projet de règles de procédure de la juridiction unifiée du brevet, règle 179.3.)

3. Certaines protections sont fondées sur le droit de garder le silence, par exemple, s'agissant des parents proches, alors que les privilèges professionnels ne dépendent pas de la personne qui pourrait témoigner, ainsi le privilège juridique professionnel appartient au client et non à son avocat et seul le client peut y renoncer. Dans certains cas, des intérêts publics sont en jeu et seul l'État peut renoncer à la protection. Lorsqu'une personne qui a le droit de témoigner ou de garder le silence a choisi de renoncer à la protection, par exemple en prêtant serment de témoigner pendant le procès, elle ne peut alors changer d'avis. Une fois qu'une personne a renoncé à une protection, elle ne peut plus s'en prévaloir à nouveau.

4. Il est possible qu'une protection soit levée par inadvertance. Lorsque tel est le cas, le juge devrait examiner si la protection offerte par l'article 91(1) a été perdue ou si elle doit être maintenue. Pour trancher cette question, il devrait tenir compte du principe qui préside à la protection.

5. Le présent article doit être lu en corrélation avec les règles concernant les décisions d'administration des preuves, qui s'appliquent seulement aux preuves non couvertes par des protections (voir les articles 100(a) et suivants). (Voir le rapport Storme, règle 4.1.3.)

6. En ce qui concerne l'article 91(1), les protections personnelles couvrent toutes les personnes, quel que soit leur statut procédural, qui sont entendues afin d'obtenir des informations sur l'affaire. La protection couvre toute la durée de la procédure, y compris les auditions et la collecte d'informations avant le procès.

7. L'article 91(2)(a) concerne la protection accordée aux relations familiales. La définition du cercle des personnes couvertes par la protection est strictement liée au droit de la famille et devrait donc être faite sur la base du droit national. L'article 91(2)(b) protège le droit de pas s'auto-incriminer tel qu'il est établi dans le droit national.

8. L'article 91(2)(c) couvre toutes les situations mettant en cause des intérêts protégés, c'est-à-dire des intérêts primant celui d'obtenir les meilleures preuves et la recherche de la vérité. Leur objet doit être défini par le droit national. En règle générale, de tels intérêts sont fondés sur la confidentialité professionnelle, par exemple des avocats, du clergé, des professionnels de santé, des journalistes.

D'autres intérêts peuvent également être protégés, ainsi les secrets d'affaires (voir l'article 9 de la Directive sur les secrets d'affaires ¹⁵⁶). La référence aux "autres intérêts similaires dans les conditions prévues par la loi applicable" doit être interprétée de manière ouverte et flexible. Elle pourrait donc renvoyer au droit international privé du for. Dans la plupart des cas, la règle de droit international privé pertinente fera référence à la loi du for en tant que loi applicable pour déterminer l'étendue de la protection ou de la situation équivalente. Dans certains cas, cependant, il peut s'agir de la loi applicable à la relation juridique couverte par la protection, par exemple, le secret professionnel de l'avocat.

9. L'article 91(2)(d) concerne la situation de médiation, avec la protection accordée au contenu des échanges dans le cadre d'une résolution amiable entre les parties. Il reflète la protection reconnue à l'article 7 de la Directive sur la médiation en matière civile et commerciale. Selon la Directive, en règle générale, les médiateurs et les personnes participant au processus de médiation ne sont pas tenus de témoigner dans une procédure judiciaire concernant les informations obtenues au cours de ce processus. Il existe toutefois des exceptions à cette règle, à savoir lorsque la preuve est: a) nécessaire pour des considérations impérieuses d'ordre public, notamment pour assurer l'intégrité physique d'une personne; ou b) la divulgation du contenu de l'accord est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son application. Ce dernier cas peut être compris comme une question de fait.

10. L'article 91(2)(e) reflète le principe de la plupart des ordres juridiques admettant que certains intérêts publics, tels que la sécurité nationale, l'emportent sur tout intérêt lié à l'accès aux preuves.

11. L'article 91(2) ne doit pas être interprété comme fournissant une liste exhaustive de tous les chefs de privilège, d'immunité ou de protection similaire qui pourraient être invoqués avec succès. Le droit national doit permettre d'exercer une certaine marge d'appréciation pour étendre la portée de ces privilèges et immunités.

12. S'agissant des litiges transnationaux, l'article 14.1 du Règlement obtention des preuves qui énonce les cas dans lesquels un individu peut refuser de témoigner devra être pris en considération.

13. L'article 91(3) limite la capacité du juge à tirer des conclusions défavorables ou à imposer des sanctions lorsqu'une personne fait valoir une protection. En d'autres termes, le juge ne peut tirer de telles conclusions ou imposer des sanctions sauf s'il conclut que la protection invoquée n'est pas justifiée à défaut de raison valable pour ne pas divulguer des preuves ou des informations.

14. L'article 91(4) exige du juge qu'il tienne dûment compte des diverses protections lorsqu'il envisage de prononcer des sanctions. Il devrait veiller à ne pas les prononcer lorsqu'une protection est applicable. Les tribunaux et les autres autorités publiques devraient garantir l'application effective des protections en matière de preuve.

15. L'article 91(5) vise à assurer qu'il n'est pas fait abus ou mauvaise utilisation des protections. Afin que les protections ne puissent pas être utilisées pour dissimuler des informations et des éléments de preuve, l'article prévoit qu'une personne invoquant une protection concernant une information ou une pièce spécifique doit la décrire avec précision. Cette disposition vise à garantir qu'une partie qui souhaite contester l'affirmation puisse le faire efficacement. La règle doit cependant être interprétée avec prudence pour éviter qu'une partie puisse s'en prévaloir pour obtenir des détails concernant les informations protégées et, de ce fait, nuire à l'efficacité de la protection.

¹⁵⁶ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (directive sur les secrets d'affaires).

B. Administration de la preuve

Article 92. Administration et présentation des preuves

- 1) Lorsque cela est nécessaire et approprié, le juge ordonne l'administration des preuves pertinentes proposées par une partie. Dans ce cas, le juge peut prendre des décisions relatives au déroulement et au moment de la production des preuves. Il peut également, le cas échéant, décider de la forme selon laquelle la preuve sera produite. Les articles 49(9) et (11), 50, 62, 64(3) à (6) et 107 sont applicables.**
- 2) Le juge, après avoir donné aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations, peut suggérer une preuve non proposée par une partie s'il la considère comme pertinente quant à une question litigieuse. Si une partie accepte la suggestion, le juge ordonne l'administration de la preuve qui peut ainsi venir au soutien des allégations de fait et de droit de cette partie.**
- 3) Exceptionnellement, le juge, après avoir donné aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations, peut ordonner l'administration d'une preuve non proposée par une partie.**
- 4) Le juge accorde à chaque partie une égale possibilité et le temps adéquat pour répondre aux preuves produites par une autre partie ou dont l'administration a été ordonnée par le juge.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.4-5.5, 9.3, 14.1-3, et 22.2.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 18.3.4 et 28.3.1.

Commentaires:

1. Dans certains systèmes juridiques, il existe un droit fondamental à la preuve inscrit dans la Constitution. Ce droit a également été considéré comme un aspect du droit à un procès équitable en vertu de l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 92(1) met en œuvre ces droits et souligne l'importance primordiale du droit à la preuve dans le cadre général du droit d'accès à la justice. Cette règle doit être appliquée de manière cohérente avec le droit d'être entendu et le droit de la défense, de sorte que, lorsque le juge examine s'il est nécessaire ou approprié d'ordonner l'administration des preuves, il doit donner aux parties la possibilité de présenter des observations sur ces questions (voir les articles 11 et 16(1), 49(11), 50(1) deuxième phrase, 50(2), 55(1) deuxième phrase, 61(2) à (4)).

2. L'article 92(1) reflète l'importance qui est donnée actuellement à la conduite de l'instance (voir les articles 49(9) et (11) et 50). Les décisions concernant l'administration des preuves pertinentes doivent être proportionnées (voir les articles 5, 6 et 89). La circonstance "nécessaire" n'indique pas que le juge a le pouvoir général d'ordonner d'office l'administration de la preuve. Un pouvoir limité à cet égard est défini dans l'article 92(3) lu en corrélation avec l'article 25(3). Cette référence au concept de nécessité à l'article 92(1) vise à clarifier que le juge devra prendre les mesures utiles à l'administration des preuves recevables, par exemple prendre des dispositions pour permettre aux témoins d'être entendus. La référence à "la forme selon laquelle la preuve sera produite" comprend, le cas échéant, l'utilisation des nouvelles technologies telles que les technologies de l'information, les moyens électroniques et les autres formes de communication et médias (voir également les articles 97(3), 111(2), 112(2) et 124(2)).

3. L'article 92(1) concerne les décisions les plus importantes rendues par le juge en matière de preuve. Il pourrait donc y avoir de bonnes raisons pour qu'une partie les conteste. Cette situation peut se présenter de deux manières: la partie dont la preuve a été refusée peut essayer de la faire admettre; ou encore, la partie peut contester la recevabilité de la preuve proposée par l'autre partie, si elle estime qu'elle est irrecevable. L'article 92 ne définit pas une formalité spécifique pour contester la décision du juge. La Partie IX envisage la contestation immédiate des irrégularités de procédure (voir les articles 178, 50(3)) ainsi que la possibilité de recours immédiat dans des cas particuliers (voir l'article 179(2)). Un recours formé contre un jugement définitif, fondé sur le refus du juge d'admettre des preuves pertinentes, ne pourrait prospérer que si la partie a contesté dans les formes requises la décision au moment où elle a été rendue (pour les recours formés par des tiers, voir le commentaire 6).

4. L'article 92(2) et (3), ainsi que la règle générale énoncée à l'article 25(3), concernent une question controversée concernant laquelle les systèmes juridiques européens n'ont pas de position commune. La démarche retenue vise à refléter un compromis qui, s'il est correctement appliqué, devrait fournir une approche optimale pour l'avenir. Les deux dispositions ont un même point de départ: le juge procède tout d'abord à l'examen de l'affaire et des preuves proposées par les parties; il doit ensuite examiner quels éléments de preuve supplémentaires, le cas échéant, pourraient être utiles ou nécessaires pour lui permettre d'établir les faits. Les deux dispositions traitent des pouvoirs du juge lorsqu'il estime qu'une preuve supplémentaire serait utile. En premier lieu, l'article 92(2) confère au juge un pouvoir limité de suggérer aux parties des éléments de preuve supplémentaires qui pourraient être présentés par les parties elles-mêmes. Lorsqu'une partie est d'accord avec la suggestion du juge, celui-ci peut alors ordonner l'administration de la preuve. Ce pouvoir donné au juge est corrélé au principe de disposition des parties et ne permet pas au juge d'ordonner d'office l'administration de la preuve. En deuxième lieu, l'article 92(3) confère au juge un pouvoir limité d'ordonner d'office l'administration de la preuve. Ce pouvoir ne devrait être exercé que dans des circonstances exceptionnelles, la règle générale devant être que le juge laisse agir les parties qui présentent les preuves à l'appui de leurs moyens en demande et en défense. Cet article s'applique sans préjudice de l'article 120 portant sur les experts désignés par le juge. Le pouvoir exceptionnel de l'article 92(3) pourrait par exemple être exercé par le juge lorsqu'il estime qu'une opération ou des affaires entre les parties étaient illégales ou qu'une clause contractuelle était nulle, comme le prévoit le droit de l'Union européenne en matière de protection des consommateurs (voir le Préambule VI.6 et les articles 24 commentaire 3, 26 commentaires 1, 2 et 5). Le juge peut également avoir à jouer un rôle actif en vertu de l'article 92(3) si l'une des parties, ou les deux, n'ont pas de représentation légale et ne sont donc pas en mesure d'identifier les éléments de preuve pertinents. En outre, les pouvoirs en vertu de l'article 92(2) et (3) sont considérés comme davantage acceptables dans des procédures où le principe de l'autonomie des parties ne s'applique pas pleinement (par exemple, les instances concernant des dommages causés par une violation du droit européen de la concurrence où le juge pourrait être lié par les résultats des enquêtes des pouvoirs publics). Cela étant dit, ils doivent tous deux être exercés avec prudence. Avant d'exercer ses pouvoirs en vertu de ces articles, le juge doit tenir compte du coût de la mesure et choisir l'option la moins coûteuse à parité de résultat, en se basant soit sur l'article 92(2) soit sur l'article 92(3) (voir l'article 89). Avant d'ordonner l'administration des preuves en vertu de l'une de ces deux règles, le juge doit donner aux parties la possibilité de présenter des observations (article 92(4)).

5. Le juge ne peut pas introduire de nouveaux faits en exerçant ses pouvoirs en vertu de l'article 92(2) ou (3) (voir les articles 23 et 24(2)).

6. Les dispositions de cet article ne visent pas à suggérer que les décisions rendues ne sont pas soumises au droit de recours de tiers au litige (voir la Partie IX, articles 178 et 180).

7. Voir l'article 11 sur la présentation des demandes et des moyens de défense en général.

Article 93. Admission par défaut de contestation

Le juge peut décider que l'absence injustifiée de réponse en temps utile d'une partie à une allégation de la partie adverse constitue un fondement suffisant pour considérer cette allégation comme admise ou acceptée. Préalablement, le juge informe la partie qu'il envisage de tirer une telle conclusion et lui donne la possibilité de faire valoir ses observations.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 11.4.

Commentaires:

1. L'article 93 correspond aux articles 27, 47 et 48 pour les allégations de fait tardives et à l'article 88(1)(b) pour les faits non contestés. Il est lié au principe de l'autonomie des parties. Il n'oblige pas le juge à prendre des mesures particulières. Au contraire, il donne au juge le pouvoir de décider de l'effet que la non-contestation des preuves par une partie doit avoir dans la procédure.
2. L'article établit également une exigence spécifique à laquelle le juge doit se conformer avant de tirer une conclusion défavorable du défaut d'une partie de contester des preuves. Il oblige le juge à informer la partie qui n'a pas contesté la preuve de la conclusion qu'il envisage de tirer. Ces informations devraient être fournies de la manière la plus appropriée afin de permettre à cette partie de prendre toutes les mesures appropriées pour contester la preuve si elle le souhaite, par exemple lors d'une audience préliminaire d'examen des preuves ou lors d'une audience de mise en l'état. L'article sert donc à assurer qu'une partie ne soit pas réputée avoir admis une question de fait par simple inadvertance.
3. Une réponse en temps utile peut consister en une simple dénégation du fait allégué. Si le juge le permet, elle peut également consister en une réponse donnée à un stade de la procédure où d'autres allégations de fait sont avancées par les parties.

Article 94. Identification préliminaire des preuves par les parties

Au cours de la phase introductive de la procédure, les parties identifient les preuves qu'elles ont l'intention de produire au soutien de leurs allégations de fait formulées dans leurs conclusions.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 9.2 et 11.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 12.1.

Commentaires:

1. L'article 2 exige que les parties coopèrent afin de favoriser la résolution équitable, efficace et rapide du différend. L'article 94 énonce une application spécifique de ce principe général car il oblige les parties à identifier les éléments de preuve à un stade précoce de la procédure, généralement dans la phase initiale à savoir dans leurs conclusions (voir également les articles 25 et 53).
2. La manière dont les parties sont tenues d'identifier les éléments de preuve peut dépendre des circonstances de l'affaire. Il peut, par exemple, être suffisant de nommer et d'énumérer les preuves, par exemple les noms des témoins, la nature des preuves matérielles, leur emplacement et la personne

qui en a le contrôle, ou, s'il s'agit d'un document, une copie devra peut-être être jointe aux conclusions initiales (voir l'article 53(4)).

Article 95. Communication des preuves

- 1) Les preuves documentaires et matérielles sont mises à la disposition de la partie adverse.**
- 2) Des preuves par témoignage ne peuvent être proposées au juge que si toutes les autres parties ont été informées de l'identité du témoin et de l'objet de la preuve proposée.**
- 3) Le juge peut ordonner aux parties de garder confidentielles les preuves qui leur ont été communiquées.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 29.3.

Commentaires:

1. L'obligation de notification énoncée à l'article 95 est nécessaire à l'équité de la procédure, car elle permet à la partie adverse de contester les preuves en temps utile (voir également les articles 25(2), 49(11), 51(2)(c), 54(4), 64(6)). Par conséquent, lorsque l'absence de notification a pour conséquence la forclusion, la preuve correspondante ne devrait pas être recevable. (Voir le rapport Storme, Règles 4.1 et 4.2.1.)
2. Dans certains systèmes juridiques, les preuves doivent être mises à la disposition de la partie adverse avant d'être présentées au juge. Dans d'autres systèmes juridiques, les preuves peuvent ou doivent être mises à la disposition de la partie adverse et du juge en même temps, ainsi lorsqu'elles sont soumises par un moyen de communication électronique. Dans certains systèmes juridiques, le juge veille directement à ce que les preuves déjà produites soient dûment notifiées à toutes les parties. Dans tous les cas, l'obligation de notification est une question fondamentale dans la préparation des preuves, d'autant plus que la notification empêche les parties de présenter des preuves de manière abusive ou de mauvaise foi. Dès lors, la notification doit être faite de telle manière et dans des délais permettant à la partie adverse d'analyser dûment les preuves et, le cas échéant, de contester leur recevabilité.
3. Les preuves documentaires dans l'article 95(1) couvrent tout type d'information pouvant être enregistrée ou stockée, y compris par des moyens électroniques. Cet article doit être lu en corrélation avec l'article 111. Les preuves matérielles concernent toute preuve non documentaire qui peut être présentée physiquement au juge.
4. L'identification des témoins prévue à l'article 95(2) s'applique aux témoins des faits et aux experts témoins (voir l'article 119). Des exceptions peuvent être faites à cette règle, lorsqu'il est clairement nécessaire de protéger l'identité d'un témoin, par exemple, les dénonciateurs dans le cadre de réclamations en dommages-intérêts pour pratiques anticoncurrentielles (voir l'article 17(5)).
5. La notion d'"objet de la preuve proposée" à l'article 95(2) est directement liée à celle de la pertinence visée à l'article 89. Selon la nature de son objet, la preuve peut être plus ou moins pertinente pour les faits en cause, par exemple, elle peut être pertinente pour les principaux faits en cause ou elle peut ne concerner que des questions spécifiques sur lesquelles un témoin a fait des déclarations dans d'autres procédures ou devant des autorités publiques. Certains systèmes juridiques adoptent l'approche selon laquelle la notification de l'objet de la preuve exige une notification préalable des dépositions orales des témoins, ou une notification préalable des documents qui deviendront en temps

voulu des éléments de preuve et feront l'objet d'un examen plus approfondi.

6. Lorsque cela est requis, les preuves doivent être tenues confidentielles par les parties en vertu de l'article 95(3), qui doit lui-même être interprété conformément aux articles 103 et 104.

Article 96. Preuve additionnelle consécutive à la modification des allégations

Le juge, après avoir donné aux parties la possibilité de faire valoir leurs observations, peut autoriser ou inviter une partie à clarifier ou modifier ses allégations de fait et à proposer des preuves additionnelles en conséquence.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 22.2.1.

Commentaires:

1. L'article 96 concerne principalement l'administration des preuves dans la procédure. Il est particulièrement lié aux articles 11, 49(11), 53(2)(a) et 92(4).

2. La conduite efficace de l'instance revêt une importance particulière s'agissant des preuves. La référence à la clarification et à la modification dans cet article doit être interprétée de manière raisonnablement restrictive. Cette approche vise à garantir la bonne foi et à assurer que les règles relatives à la forclusion et à l'identification en temps opportun des faits et des preuves soient respectées (voir, par exemple, les articles 27, 47, 48, 63(2), 64(4) et 94).

C. Présentation et appréciation des preuves

Article 97. Conduite de l'audience d'administration des preuves

1) Le juge entend et reçoit les preuves directement au cours de l'audience ou des audiences auxquelles les parties sont présentes, à moins que, à titre exceptionnel, il n'ait autorisé que la preuve soit reçue en un autre lieu ou par toute autre personne agissant en son nom.

2) Toute audience au cours de laquelle des preuves sont administrées fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel si l'équipement technique requis est disponible. L'enregistrement est conservé sous le contrôle de la juridiction.

3) L'administration des preuves, en audience publique ou à huis clos, peut, le cas échéant, donner lieu à l'utilisation de technologies telles que la vidéoconférence ou toute autre technologie similaire de communication à distance.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 20.1, 20.3 et 22.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 24.1, 24.2, 24.3, 24.5, 24.6, 24.7, et 30.2.

Commentaires:

1. La présence du juge lors de la réception des preuves (article 97(1)) est une garantie procédurale fondamentale et un aspect du principe de la connaissance immédiate de l'affaire par le juge (principe "d'immédiateté" - voir l'article 64(2)). Il pourrait n'être pas toujours approprié d'administrer la preuve lors d'une audience prenant place dans la phase préparatoire de la procédure (voir l'article 62). Cela pourrait toutefois se produire lorsque, par exemple, le juge administre la preuve en se rendant sur les lieux avec un expert et en présence des parties pour clarifier les faits en cause. En général, cependant, un expert nommé par le tribunal se déplacera pour inspecter les biens ou les lieux hors la présence du juge ou des parties. Si les deux parties se satisfont du rapport préparé par l'expert, alors son rapport et ses conclusions deviendront des faits incontestés et le travail de l'expert sera considéré comme une forme de divulgation (voir les articles 88(1)(b) et 124). Si une partie attaque le rapport avec l'appui de l'expert qu'elle a elle-même désigné, l'expert nommé par le tribunal devra préparer un deuxième rapport à la satisfaction du juge ou être examiné oralement lors d'une audience finale, et l'inspection sur les lieux sera considérée comme une obtention initiale de la preuve par le juge. De même, les déclarations des témoins portent à considérer les faits comme non contestés ou comme participant de la collecte de preuves lorsque le témoin est interrogé oralement sur la base d'une déclaration écrite. Les documents fournis aux parties et au juge pendant la phase préparatoire de la procédure peuvent également donner lieu à des faits incontestés. Ils peuvent également être examinés à une audition dont le but est de vérifier la signification correcte du document. La flexibilité de cette étape préparatoire encourage les activités de clarification en dehors des audiences, qui peuvent ensuite contribuer à l'administration des preuves lors de l'audience finale. Ainsi, la structure moderne souple des instances civiles reflétée dans les présentes Règles tend à effacer les distinctions nettes entre la divulgation traditionnelle et l'administration de la preuve (voir en particulier les articles 62, commentaire 3, et 64).

Dans certaines circonstances, le juge peut autoriser une personne à recevoir la preuve en agissant en son nom, notamment pour des raisons d'efficacité, de coûts ou de proportionnalité (article 97(1)). Ainsi lorsque la preuve doit être recueillie dans un autre pays, le juge peut autoriser à cette fin un professionnel du droit dans ce pays (voir par exemple la solution en vertu du Règlement sur l'obtention des preuves). Compte tenu de l'importance du principe d'immédiateté, cela ne devrait cependant se produire que dans les circonstances exceptionnelles où le juge ne peut pas accéder directement à la preuve, par exemple lorsqu'un témoin situé dans un pays éloigné ne peut pas être cité à comparaître devant la juridiction. Aussi, dans de telles situations, le recours aux nouvelles technologies devrait de préférence être envisagé. Dans certains systèmes juridiques, les enfants, du moins dans certains types d'affaires, ne sont pas entendus directement par le juge mais par un agent public désigné par le tribunal. Cet article ne doit pas faire obstacle à une telle pratique, dès lors que l'intérêt supérieur des enfants l'exige.

2. Le principal objectif de l'article 97 est de garantir que les personnes soient interrogées directement durant la procédure. Si cela n'est pas possible ou raisonnable, une technologie moderne telle que la vidéoconférence peut être utilisée dès lors que la preuve peut être appréciée de manière fiable. Dans les situations transnationales, la souveraineté de l'État peut s'opposer à ce qu'une juridiction nationale entende des personnes à l'étranger. Par conséquent, dans les cas d'assistance juridique et de coopération judiciaire, le juge peut autoriser une personne appropriée à agir en son nom pour recueillir et conserver les preuves qui seront examinées à l'audience finale. Dans de tels cas, lorsque la preuve n'est pas administrée en présence des parties, les parties doivent avoir la possibilité de procéder à un interrogatoire supplémentaire et de contester la preuve afin d'assurer le respect de la justice procédurale.

3. Cet article aborde également la question du lieu. Dans des circonstances exceptionnelles, la preuve peut être reçue dans un endroit différent de la salle d'audience, par exemple dans une résidence privée, dans un hôpital, en prison, etc. Les technologies de communication à distance peuvent aussi offrir une solution valable dans de tels cas.

4. Les pratiques nationales, en ce qui concerne l'article 97(2), peuvent varier. La principale exigence est que l'audience soit enregistrée et vérifiée par la suite, à condition que l'équipement technique requis soit disponible. Les États devraient doter leurs juridictions d'un tel équipement. L'enregistrement audiovisuel des audiences doit être conservé sous le contrôle de la juridiction. Si une partie souhaite recevoir une copie de l'enregistrement, le droit national déterminera si ce service est payant, et le cas échéant son montant.

5. L'utilisation de moyens technologiques à des fins de preuve prévue à l'article 97(3) peut consister, par exemple, à afficher des données permettant au juge d'accéder à des informations stockées électroniquement, à activer des logiciels audio ou vidéo, ou utiliser des dispositifs et des systèmes électroniques tels que des vidéoconférences pour établir une communication directe avec une personne, comme un témoin ou un expert qui se trouve dans un autre endroit. Cet article reste basé sur la conception que la preuve orale est plus crédible si le témoin ou l'expert est physiquement présent dans la salle d'audience.

6. On remarque une préférence générale pour l'utilisation des technologies de communication à distance pour les petits litiges, ce qui est conforme au principe de proportionnalité¹⁵⁷. Toutefois, les frais de déplacement étant généralement plus élevés que les coûts d'une vidéoconférence, on peut s'attendre à une généralisation de cette pratique pour tous les litiges. Cela pourrait cependant conduire à la disparition des audiences orales directes devant le juge. Un tel résultat serait en soi disproportionné et inapproprié. Cela soulèverait également de sérieuses questions au regard du principe de publicité.

Le recours à l'utilisation des technologies de la communication lors de l'administration de la preuve dans les affaires transnationales est également prévu par l'article 10(4) du Règlement européen 1206/2001 (CE) sur l'obtention des preuves à moins que cela ne soit incompatible avec le droit de l'État membre de la juridiction requise ou en raison de difficultés pratiques majeures telles que le manque d'accès aux moyens techniques.

Article 98. Appréciation des preuves

Le juge apprécie librement les preuves.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.6, 22.1 et 23.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 28.2 et 31.2.

Commentaires:

1. L'article 98 concerne la manière dont le juge traite la preuve lorsqu'il prend une décision finale sur le fond.

2. La règle générale est que les preuves doivent être soumises à la libre appréciation du juge. Dans certains systèmes juridiques européens, la loi attribue une valeur contraignante ou renforcée à certains types de preuves, par exemple aux documents publics ou authentiques.

3. La libre appréciation des preuves signifie que le juge a le pouvoir d'interpréter les preuves d'une manière différente de celle proposée par les parties. Elle ne dispense cependant pas le juge de son obligation fondamentale de motiver sa décision finale (voir les articles 12(1) et 131).

¹⁵⁷ Voir le Règlement RPL.

Article 99. Sanctions en matière probatoire

D'office ou à la demande d'une partie, le juge peut prononcer des sanctions conformément à l'article 27 lorsque:

- a) une personne s'est abstenue, sans motif légitime, de se présenter à l'audience pour témoigner ou pour répondre à des questions appropriées, ou pour produire un document ou un autre élément de preuve;**
- b) une personne a, de quelque autre manière, fait obstacle à l'application loyale des règles relatives à la preuve.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 17.1, 17.2, 17.3 et 17.4; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 28.3.3.

Commentaires:

1. L'article 99(a) décrit certains types de non-respect des règles relatives à la preuve qui justifient l'imposition de sanctions.

2. L'article 99(b) accorde au juge un pouvoir discrétionnaire plus large pour imposer des sanctions en présence de conduites faisant obstacle à l'efficacité des règles relatives à la preuve, par exemple par la menace des témoins, la destruction de preuves ou la remise à la partie adverse d'une quantité de preuves telle qu'elle leur impose un coût ou une charge de temps injustifiables.

SECTION 2 – Décisions du juge relatives à la preuve

Article 100. Cadre général

Lorsqu'il rend une décision en application des dispositions de la présente Partie, le juge applique les principes suivants:

- a) en règle générale, chaque partie a accès à toute forme de preuve pertinente et non couverte par le secret ou toute autre protection similaire;**
- b) à la requête d'une partie sur le fondement de l'article 101, le juge, s'il fait droit à la demande, ordonne la production de preuves pertinentes, non couvertes par le secret ou toute autre protection similaire et suffisamment identifiées qui sont en possession ou sous le contrôle d'une autre partie ou, en tant que de besoin, sous celui d'un tiers, même si cette production peut être défavorable aux intérêts de cette personne.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.1 et 16.2.

Commentaires:

1. L'article 100 vise à fournir un cadre général pour les décisions relatives à la preuve examinées ou rendues en application des dispositions de la présente Partie ¹⁵⁸ (voir également l'article 25(2)). Les règles énoncées dans cette Partie visent à définir les meilleures pratiques européennes. Elles visent en particulier à garantir une approche de l'obtention des preuves très différente du système de la *discovery* des Etats-Unis d'Amérique.

2. La preuve, en vertu de l'article 100(a), comprend toutes les formes de preuve énumérées à la Section 3 de la présente Partie des Règles, qui comprennent donc la preuve par témoins, les déclarations des parties, la preuve par expertise, les preuves documentaires (y compris les informations stockées électroniquement) et les preuves tirées de la vérification des biens, de l'inspection sur les lieux ou, dans des cas appropriés, de l'examen physique ou mental d'une personne.

3. À l'article 100(b), "en tant que de besoin" renvoie au principe de subsidiarité, c'est-à-dire que les tiers ne devraient être impliqués que lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens disponibles pour accéder aux preuves. "Personne" désigne les parties et les tiers. L'exigence d'une identification "suffisante" des preuves vise à un équilibre entre une approche trop restrictive et une approche trop large et sera précisée à l'article 103(1). Le terme "preuve" doit être compris dans un sens très large. Il englobe des informations et des données qui deviendront par la suite de véritables preuves ou des preuves documentaires. En ce sens, l'accès à la preuve pourrait être compris comme se référant aux "sources de la preuve", comprenant des documents au sens large, des objets et des informations que la partie requérante pourra ultérieurement présenter formellement comme preuves. Les preuves sont également considérées comme "en possession" ou "sous le contrôle" d'une autre personne lorsqu'il s'agit d'informations stockées électroniquement ou qu'elles ont à l'esprit. Dans ce dernier cas, les seules façons d'accéder à la preuve seront au moyen d'un interrogatoire ou d'une déclaration écrite.

Article 101. Demande d'accès aux preuves

1) Dans le respect des critères et de la procédure prévus dans les présentes Règles, tout demandeur ou défendeur ainsi que tout demandeur éventuel envisageant d'engager une action en justice, peut solliciter du juge une décision ordonnant l'accès à des preuves pertinentes et non couvertes par le secret ou toute autre protection similaire, qui sont détenues par une autre partie ou par un tiers ou bien sous son contrôle.

2) La demande d'accès aux preuves peut contenir une demande de mesures visant à protéger ou à préserver les preuves ainsi qu'une demande de mesures provisoires ou conservatoires conformément à la Partie X.

3) Les éléments matériels ou les informations obtenus en application du présent article n'acquiescent la qualité de preuves que s'ils sont produits en tant que telles au cours de la procédure par une partie ou, à titre exceptionnel, par le juge lui-même conformément aux articles 25(3), 92(2) et (3) et 107(2).

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.1 et 16.2.

¹⁵⁸ Voir aussi le Rapport Storme, articles 4.3, 4.4. et 4.5; les articles 6 à 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

Commentaires:

1. L'article 101 établit le processus auquel doit se soumettre une demande d'obtention de preuves. Il constitue le cœur du système sur lequel sont fondées les décisions en vertu de cette Partie. Il doit être lu à la lumière des articles suivants, qui posent des conditions strictes afin d'éviter une interprétation qui pourrait conduire à l'introduction du système de la *discovery* des Etats-Unis d'Amérique¹⁵⁹.
2. Les parties et les parties éventuelles peuvent solliciter des décisions en vertu de cet article. De telles décisions peuvent être demandées à l'appui d'une action en justice ou préalablement, pour permettre à un demandeur éventuel de déterminer s'il engagera ou non une action, et le cas échéant contre qui.
3. Une décision rendue en vertu de l'article 101(1) peut s'appliquer aux documents traditionnels ainsi qu'à toutes autres formes d'informations pertinentes, telles que documents électroniques et tous les autres modes de stockage ou d'accès à des informations ou des données, y compris le son et les images. Des décisions peuvent également être sollicitées en vue d'obtenir des expertises, des témoignages, des inspections de biens ou de lieux par le juge. Une décision donnant accès à des preuves peut être accompagnée, le cas échéant, de mesures visant à protéger ou à préserver les preuves en vertu de l'article 198.
4. En application de l'article 101(3), c'est au demandeur qu'il revient d'établir les preuves à partir des documents ou des informations obtenus. Il n'appartient pas au juge de suggérer ou d'attribuer une valeur probatoire aux informations obtenues par les parties au moyen de ses décisions. De même, c'est aux parties de déterminer si elles peuvent se fonder sur les éléments de preuve d'un témoin potentiel.
5. Voir la Partie X - Mesures provisoires et conservatoires pour ce qui est des mesures en matière probatoire.

Article 102. Critères pertinents

- 1) La partie ou la partie éventuelle qui sollicite une décision d'accès à des preuves doit:**
 - a) identifier de façon aussi précise que possible au regard des circonstances du litige, les éléments particuliers de preuve auxquels l'accès est demandé, ou
 - b) identifier des catégories précises de preuves en faisant référence à leur nature, leur contenu ou leur date.
- 2) La demande doit convaincre le juge de la plausibilité du bien-fondé de la demande ou de la défense de la partie en établissant que**
 - a) la preuve sollicitée est nécessaire en vue d'établir la réalité des faits litigieux dans une procédure pendante ou éventuelle;
 - b) que le demandeur ne peut obtenir l'accès à cette preuve sans l'aide du juge; et
 - c) que la nature et l'étendue de la preuve sollicitée est raisonnable et proportionnée. À cette fin, le juge tient compte des intérêts légitimes de toutes les parties et des tiers concernés.

¹⁵⁹ Voir le Rapport Storme, Articles 4.3 - 4.5; les articles 6 à 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle; ainsi que le para. 18 et l'article 5 de la Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles.

3) Si la demande d'accès aux preuves est faite avant qu'une action en justice ait été introduite, le demandeur indique avec suffisamment de précision tous les éléments nécessaires pour permettre au juge d'identifier la prétention que le demandeur envisage de former.

4) Le juge rejette toute demande portant sur une recherche d'information vague, spéculative ou dont l'étendue n'est pas justifiée.

Commentaires:

1. Les conditions énoncées dans cet article sont importantes pour assurer que le juge ne prendra une décision que si celle-ci est à la fois nécessaire et suffisamment étayée. Les conditions posées visent à empêcher les demandeurs éventuels d'utiliser cette règle pour mener des expéditions de pêche aux preuves, notamment lorsque les demandes sont trop prématurées ou spéculatives, et à garantir que l'ensemble du système soit équitable et juste. Si un demandeur demande plus d'informations que nécessaire, l'exécution de la décision risque d'imposer une charge disproportionnée à la partie adverse ¹⁶⁰.

2. Afin de permettre au juge d'apprécier si la demande est prématurée ou inutilement étendue dans les cas où l'action n'a pas encore été introduite, l'article indique que le demandeur doit l'étayer avec des détails adéquats sur la procédure envisagée.

3. Dans certains cas, une décision peut être nécessaire pour permettre au demandeur d'identifier le défendeur ou la nature de la prétention pour l'action envisagée. Cela pourrait être le cas par exemple lorsqu'une compagnie d'assurance nie être liée par une police d'assurance au motif qu'elle a été souscrite par une personne qui, au moment où le contrat a été conclu, avait cessé d'être son employé mais refuse d'apporter la preuve de ce fait. Dans un tel cas, selon le contenu des informations recueillies, deux instances différentes pourraient être envisagées, par exemple, une action contractuelle contre la compagnie d'assurance, ou une action en responsabilité extracontractuelle contre la personne qui prétendait agir comme son représentant.

4. Le juge ne peut prendre de décision sur le fondement de cet article que lorsque la demande sur le fond est suffisamment spécifique, proportionnée et raisonnable (article 102(2) et (3); voir également l'article 6).

Article 103. Informations confidentielles

1) Le juge apprécie si la demande d'accès aux preuves présentée sur le fondement de l'article 101 a pour objet ou inclut des informations confidentielles, notamment à l'égard de tiers. À cette fin, il tient compte de toutes les règles pertinentes relatives à la protection d'informations confidentielles.

2) En cas de nécessité et au regard des circonstances du litige, le juge peut notamment rendre une décision d'accès à des preuves contenant des informations confidentielles tout en l'adaptant de l'une ou de plusieurs des manières suivantes, dans la mesure de ce que requiert la préservation de la confidentialité:

a) en apportant des modifications aux passages sensibles dans les documents;

¹⁶⁰ Voir par exemple, les articles 6 et 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle; les articles 5, 6(4) et 6(10) de la Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles.

- b) en conduisant des audiences à huis clos;**
- c) en limitant le nombre de personnes autorisées à avoir accès aux preuves et à les examiner;**
- d) en donnant mission aux experts de produire un résumé des informations sous une forme générale ou non confidentielle;**
- e) en rédigeant une version non confidentielle d'une décision judiciaire dans laquelle les passages contenant des données confidentielles sont supprimés;**
- f) en limitant l'accès à certains éléments de preuve aux représentants et avocats des parties ainsi qu'aux experts tenus d'une obligation de confidentialité.**

Commentaires:

1. L'article 103 doit être lu en relation avec l'article 17(2), car il établit un équilibre entre la nécessité de donner accès aux preuves même lorsque l'information est commercialement sensible ou autrement confidentielle, et l'intérêt du détenteur de l'information, ou toute obligation légale, de préserver la confidentialité ¹⁶¹.

2. L'article 103(2) énonce un éventail de mesures qui peuvent être ordonnées par le juge pour protéger les informations confidentielles tout en ayant égard aux intérêts concurrents de l'accessibilité et de la confidentialité d'une manière pratique et efficace. La liste des mesures ne se veut cependant pas exhaustive. Dans des cas exceptionnels, par exemple, des informations confidentielles concernant des secrets commerciaux particulièrement importants, pourront être montrées au juge mais non pas au demandeur qui sollicite d'y accéder, tout en permettant au juge de décider si les informations doivent être mises à la disposition du demandeur ¹⁶².

Article 104. Sanctions en cas de violation de la confidentialité

1) En cas de violation de son obligation de confidentialité par celui qui en est tenu, la partie ayant subi un préjudice de ce fait peut demander au juge de prononcer une ou plusieurs des sanctions suivantes:

- a) rejet total ou partiel de la demande de la partie fautive, à condition que la procédure principale soit encore pendante;**
- b) déclaration de responsabilité de la partie ou de toute autre personne à l'origine de la violation et condamnation de celle-ci à réparation;**
- c) condamnation de la partie responsable de la violation à payer les frais du procès, quel qu'en soit le résultat final;**
- d) condamnation de la partie ou de la personne responsable de la violation à une peine d'amende proportionnée à la violation;**

¹⁶¹ Voir par exemple, les articles 6 et 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle; le para. 18 et l'article 5 de la Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles.

¹⁶² Voir par exemple, l'article 9 de la Directive sur les secrets d'affaires.

- e) **condamnation du ou des représentants de la partie ou de la personne responsable de la violation à une peine d’amende proportionnée à la violation.**

2) Toute sanction prononcée par le juge sur le fondement du paragraphe précédent doit être proportionnée à la gravité de la violation. Pour apprécier le caractère proportionné de la sanction, le juge prend, le cas échéant, particulièrement en compte le fait que la violation est intervenue avant l’introduction de la procédure sur le fond du litige.

Commentaires:

1. L’article 104(1) précise les conséquences pratiques graves qui peuvent être imposées par le juge lorsqu’une partie enfreint les obligations relatives à la confidentialité et fait une utilisation abusive d’informations obtenues à la suite d’une décision à cet effet en vertu des présentes Règles. Cet article est sans préjudice de toute responsabilité pénale éventuelle ¹⁶³.
2. Les conséquences énoncées à l’article 104(1)(a) devraient être réservées uniquement aux infractions les plus graves. Il s’agit cependant d’un outil nécessaire dans les situations où les sanctions pécuniaires n’auraient pas un effet dissuasif suffisant.
3. L’article 104(2) est un exemple spécifique du principe général de proportionnalité (voir l’article 6).

Article 105. Accès à des preuves détenues par des autorités publiques

1) Le gouvernement et les autres organismes publics se conforment à une décision rendue en application des présentes Règles, à moins que les informations ne soient protégées en raison d’un intérêt public.

2) Le refus adressé au juge d’accorder l’accès aux preuves doit être accompagné de motifs justifiant le fondement du refus et remplir les conditions prévues à l’article 91(5).

Commentaires:

1. L’article 105(1) tient compte du fait que les autorités publiques peuvent détenir des éléments de preuve nécessaires à la juste détermination des procédures. Il garantit que ces autorités ne puissent pas s’abstenir ou simplement refuser de fournir ces informations. Ainsi, il énonce la règle générale que ces autorités doivent se conformer aux règles de preuve contenues dans la présente Partie des Règles.
2. L’article 105(2) reconnaît cependant que les autorités publiques peuvent légitimement refuser l’accès aux preuves pour des motifs d’intérêt public. Il fournit ainsi la base sur laquelle le juge devra apprécier une demande d’accès aux preuves confidentielles ou autrement protégées sur la base du droit national, de toute autre loi applicable et de l’article 91(5) ¹⁶⁴.

¹⁶³ Voir les articles 5 et 8 de la Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles.

¹⁶⁴ Voir aussi l’article 6 de la Directive sur les dommages pour pratiques anticoncurrentielles.

Article 106. Moment de la demande

1) Les demandes d'accès à des preuves peuvent être présentées avant le commencement de la procédure, dans l'acte introductif d'instance ou au cours d'une procédure pendante.

2) Si une décision d'accès aux preuves a été rendue avant qu'une procédure sur le fond ait été engagée, il peut être exigé du demandeur bénéficiaire de cette décision qu'il intente une procédure sur le fond dans un délai raisonnable déterminé. Si le demandeur ne se conforme pas à cette obligation, le juge peut rapporter sa décision, ordonner au demandeur de restituer toute preuve obtenue postérieurement à celle-ci, prononcer une sanction appropriée à l'encontre de la partie défaillante ou rendre toute autre décision appropriée.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.1 et 16.2.

Commentaires:

1. Une demande d'accès à des preuves peut être faite en prévision de l'ouverture d'une procédure (voir également les articles 21(1) 52, 53 et 188). C'est une règle commune à divers systèmes juridiques. Pour ces cas, l'article 102(3) indique que le demandeur doit fournir des précisions adéquates sur la procédure envisagée. En outre, dans un tel cas, il pourrait être opportun que le juge soumette sa décision à la condition que le demandeur intente la procédure dans un court délai ¹⁶⁵.

2. Tout manquement à une telle condition peut entraîner l'annulation de la décision et de ses effets (article 106(2)). Une approche flexible et proportionnée est nécessaire selon la nature de la violation. Par exemple, le juge, à la demande d'une personne lésée, peut exiger la restitution de tous documents, registres et objets divulgués. Il peut également faire en sorte que les données et informations collectées par le demandeur ou mises à sa disposition ne puissent être utilisées dans aucune autre procédure par cette personne ou par toute autre personne à qui les informations ont été divulguées. Le juge peut également annuler sa décision si elle n'a pas encore été exécutée, quoiqu'une telle situation puisse être considérée comme rare. Dans les cas graves, le juge pourrait d'office rendre une décision de dépens et déclarer le demandeur responsable de tout dommage causé aux personnes qui ont fait l'objet de la décision.

3. Il est possible que les informations obtenues, au moyen de la décision ou non, conduisent le demandeur à renoncer à engager une procédure. Dans de tels cas, aucune sanction ne semble nécessaire. Le demandeur devrait toutefois être tenu de restituer tous documents, registres et objets obtenus au moyen de la décision du juge.

4. Les demandes présentées avant le commencement de la procédure soulèvent une autre difficulté, qui est liée à la question de la litispendance. D'une manière générale, une telle demande ne devrait pas conduire à un début d'instance, même si la portée de la procédure est clairement établie ¹⁶⁶. Il existe cependant un risque que, dans un tel cas, la partie adverse introduise une action tactique dans un autre pays, connue comme action "torpille". Aussi, la juridiction saisie au fond devrait tenir compte de cette situation lorsqu'elle se prononce sur sa propre compétence.

¹⁶⁵ Voir le Rapport Storme, articles 4.3, 4.4 et 4.5.

¹⁶⁶ Voir les conclusions de l'avocat général Saugmandsgaard Øe, à l'audience du 26 janvier 2017, dans l'affaire C-29/16, Hanse Yachts AG.

Article 107. Procédure de délivrance d'une décision d'accès à des preuves

- 1) Le juge statue conformément à l'article 50 sur la demande d'accès aux preuves formulée en application de l'article 101(1).**
- 2) Le juge ne peut prononcer d'office une décision sur le fondement de l'article 101(1) que dans des cas exceptionnels et seulement après avoir mis les parties et les tiers concernés en mesure de présenter leurs observations.**
- 3) Si la demande d'accès aux preuves est formée avant le début de la procédure, le juge ne se prononce, en principe, qu'après avoir mis les parties et les tiers concernés en mesure de présenter leurs observations sur la mesure sollicitée, son étendue et sa mise en œuvre.**
- 4) La partie ou le tiers visé par la demande d'accès aux preuves peut solliciter du juge que la preuve soit administrée sous une forme ou d'une manière différente dès lors qu'elle conduit à un résultat équivalent. La requête doit établir que l'alternative proposée est moins contraignante pour celui ou celle qui est requis de répondre à la demande d'accès.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.1 et 16.2.

Commentaires:

1. L'article 107(1)-(3) est un exemple spécifique des règles générales applicables aux décisions de justice et du droit d'être entendu applicable aux personnes concernées (voir l'article 16) ¹⁶⁷.
2. Une décision est rendue d'office en vertu de l'article 107(2) uniquement dans des circonstances exceptionnelles, par exemple lorsqu'elle résulte de l'urgence nécessaire. Ainsi par exemple, lorsque tout retard ferait échouer l'objet de la décision ou lorsque la connaissance de la personne concernée permettrait de cacher ou de détruire les éléments de preuve. Lorsqu'une décision est prononcée d'office, elle doit être réexaminée par le juge lors d'une audience contradictoire.
3. L'article 107(4) doit être interprété conformément au principe de proportionnalité (voir les articles 5, 6 et 102(2)(c)). En conséquence, le juge doit veiller à ce que toute décision qu'il rend ne soit pas plus contraignante que nécessaire ou soit proportionnée. Les articles suivants précisent les critères pertinents à cet égard.

Article 108. Frais et garantie

- 1) Le demandeur d'accès aux preuves supporte tous les frais liés à la mise en œuvre de la décision d'accès aux preuves. Le cas échéant, le juge peut lui imposer de payer immédiatement lesdits frais à la partie ou au tiers débiteur de l'accès aux preuves.**
- 2) Sur requête de celui à l'encontre de qui l'accès aux preuves a été ordonné, le juge peut imposer que le bénéficiaire de l'accès aux preuves constitue une garantie couvrant les dépenses prévisibles en vue de la mise en œuvre de la décision. Si le juge impose une garantie, le demandeur doit la fournir avant de pouvoir mettre en œuvre la décision.**

¹⁶⁷ Rapport Storme, articles 4.3 - 4.5.

3) À l'issue de la procédure, le juge peut, dans sa décision sur les frais, déroger à la règle générale en la matière.

Commentaires:

1. L'article 108(1) énonce la règle générale applicable à l'allocation des frais résultant de la décision d'accès aux preuves. Il peut être dérogé à la règle générale à l'issue de la procédure sur la base du pouvoir du juge concernant les frais du procès prévu à l'article 241.
2. Lorsqu'une garantie est requise en vertu de l'article 108(2), le juge doit en déterminer le montant. L'exigence que la garantie soit fournie avant la mise en œuvre de la décision vise à assurer que le demandeur prendra la garantie au sérieux.
3. La mise en œuvre d'une décision d'accès aux preuves peut entraîner un préjudice pour les parties ou les tiers concernés, en dehors des frais et dépenses. En principe, le demandeur devrait être responsable de tout dommage pouvant résulter du recours abusif à de telles décisions.

Article 109. Mise en œuvre

Il incombe au juge d'ordonner toutes les mesures pratiques nécessaires afin de garantir que la décision d'accès aux preuves soit mise en œuvre de façon effective et équitable. Il peut notamment:

- a) **émettre des instructions quant au lieu et à la manière adéquats d'exécuter la mesure;**
- b) **décider que le demandeur peut bénéficier de l'assistance d'un expert; ou**
- c) **prononcer toute décision pertinente prévue à la Partie X des présentes Règles.**

Commentaires:

1. L'application des règles en matière d'accès aux preuves exigera parfois du juge un contrôle détaillé. Si nécessaire, la décision peut établir qu'un agent d'exécution ou un huissier, au nom du demandeur, soit autorisé à pénétrer dans des locaux, privés ou non, y compris des véhicules spécifiés, et imposer la mise en sécurité de documents ou de données et de biens matériels. La question de l'accès physique aux locaux devrait également de façon générale être régie par les règles sur les mesures conservatoires (voir l'article 198(2)).
2. Dans de nombreux cas, la participation d'un expert pourra être nécessaire pour garantir la bonne exécution d'une décision. C'est le cas lorsque la mesure consiste à inspecter des documents ou d'autres données. Cela peut également être le cas lorsqu'il est nécessaire d'inspecter d'autres objets et lieux, par exemple des équipements en cas de violation présumée de droits de propriété intellectuelle.
3. La référence à un expert à l'article 109 se réfère uniquement à un expert désigné par le demandeur pour l'aider à exécuter la décision et payé par celui-ci.
4. Sur l'accès aux preuves en ce qui concerne les ordonnances de conservation des preuves, voir l'article 197.

Article 110. Non-respect de la décision d'accès à des preuves

1) Le juge peut prononcer une ou plusieurs des sanctions suivantes à l'encontre d'une partie ou d'un tiers faisant l'objet d'une décision rendue en application des présentes Règles et qui, bien qu'en ayant connaissance, détruit, dissimule les preuves pertinentes ou, de quelque autre manière, rend impossible, la mise en œuvre de la décision:

- a) considérer comme reconnus les faits faisant l'objet de la décision d'accès aux preuves;**
- b) considérer que le défendeur ou le défendeur éventuel a implicitement admis la pertinence de la demande qui a été formée ou proposée par le demandeur d'accès aux preuves;**
- c) conformément aux pouvoirs d'administration judiciaire reconnus au juge, imposer à la partie ou au tiers tenu de se conformer à la décision une astreinte adéquate par jour de retard dans la mise en œuvre de celle-ci.**

2) Une décision rendue sur le fondement du paragraphe précédent doit être proportionnée à la nature du manquement et ne peut être prononcée que sur demande de la partie au profit de laquelle l'accès aux preuves a été ordonné.

3) Cette disposition s'applique sans préjudice des mesures prévues aux articles 27 et 99, et de toute autre sanction ou mesure procédurale à la disposition du juge.

Commentaires:

1. Une partie faisant l'objet d'une décision et ayant connaissance de ses effets ne peut faire obstacle à sa bonne mise en œuvre. L'article 110 expose un ensemble mesuré de sanctions à un tel manquement. Il est sans préjudice de la responsabilité pénale que pourrait entraîner un tel comportement (voir par exemple les articles 6 à 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle).

2. Les sanctions imposées en application de l'article 110(1)(a) et (b) peuvent conduire le juge à rejeter ou à déclarer invalides, en tout ou en partie, les moyens de défense ou demandes reconventionnelles présentées par la partie faisant l'objet de la décision.

3. L'article 110 s'applique uniquement lorsqu'une décision d'accès aux preuves a été rendue. Il s'applique même si une décision de protection ou de conservation des preuves a été demandée ou accordée en vertu de l'article 107(4). Si la preuve est détruite ou dissimulée, ou si la mise en œuvre de la décision est rendue impossible avant que l'ordonnance ne soit rendue, la disposition générale de l'article 27 s'appliquera, conduisant à des résultats équivalents.

SECTION 3 – Modes de preuve

A. Documents

Article 111. Preuve documentaire et électronique

- 1) Les parties peuvent présenter comme preuves tout document pertinent.**
- 2) Un document est tout support sur lequel des informations sont enregistrées ou conservées sous quelque forme que ce soit, notamment mais pas exclusivement sous forme papier ou électronique. Les informations peuvent être enregistrées par écrit, images, dessins, programmes, messages vocaux ou données électroniques, y compris les courriels, réseaux sociaux, messages instantanés, métadonnées ou tous autres moyens techniques. Un document peut être conservé de manière électronique, notamment dans un ordinateur, des instruments portables électroniques, dans un espace dématérialisé d'hébergement des données ou tout autre moyen de stockage.**
- 3) Les documents qu'une partie conserve sous forme électronique sont en principe soumis ou produits sous forme électronique, sauf décision contraire du juge.**
- 4) Les parties peuvent contester tout document produit par l'adversaire. Dans un tel cas, le juge ordonne à l'encontre des parties toute mesure de nature à en établir l'authenticité.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 29.4.

Commentaires:

1. L'importance particulière des preuves documentaires découle notamment du fait que dans de nombreux cas, ce mode de preuve est en pratique indispensable. Certains types de documents dans certains systèmes de droit civil ont une force probatoire prédéfinie. En effet, l'une des plus anciennes restrictions subsistant encore pour ce qui est de l'admissibilité des preuves est la règle selon laquelle certains actes juridiques ne peuvent être conclus que par écrit et, par conséquent, ne peuvent être prouvés sans la production d'un document écrit ¹⁶⁸.
2. La définition de document à l'article 111(2) vise à englober les éléments communs à tous les systèmes juridiques. Un document peut être distingué des autres objets par le fait qu'il renferme des informations dont la durée de vie est indépendante du support, c'est-à-dire du matériau dans lequel il est enregistré et qui transporte donc l'information. En d'autres termes, les moyens par lesquels les informations sont enregistrées ou stockées n'ont en soi aucune importance dès lors qu'il s'agit d'un support approprié pour enregistrer leur contenu de façon permanente. Cet article est donc ouvert à la réalité des documents électroniques; bien qu'ils soient dépourvus de forme tangible, ils remplissent la même fonction en stockant des informations de façon permanente et en les affichant de manière authentique.
3. Une distinction pertinente doit cependant être établie entre un document électronique et une signature électronique. Des documents électroniques même dépourvus de signature électronique peuvent avoir une valeur probatoire, en fonction de leur contenu et des circonstances de l'affaire. Dans

¹⁶⁸ Voir les définitions et l'article 3(12) des Règles de l'IBA sur les preuves.

le cas de documents contractuels ou actes similaires, lorsque les signatures sont requises, la présence d'une signature électronique dans le document électronique sera pertinente ¹⁶⁹.

4. Les documents qui existent sous forme électronique doivent normalement être présentés sous cette forme (article 111(3)). Cette règle revêtira une importance particulière dans les systèmes où des procédures dématérialisées ou numériques ont été mises en place et où l'ensemble des actes, y compris les actes introductifs d'instance, peuvent ou doivent être soumis par voie électronique. Des exceptions à cette règle peuvent être faites dans les cas où il y a, par exemple, des problèmes techniques.

5. Les parties peuvent contester l'authenticité, l'exactitude ou l'exhaustivité des preuves documentaires en application de l'article 111(4). Dans certains cas, cette question relèvera de la libre appréciation des preuves; cependant, si l'authenticité du document est en jeu, des mesures plus contraignantes pourraient être prises dans le cadre de la procédure ou affecter son développement. Les formes particulières de procédures pour contester les preuves varient selon les systèmes juridiques européens - par exemple l'inscription de faux en droit français ou la *querela di falso* de droit italien - et ne sont pas abordées dans les présentes Règles.

Article 112. Actes authentiques

- 1) Constitue un acte authentique tout document dressé formellement par une autorité publique ou dont l'authenticité a été certifiée par elle.**
- 2) Les actes authentiques enregistrés sous forme électronique ont la même force probatoire que les documents sous forme papier.**

Commentaires:

1. Un acte authentique est un document dressé sous une forme appropriée par une autorité compétente ou une personne agissant en vertu d'un pouvoir qui lui a été conféré. Les actes des autorités publiques bénéficient généralement de la présomption d'authenticité et d'une force probatoire absolue. Dans les systèmes de *common law*, un document est entendu comme authentique s'il a été délivré par un agent public dans l'exercice de ses fonctions officielles. Tous les systèmes d'Europe continentale connaissent l'institution du notaire qui est chargé de l'inscription des actes juridiques ¹⁷⁰.

2. Si la force probatoire de l'acte authentique repose en partie sur l'autorité de la personne qui le délivre, une autre caractéristique qui s'y attache est la procédure selon laquelle l'acte est émis. Ainsi, la personne non seulement doit être habilitée à émettre de tels actes mais elle ne doit pas avoir outrepassé son pouvoir ou sa compétence. Les exigences formelles relatives aux actes authentiques peuvent varier d'un pays à l'autre et peuvent également varier en fonction du type d'acte.

Article 113. Documents: langue et traduction

- 1) Sur demande d'une partie ou décision d'office du juge, tout document est produit ou traduit dans la langue de la juridiction.**
- 2) La traduction de documents longs ou volumineux peut être limitée conformément à l'article 20(2).**

¹⁶⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques. Règlement (UE) No 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la Directive 1999/93/CE.

¹⁷⁰ Voir l'article 4(3) du Règlement TEE.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 6.1 et 6.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 8.

Commentaires:

L'article 113 est une application spécifique, concernant la preuve documentaire, de la règle générale relative à la traduction énoncée à l'article 20.

B. Témoignages

Article 114. Témoins

- 1) Une partie peut présenter la déposition de tout témoin des faits litigieux, sous réserve de la pertinence et de l'admissibilité du témoignage, de considérations tirées de la mise en état ainsi que des secret, confidentialité ou immunité.**
- 2) Si un témoin dont le témoignage remplit les conditions formulées à l'alinéa précédent refuse en tout ou partie de témoigner, le juge peut lui en intimer l'ordre.**
- 3) Le témoin est tenu de dire la vérité lors de sa déposition. Le juge peut exiger du témoin qu'il s'exprime sous serment. Il fournit au témoin les informations nécessaires à cet effet préalablement à sa déposition.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 25.4.

Commentaires:

1. L'article 114(1) reflète l'approche commune à tous les systèmes juridiques selon laquelle les parties peuvent appeler des témoins des faits pour témoigner à condition qu'ils soient compétents à cet effet et soient en mesure de fournir les preuves de manière adéquate. L'article ne pose pas d'exigence spécifique concernant la qualité pour témoigner, telle qu'un âge minimum ou la capacité juridique, ces questions relevant du droit national. Les témoins doivent être identifiés, dans la mesure du possible, par leur nom, adresse, adresse de poste électronique et numéro de téléphone. Ces informations devraient être traitées de manière confidentielle si les circonstances de l'affaire justifient une telle protection (voir l'article 17(5)). La présentation des témoins peut être limitée par des motifs de pertinence et d'admissibilité, comme c'est généralement le cas en matière de preuve. Les considérations relatives à la mise en état peuvent également être prises en compte par le juge qui peut par exemple décider qu'il n'entendra pas plus de trois ou quatre témoins sur la même question de fait pertinente (voir les articles 5, 6 et 49). En ce qui concerne les questions couvertes par la confidentialité ou autres protections, le témoin ou selon les circonstances de l'affaire la personne dans l'intérêt de laquelle la protection s'applique, peut y renoncer (voir l'article 91) ¹⁷¹.

2. Lorsque le juge a admis un témoin à témoigner, celui-ci a l'obligation de comparaître et de témoigner (article 114(2)). En cas de refus de fournir la preuve, la réaction du juge dépend du contexte. Un refus injustifié de comparaître peut donner lieu à une nouvelle injonction ou, le cas échéant, à des conséquences plus graves telles que des sanctions ou des astreintes. De même, le refus injustifié de

¹⁷¹ Voir le Rapport Storme, article 5; projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, Règles 177 et 179.

témoigner devant le juge ou de répondre à une question pertinente peut entraîner des sanctions ou des astreintes. Lors de la convocation d'un témoin, le juge l'informe de ses droits et devoirs.

3. Les témoins qui ne peuvent comparaître devant le tribunal en raison de leur âge, de leur maladie, de leur handicap physique ou pour toute autre raison valable peuvent être entendus à leur lieu de résidence ou au moyen de technologies de communication, telle que la vidéoconférence. Un témoin a le droit de recevoir une indemnisation pour les coûts et autres dépenses résultant directement de sa participation à la procédure. Cette indemnisation sera, en principe, considérée comme faisant partie des frais de procédure.

4. La déposition des témoins doit refléter ce dont ils se souviennent (article 114(3)). Les témoins ont le devoir de dire la vérité; cette obligation est généralement renforcée au moyen d'un serment ou en rappelant explicitement au témoin cette obligation et en l'informant des sanctions et pénalités applicables en cas de déposition mensongère comme le parjure. La nature et le degré des sanctions et pénalités varient d'un pays à l'autre et ne sont pas traités par les présentes Règles. Cependant, il convient de souligner leur efficacité pour garantir la qualité des preuves.

Article 115. Témoignages

1) En principe, les témoignages sont reçus oralement. Toutefois, le juge peut, après consultation des parties, exiger que le témoignage initial soit présenté sous forme écrite et transmis aux parties. Le témoignage écrit est adressé à toutes les autres parties préalablement à l'audience au cours de laquelle le témoin sera entendu. Le témoignage oral lors de l'audience peut être limité à des questions additionnelles à la suite de la présentation du témoignage écrit.

2) Tout témoin se présente en personne; le juge peut toutefois autoriser l'usage de la vidéoconférence ou de toute technologie similaire pour l'audition d'un témoin.

3) La personne qui témoigne peut être interrogée en premier lieu par le juge ou par la partie ayant proposé le témoignage. Si le témoin est d'abord interrogé par le juge ou par la partie adverse, la partie présentant le témoignage a le droit de poser directement au témoin des questions additionnelles.

4) Les parties peuvent contester la fiabilité d'un témoignage.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.4, 19.3 et 19.4; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 29.4.

Commentaires:

1. L'article 115(1) énonce la règle générale selon laquelle la déposition des témoins doit être faite oralement, car c'est le meilleur moyen pour permettre une appréciation efficace. Cet article prévoit aussi que le témoignage peut initialement être reçu par écrit, toutefois ce cas doit être traité avec prudence et n'être accepté qu'exceptionnellement (voir l'article 18). Les témoignages écrits peuvent cependant s'avérer utiles dans les litiges complexes et peuvent faciliter la mise en état de la procédure

¹⁷².

¹⁷² Voir les articles 4.4 - 4.10 des Règles de l'IBA sur les preuves.

2. L'article 115(2) est en rapport avec l'article 114(2). L'utilisation de la vidéoconférence ou de dispositifs similaires peut contribuer à réduire les coûts et les délais des litiges. Elle peut donc également promouvoir la proportionnalité. Il est toutefois important de souligner que le principe d'immédiateté ne sera pas pleinement satisfait lorsqu'un témoin ne comparait pas en personne devant le juge. Par conséquent, la comparution en personne et par vidéoconférence ne doivent pas être considérées comme équivalentes, le recours à la seconde n'étant que subsidiaire.

3. L'article 115(3) tient compte de différentes traditions juridiques concernant l'interrogatoire des témoins. Le droit d'une partie de poser des questions directement à un témoin est de la plus haute importance. Il est reconnu par de nombreux systèmes juridiques. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les parties ont le droit de poser des questions supplémentaires aux témoins. Aussi, le juge ne doit pas faire obstacle à l'exercice de ce droit, par exemple en intervenant de façon excessive dans la procédure¹⁷³. Ceci doit être souligné dans les situations où un intermédiaire procède à l'interrogatoire, par exemple pour protéger les enfants. Dans certains systèmes juridiques, un témoin peut être tenu de produire des documents. Une telle exigence n'est en principe pas incompatible avec cet article. Les décisions d'accès aux preuves en vertu des articles 100 et suivants peuvent également servir à cette fin.

4. Les parties doivent pouvoir contester la fiabilité d'un témoignage (article 115(4)). Elles peuvent le faire même lorsqu'elles sont à l'origine de la convocation du témoin ou lorsqu'elles sont liées au témoin. L'article ne traite pas spécifiquement des motifs de contestation de la crédibilité des témoins: des exemples seraient des dépositions antérieures incompatibles, l'existence d'intérêts ou de partialité, de liens personnels, de relations de travail, d'une incapacité à percevoir et à se souvenir des faits, des condamnations antérieures pour parjure, etc. Le juge doit trouver un point d'équilibre entre le droit de contester la crédibilité et des abus tels que le harcèlement des témoins ou la déformation des preuves.

Article 116. Témoins: langue et traduction

1) Lorsqu'un témoin ne maîtrise pas la langue officielle ou les langues officielles dans laquelle la procédure est conduite ou peut être conduite, un service d'interprétariat et de traduction est fourni par la juridiction.

2) Le cas échéant, avec l'accord tant du juge que des parties, un témoin peut s'exprimer dans une langue autre qu'une langue officielle de la procédure.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 6.3.

Commentaires:

1. En règle générale, la procédure doit se dérouler dans la ou les langues officielles de l'État ou de la région où se trouve la juridiction (voir l'article 19). Lorsqu'un témoin ne maîtrise pas la langue officielle de la juridiction, celle-ci doit en règle générale fournir un interprète (voir l'article 20). Toutefois, si le juge et les parties maîtrisent la langue du témoin, ou une langue commune à tous¹⁷⁴, le témoin peut être autorisé à déposer dans cette langue à condition que cela ne porte pas atteinte au droit à une audience publique, c'est-à-dire le droit constitutionnel du public de comprendre la nature et le contenu de la preuve (voir l'article 19). Une telle approche peut, dans certains cas, être considérée comme une

¹⁷³ C.G. c. Royaume-Uni (Requête no. 43373/98) du 19 décembre 2001) (définitif le 10 juillet 2002).

¹⁷⁴ Voir projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, Règle 178.7.

bonne pratique dans les affaires transnationales.

2. Toute traduction doit être effectuée par un traducteur impartial choisi par les parties ou désigné par la juridiction. Les frais de traduction doivent être supportés par la partie qui en fait la demande, à moins que le juge n'en décide autrement (articles 240(1)(b) et 245(1) et (2); voir également les articles 20 et 113).

Article 117. Attestations de témoins

1) Sur autorisation du juge, une partie peut présenter une attestation écrite comportant le témoignage sous serment de toute personne. L'attestation prend la forme d'une déclaration rédigée personnellement par le témoin qui y relate les faits pertinents dont il a été témoin.

2) Le juge peut souverainement décider d'assimiler ces déclarations à un témoignage oral lors d'une audience devant le tribunal.

3) Une partie peut solliciter du juge qu'il ordonne la comparution personnelle de l'auteur de la déclaration écrite. Si le juge fait droit à la demande, l'interrogatoire du témoin peut consister en des questions additionnelles du juge ou de la partie adverse.

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), règle 23.4.

Commentaires:

1. Il est courant de permettre aux parties de présenter la preuve de témoins sous forme d'une attestation écrite qui expose les faits pertinents ¹⁷⁵.

2. Bien que le principe de l'oralité doive rester primordial (voir l'article 115(1)), la possibilité offerte par cet article que la déposition des témoins revête la forme d'une attestation écrite sous serment offre une certaine souplesse et proportionnalité au déroulement de l'instance. Cela peut être particulièrement important dans les affaires transfrontalières ou lorsque les informations à fournir sont neutres et que leur exactitude ne risque pas d'être entachée par la crédibilité des témoins (par exemple, le rapport écrit d'un agent public concernant les informations figurant dans des dossiers).

3. La présentation d'attestations écrites peut également être utile pour promouvoir la résolution amiable, permettant aux parties d'évaluer plus efficacement les forces et les faiblesses de leurs situations respectives (voir également les articles 9, 10 et 51).

4. L'utilisation d'attestations écrites ne doit pas résulter uniquement de la commodité. Par exemple, dans les litiges transnationaux, l'utilisation des technologies de communication telles que la vidéoconférence et autres moyens similaires peut faciliter la présentation de témoignages oraux sans qu'il soit nécessaire de recourir à des attestations écrites (voir les articles 128 et 129 concernant l'administration de la preuve dans des situations transnationales).

5. La présentation de la preuve d'un témoin au moyen d'une attestation écrite ne s'oppose pas à ce qu'une partie demande au juge qu'il ordonne la comparution personnelle du témoin pour être interrogé oralement; dans un tel cas, les articles 114(2) et 115 s'appliqueraient. Il devrait toujours être possible d'apprécier la crédibilité d'un témoin au moyen d'un examen oral.

¹⁷⁵ Voir par exemple l'article 9(2) du Règlement RPL.

C. Comparution personnelle des parties

Article 118. Comparution personnelle des parties et conséquences d'un refus de comparaître ou de répondre

- 1) Le juge peut retenir comme preuve toute déclaration faite par une partie qui a comparu personnellement devant le tribunal. L'article 114(3) est applicable.**
- 2) Devant le juge, toute partie est mise en mesure de poser à son adversaire des questions portant sur des points de fait pertinents.**
- 3) Le juge peut tirer toutes conséquences pertinentes du refus non justifié d'une partie de comparaître personnellement, de répondre aux questions pertinentes émanant de la partie adverse ou du juge, ou de refuser de prêter serment.**
- 4) Si la partie qui doit comparaître personnellement est une personne morale, elle indique l'identité de la ou des personnes physiques qui ont directement participé, au nom de la personne morale, aux événements pertinents, afin qu'elles soient entendues, sous condition toutefois qu'elles puissent encore être considérées comme des représentants légaux de la personne morale. Le juge peut tirer toute conséquences de l'abstention non justifiée de la personne morale à fournir cette information.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 16.1 et 16.4; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 25.3.

Commentaires:

1. S'agissant du principe "*nemo testis in causa sua*", il est appliqué de manière très différente selon les systèmes juridiques. La tradition de *common law* est plutôt ouverte à la possibilité pour une partie de témoigner à l'appui de ses arguments, tandis que selon l'approche traditionnelle des systèmes de droit civil, une partie peut être interrogée par le juge ou par la partie adverse, cette dernière cherchant généralement à mener la première à admettre des faits ou des conclusions qui pourraient nuire à sa position. L'article 118 marque un compromis entre les deux approches: d'une part il exige que la partie ait comparu devant le tribunal pour que sa déclaration soit retenue comme preuve, et d'autre part, il accorde à chaque partie le droit d'interroger son adversaire. En ce qui concerne la manière de procéder à l'interrogatoire de la partie, l'article 115(3) relatif à l'interrogatoire des témoins est applicable.
2. L'article 118(3) doit être lu en relation avec des dispositions semblables, tels que les articles 88(1) et 93, ou concernant les sanctions, les articles 7, 27(2) et 99(a).
3. L'article 118(4) vise à empêcher les personnes morales de se soustraire à l'obligation d'appliquer l'article 118(1) à (3). Les personnes morales doivent désigner une ou plusieurs personnes physiques qui pourront être interrogées en leur nom. Ces personnes devraient avoir participé directement aux événements pertinents. Si aux fins de l'administration de la preuve elles peuvent être considérées comme des représentants légaux de la personne morale (ce qui serait le cas si elles ont participé aux événements ou aux actes pertinents), alors l'article 118(3) s'appliquera. Dans le cas contraire, ces personnes physiques seront considérées comme des témoins de fait.

D. Preuve par expertise

Article 119. Experts désignés par les parties

Les parties peuvent présenter le rapport d'un expert de leur choix sur tout point pertinent pour lequel une expertise est appropriée.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 22.4.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 26.3.

Commentaires:

1. S'agissant de la preuve par expertise, on note deux approches dans la plupart des systèmes juridiques: les experts peuvent être désignés par le tribunal, d'office et/ou à la demande d'une ou des deux parties (voir l'article 120); ou bien, et c'est fréquemment le cas, les parties sont autorisées à présenter un témoignage fourni par un expert qu'elles ont-elles-mêmes choisi. L'article 119 reflète cette dernière approche, qui est un aspect du droit d'être entendu (article 16) (voir l'article 5 des Règles de l'IBA sur les preuves).

2. La preuve apportée par un expert nommé par les parties pourrait risquer d'être entachée de la partialité de l'expert, structurelle ou personnelle. Le premier cas se produit lorsque l'expert a une opinion spécifique sur une question et est désigné par la partie pour cette raison; dans le deuxième cas, l'expert développe un sentiment hostile à l'endroit de la partie adverse ou s'identifie à la partie qui l'a désigné. Dans un cas comme dans l'autre, l'expert tendrait à adapter consciemment ou non la preuve en conséquence. Aussi est-il dans l'intérêt des parties de présenter des experts possédant les qualifications et les compétences requises, et qui comprennent et se conforment aux obligations imposées par l'article 122, notamment en ce qui concerne le devoir d'objectivité et d'impartialité.

3. Lorsqu'un ou plusieurs experts désignés par les parties ont présenté leurs preuves, mais que le juge a besoin d'éclaircissements supplémentaires, il peut ordonner la nomination d'un expert désigné par la juridiction en vertu de l'article 120. Il peut également considérer la question comme non établie et la trancher selon les règles applicables à la charge de la preuve (article 25(2)).

4. Cet article doit être appliqué conformément au principe général de proportionnalité (articles 5 et 6). Il ne doit pas être compris comme ouvrant droit à présenter les preuves d'un nombre illimité d'experts.

5. Les frais de l'expert désigné par une partie sont initialement pris en charge par la partie qui le nomme. En règle générale, le remboursement de ces frais par la partie perdante peut être accordé dans la procédure lorsque la nomination de l'expert était nécessaire pour trancher une question (article 241).

Article 120. Expert désigné par le juge

1) Le juge peut désigner un ou plusieurs experts afin qu'ils fournissent des preuves sur tout point pertinent pour lequel une expertise est appropriée, y compris le droit étranger.

2) Les experts peuvent être des personnes physiques ou morales. Si ce sont des personnes morales, au moins une personne physique doit assumer la responsabilité du rapport.

3) Si les parties s'entendent sur le nom d'un expert, le juge désigne en principe cet expert.

4) Pour des raisons de partialité, les parties peuvent récuser un expert désigné par le juge. Lorsqu'il existe une crainte raisonnable de partialité, le juge, selon le cas, refuse de nommer l'expert, annule sa nomination ou écarte l'intégralité de sa déclaration.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 22.4; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 26.1 et 26.2.

Commentaires:

1. Dans de nombreux systèmes juridiques, en règle générale les experts sont nommés par le tribunal. Bien souvent, cette désignation est à la fois proportionnée et pratique. Cette règle ne doit cependant pas être simplement vue comme une alternative à l'article 119, faisant obstacle à la désignation d'un expert par les parties. Le principe de l'autonomie des parties devrait être dûment pris en compte et, par conséquent, lorsque le tribunal nomme un expert, les parties devraient conserver la possibilité de désigner leur propre expert (voir l'article 6(1) des Règles de l'IBA sur les preuves).

2. L'article 120(1) établit que le juge a le pouvoir de désigner plusieurs experts si nécessaire. Cependant, en règle générale et conformément au principe de proportionnalité (articles 5 et 6), il ne faudrait pas nommer plus d'un expert sur chacune des questions pertinentes. En examinant si la nomination de plus d'un expert est justifiée, le juge devrait garder à l'esprit les implications en termes de coûts. À cet égard, le montant de la demande devrait être un critère pertinent pour apprécier la proportionnalité du coût de ces nominations. Cependant, le juge devrait également considérer l'importance essentielle de parvenir à une décision correcte sur le fond.

3. Le choix des experts nommés par le juge peut se faire de différentes manières selon la question en jeu. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, il existe des listes d'experts qui peuvent mettre leur compétence à la disposition de la juridiction. L'article 120 ne traite pas directement de cette question. Cependant, et en particulier dans les affaires complexes, le juge devrait pouvoir nommer tout expert qu'il considère approprié et le cas échéant obtenir des informations suffisantes sur des experts éventuels.

4. Les questions pour lesquelles une preuve d'expert est utile sont celles où des connaissances scientifiques ou techniques sont nécessaires. Selon les pays en Europe, le droit étranger pourra être compris comme une question de droit ou de fait. Cependant, comme le juge pourrait ne pas connaître les règles pertinentes du droit étranger, il pourrait nommer un expert pour clarifier ces questions.

5. L'article 120(2) reconnaît la pratique consistant à confier des rapports d'experts à des personnes morales, par exemple des universités, des laboratoires publics ou privés ou des sociétés scientifiques. Afin d'assurer que ces entités se conforment aux obligations imposées aux experts en vertu de l'article 122, et de permettre une administration efficace de la preuve d'experts, une personne morale doit toujours être représentée par une personne physique au moins. Cette personne doit assumer la responsabilité de produire correctement le rapport d'expert. La structure et l'organisation de la personne morale devraient garantir l'indépendance des personnes chargées de produire le rapport conformément au présent article ou autrement associées à la préparation du rapport.

6. L'article 120(3) reflète le principe de l'autonomie des parties. Le juge ne devrait pas en principe objecter à l'accord des parties portant sur le choix de l'expert. Cependant, le juge doit garantir la neutralité et la compétence de l'expert proposé.

7. L'article 120(4) concerne le devoir d'impartialité de l'expert. Si une partie a une crainte raisonnable de partialité de la part d'un expert nommé par le juge, elle devrait demander au juge une décision fondée sur le présent article. Pour les recours concernant de telles décisions, voir l'article 179(2)(e).

Article 121. Instructions à l'expert judiciaire

- 1) Le juge indique à l'expert le champ de sa mission et fixe un délai raisonnable pour la remise du rapport écrit.**
- 2) Le cas échéant, le juge peut étendre ou limiter le champ de la mission de l'expert. Il peut également modifier le délai imparti pour la remise du rapport écrit.**
- 3) Les parties sont dûment informées de ces décisions et de leur éventuelle modification par le juge.**
- 4) La partie qui s'oppose au contenu ou à l'étendue des instructions données à l'expert peut saisir le juge d'une demande de modification de celles-ci.**

Commentaires:

1. L'article 121 précise la responsabilité du juge de déterminer l'étendue du rapport de l'expert judiciaire et de fixer le délai dans lequel un tel rapport doit être remis ¹⁷⁶.
2. Afin de garantir le droit des parties à être entendues, le juge doit les informer de toute décision qu'il rend en application du présent article (article 121(3)).
3. Si en règle générale la supervision du travail de l'expert judiciaire incombe essentiellement au juge, les parties peuvent, conformément à l'article 121(3) et (4), demander au juge d'inclure ou d'exclure des questions du champ du rapport de l'expert.

Article 122. Obligations de l'expert

- 1) L'expert, qu'il soit désigné par le juge ou par une partie, est tenu envers le juge de présenter une évaluation complète, objective et impartiale de la question faisant l'objet de l'expertise.**
- 2) L'expert ne peut intervenir en dehors de son domaine de compétence. L'expert peut également refuser la mission pour des motifs identiques à ceux qui permettent à une personne de refuser de témoigner.**
- 3) Sauf autorisation du juge, l'expert ne peut déléguer sa mission à des tiers.**
- 4) Si l'expert, sans motif légitime, ne rend pas son rapport dans le délai fixé par le juge, ce dernier peut prononcer des sanctions adéquates.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 22.4.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 26.3.

Commentaires:

1. Tous les experts sont soumis aux mêmes obligations à l'égard du tribunal et aux mêmes conséquences. Les dispositions générales relatives aux sanctions s'appliquent en conséquence (voir l'article 27). Des sanctions pénales en vertu du droit national peuvent également s'appliquer, telles que des poursuites pour parjure.
2. L'article 122(2) reflète le devoir de l'expert de fournir uniquement les preuves qui aident le tribunal à établir la vérité. Par conséquent, un expert ne peut intervenir que dans son domaine de

¹⁷⁶ Voir aussi l'article 6(1) des Règles de l'IBA sur les preuves.

compétence et ne peut pas témoigner en dehors de celui-ci. Les experts peuvent également refuser de déposer pour les mêmes raisons que les autres témoins (voir l'article 91). Aussi, et conformément au principe de proportionnalité, le juge et les parties devraient veiller à ne pas désigner d'experts qui ne seraient pas en mesure de témoigner pour de telles raisons.

3. L'article 122(3) reflète le fait que les experts sont nommés pour leur compétence professionnelle. Par conséquent, une délégation à un tiers est inadmissible. Toutefois, des tâches préparatoires pourraient être effectuées par un tiers suivant les instructions de l'expert, si le juge y consent. Des tâches mineures pourraient toujours être déléguées si l'expert ne peut raisonnablement pas être censé effectuer ce travail en personne; cela s'applique clairement lorsque l'expert est une personne morale.

4. Étant donné que l'expert a le devoir d'aider le tribunal, le défaut de rendre le rapport ou de se présenter devant le tribunal peut entraîner l'imposition de sanctions (article 122(4)). Ces sanctions devraient être proportionnées. Elles pourraient consister en une indemnisation ou une amende. Il peut être utile de faire une distinction entre les experts nommés par le tribunal et les experts nommés par les parties en matière de sanctions. Si les premiers assistent le juge et accomplissent donc une fonction publique, les seconds agissent principalement sur une base de droit privé. Le défaut de présenter l'expertise peut donc avoir des conséquences sur la procédure, car la partie peut ne pas être en mesure de s'acquitter de la charge de la preuve. La sanction pour faux témoignage de l'expert devrait s'appliquer à la partie qui l'a engagé, et bien entendu une telle solution n'est valable que pour les experts désignés par les parties.

Article 123. Accès de l'expert aux informations

- 1) L'expert nommé par le juge a accès à toutes les informations pertinentes et non couvertes par le secret qui sont nécessaires à la préparation de son rapport.**
- 2) L'expert désigné par le juge peut notamment, dans la mesure pertinente et nécessaire à la mise en état, demander à une partie de lui fournir toute information, de lui donner accès à tout document, de permettre la vérification de biens ou l'entrée dans un lieu aux fins d'inspection.**
- 3) Lorsque les circonstances le justifient, l'expert peut examiner une personne ou avoir accès à des informations découlant de l'examen physique ou mental d'une personne.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 16.

Commentaires:

1. L'article 123(1) établit que l'expert nommé par le juge peut devoir accéder à des informations pour préparer correctement son rapport d'expertise. Le juge peut donner accès aux informations de sa propre initiative ou à la demande de l'expert. Toutefois, s'agissant d'experts nommés par les parties, la Section II de la présente Partie s'applique.

2. Il résulte de l'article 123(2), lu en relation avec les articles 7, 27 et 99, que lorsqu'une partie refuse de se conformer à la demande d'un expert désigné par le juge, ce dernier, en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire, peut déterminer la réponse la plus appropriée à un tel manquement¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Voir aussi l'article 6(3) des Règles de l'IBA sur les preuves.

3. L'article 123(3) peut être appliqué par exemple en cas de préjudice corporel ou lorsque la question de la capacité mentale est en cause dans une procédure.

Article 124. Rapport d'expertise et audition de l'expert

- 1) Le rapport d'expertise est en principe rendu sous forme écrite. Toutefois, dans les affaires simples, le juge peut ordonner que l'expert présente son rapport oralement.**
- 2) À la demande du juge ou d'une des parties, l'expert explique oralement son rapport écrit. L'audition de l'expert peut avoir lieu lors d'une audience qui, le cas échéant, peut se dérouler par tout moyen approprié de communication à distance tel que la vidéoconférence, conformément aux dispositions légales applicables.**
- 3) Le juge peut exiger de l'expert qu'il prête serment lors du dépôt de son rapport écrit ou lors de son audition.**
- 4) Lorsque l'expert est entendu oralement, les parties ne peuvent lui poser que des questions pertinentes au regard de son rapport.**
- 5) Si, sans motif légitime, l'expert désigné par une partie, et qui a été dûment cité à comparaître, ne se présente pas à l'audience, le juge peut écarter le rapport écrit rédigé par cet expert.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 26.4.

Commentaires:

1. L'article 124 (1) pose la règle générale que le rapport d'expertise se fait sous forme écrite ¹⁷⁸. Cette règle est conforme au principe de proportionnalité (article 5), en établissant que les rapports d'expertise ne seront présentés oralement que lorsque cela est nécessaire.
2. L'article 124(2) fonde à la fois la capacité du juge d'exiger de l'expert qu'il explique ou clarifie son rapport écrit, et le droit des parties de contester son rapport lors d'une audience, droit qui répond au principe du contradictoire. Lorsque le juge, agissant d'office, demande à l'expert de développer oralement son rapport écrit, les parties en sont informées et ont le droit de participer au processus ¹⁷⁹.
3. Tandis que la règle générale de l'article 124(3) prévoit qu'un expert doit témoigner sous serment, du fait que des sanctions pénales s'appliquent au parjure, le juge peut décider si l'expert doit ou non être assermenté.
4. L'article 124(5) prévoit que lorsqu'un expert cité à comparaître pour répondre à des questions concernant son rapport ne se présente pas à l'audience, le juge peut écarter son rapport d'expertise. Dans ce cas, le juge peut accorder moins de poids au rapport, ou l'ignorer dans son intégralité ¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Voir aussi l'article 6(4) des Règles de l'IBA sur les preuves

¹⁷⁹ Voir aussi l'article 6(6) des Règles de l'IBA sur les preuves.

¹⁸⁰ Voir aussi l'article 5(5) des Règles de l'IBA sur les preuves.

Article 125. Honoraires et frais

- 1) Les honoraires et frais de l'expert désigné par le juge font partie des frais du procès. Le juge peut ordonner à la partie qui a sollicité l'expertise d'avancer ces frais.**
- 2) Les honoraires et frais de l'expert désigné par une partie ne peuvent être mis à la charge de la partie adverse que si le juge l'ordonne.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 25.1.

Commentaires:

1. L'article 125(1) énonce le principe selon lequel les experts ont le droit de recevoir une rémunération équitable pour leur travail. En règle générale, lorsqu'une partie sollicite du juge qu'il désigne un expert, elle devrait avoir la charge de ces frais. Cette règle s'applique cependant sous réserve de la règle européenne concernant les frais du procès, qui est soumise au principe du perdant payeur (voir la Partie XII et notamment l'article 241)¹⁸¹. Le juge peut ordonner à une partie qui demande la nomination d'un expert d'avancer les frais. Le cas échéant, le juge peut ordonner à la partie à qui incombe la charge de la preuve appelant l'intervention de l'expert, d'effectuer un tel paiement.
2. L'article 125(2) pose le principe que les coûts de l'expert désigné par une partie sont soumis aux règles générales des frais du procès (voir la Partie XII et en particulier l'article 241).

E. Vérifications du juge

Article 126. Règles générales

- 1) Une partie peut demander au juge d'ordonner la vérification de biens ou l'examen d'une personne. Afin de garantir une vérification appropriée, l'accès peut être soumis aux conditions que le juge estime équitables au regard des circonstances de l'affaire, en conformité avec la loi applicable.**
- 2) Une partie peut solliciter l'autorisation de faire procéder à un examen physique ou mental d'une personne. En concertation avec les parties, le juge fixe la date et les modalités de l'examen.**
- 3) Le cas échéant, le juge peut procéder à des vérifications personnelles ou ordonner des vérifications par un expert désigné judiciairement ou nommé par une partie.**
- 4) Sauf décision contraire du juge, les parties et leurs représentants peuvent assister à toute vérification ou examen ordonnés sur le fondement du présent article. Le juge, après consultation des parties, fixe le moment et les modalités des vérifications.**
- 5) Dans le présent article et dans l'article 127(1), le terme "biens" désigne toute chose corporelle ou incorporelle dans son ensemble ou dans les éléments qui la composent.**

¹⁸¹ Voir aussi l'article 6(8) des Règles de l'IBA sur les preuves.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 16.1.

Commentaires:

1. Tous les systèmes juridiques prévoient l'obtention de preuves par la vérification directe par le juge. Elle est souvent considérée comme une méthode subsidiaire d'accès aux preuves, utilisée lorsque la vérification directe ne peut être effectuée par d'autres moyens, tels que des documents, des photographies, des enregistrements vidéo, etc.
2. L'article 126(1) reflète l'article 198(2). Il devrait également être appliqué conformément au principe de proportionnalité (article 5).
3. L'article 126(1) confère également au juge le pouvoir d'ordonner l'accès à des locaux privés, lorsque cela est nécessaire et proportionné pour procéder à une vérification. Tant les parties que des tiers peuvent être visés par de telles vérifications (voir également l'article 198(2)).
4. L'article 126(3) donne au juge le pouvoir d'ordonner que la vérification soit faite par un expert judiciaire ou désigné par une partie, lorsqu'une telle expertise est nécessaire pour aider le juge à interpréter ou à comprendre ce qui est examiné ¹⁸². Une telle nomination doit également être effectuée conformément au principe de proportionnalité.
5. L'article 126(4) devrait être appliqué de manière à tenir dûment compte de la confidentialité. L'examen concernant les personnes est l'exemple typique de situation dans laquelle les parties et leurs représentants peuvent à juste titre être exclus du processus d'administration de la preuve.

Article 127. Tiers et vérifications judiciaires

1) Le juge peut ordonner à des tiers à la procédure de produire des biens aux fins de vérifications par le juge ou par une partie.

2) Les dispositions de la Section 2 de la Partie VII des présentes Règles s'appliquent à toute décision rendue ou susceptible d'être rendue en vertu du paragraphe précédent.

Sources:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 20.1.

Commentaires:

1. L'article 127 précise en ce qui concerne les tiers l'application des dispositions générales de la Section 2 de la présente Partie sur l'accès aux preuves, y compris le droit des tiers de présenter des arguments justifiant le non-respect d'une ordonnance d'inspection.
2. Le juge peut au besoin ordonner la mise sous séquestre de biens de toute nature (voir l'article 126(5)) afin de faciliter leur examen. Dans ce cas, une partie peut également demander des mesures conservatoires afin de préserver les preuves (voir l'article 198).

¹⁸² Voir aussi l'article 7 des Règles de l'IBA sur les preuves.

SECTION 4 – Situations transnationales

A. Dans l'Union européenne

Article 128. Obtention des preuves au sein de l'Union européenne

1) Si des preuves doivent être obtenues dans un autre État membre de l'Union européenne et si un accès à des preuves situées dans un autre État membre est nécessaire, le juge et les parties peuvent se fonder sur les dispositions du règlement (CE) 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

2) Sans préjudice de l'application du règlement (CE) 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale,

- a) le juge peut citer directement à comparaître un témoin résidant dans un autre État membre;**
- b) le juge peut désigner un expert afin que celui-ci présente un rapport dont la préparation requiert que des opérations, comme l'examen de personnes ou de lieux, soient réalisées dans un autre État membre;**
- c) toute partie ou tout tiers à l'encontre de qui est rendue une décision d'accès à des preuves et qui a son domicile ou sa résidence dans l'État membre du tribunal, est tenu de produire les documents et éléments probatoires requis, même s'ils sont situés dans un État membre différent de celui de la juridiction qui a rendu l'ordonnance;**
- d) le juge peut rendre une décision d'accès à des preuves à l'encontre de parties éventuelles ou de tiers domiciliés dans un autre État membre.**

Commentaires:

1. Cet article reflète la dualité des systèmes d'obtention de preuves entre les États membres de l'Union européenne reconnue par la Cour de justice de l'Union européenne, à savoir l'obtention de preuves dans un État membre différent de celui où la procédure est engagée, ou la demande faite à une juridiction étrangère d'ordonner la production de preuves.

2. L'article 128(1) énonce que le juge et les parties peuvent se fonder sur les dispositions du Règlement sur l'obtention des preuves. Son utilisation n'est toutefois pas obligatoire, sauf, éventuellement, lorsque l'examen des preuves doit être effectué dans un État membre différent de celui dans lequel la procédure est engagée.

3. Étant donné que le Règlement sur l'obtention des preuves est d'application facultative, l'article 128(2) présente une autre voie pour obtenir des preuves à l'étranger. En ce qui concerne l'article 128(2)(a), la CJUE a reconnu que les juridictions nationales peuvent directement appeler à comparaître des témoins résidant dans d'autres États membres¹⁸³. Une telle convocation ne peut cependant donner lieu à aucune mesure d'exécution forcée. Dans de tels cas, le recours à la vidéoconférence peut être utile.

¹⁸³ Arrêt du 6 septembre 2012, Lippens et autres (C-170/11) ECLI:EU:C:2012:540.

4. L'article 128(b) reflète la décision de la CJUE selon laquelle "la juridiction d'un État membre, qui souhaite qu'un acte d'instruction confié à un expert soit effectué sur le territoire d'un autre État membre, n'est pas nécessairement tenue de recourir au moyen d'obtention des preuves prévu par ces dispositions afin de pouvoir ordonner cet acte d'instruction"¹⁸⁴. Cette possibilité ne permet toutefois pas à un expert d'affecter le pouvoir de l'État membre dans lequel ses activités se déroulent, par exemple lorsque l'examen est mené dans des lieux où s'exerce le pouvoir de l'État ou dans des lieux auxquels l'accès ou autre action est interdit ou restreint à des personnes spécifiques. Dans de tels cas, en l'absence d'accord ou de convention à cet effet entre les États membres, le recours au Règlement sur l'obtention des preuves est le seul moyen par lequel un examen d'expert peut être mené dans un autre État membre.

5. L'article 128(c) prévoit qu'une personne à l'encontre de qui est rendue une décision d'accès à des preuves ne peut refuser de s'y conformer au motif que les preuves se trouvent dans un autre État membre, à condition qu'elle ait sa résidence ou son domicile dans l'État membre du tribunal.

6. L'article 128(d) concerne les défendeurs à une procédure éventuelle et les tiers. Pour ce qui est des premiers, cette règle découle logiquement des règles générales énoncées dans la Section 2 de la présente Partie, qui autorisent les décisions d'accès aux preuves avant le commencement de la procédure; le juge auquel la demande est présentée doit se prononcer sur sa compétence avant de rendre la décision; et il est possible que le juge décide qu'il est compétent, même si le défendeur potentiel n'est pas domicilié dans son ressort territorial. En ce qui concerne les tiers, la règle est basée sur les principes de confiance et de reconnaissance mutuelles. Cette règle impose aux tiers de se conformer aux décisions qui leur sont adressées par les juridictions d'autres États membres comme ils devraient le faire à l'égard des juridictions de l'État membre où ils sont domiciliés. Il peut s'avérer difficile d'assurer le respect d'une décision, en particulier pour ce qui est des tiers. Lorsqu'une intervention forcée ou une mesure coercitive est nécessaire pour faire exécuter la décision, il peut être nécessaire de recourir au Règlement sur l'obtention des preuves. Avant de prononcer une décision d'accès aux preuves à l'encontre d'une personne physique résidant dans un autre État membre, il pourrait être nécessaire d'informer à l'avance cette personne des mesures pouvant s'opposer à une telle décision en attirant son attention sur les protections ou immunités en matière de preuve (article 91). Une procédure souple devrait être suivie lorsqu'un tiers entend se prévaloir d'une telle protection, par exemple le juge devrait lui permettre de répondre par écrit à la décision envisagée ou à la décision elle-même.

B. En dehors de l'Union européenne

Article 129. Obtention des preuves en dehors de l'Union européenne

Si des preuves doivent être obtenues en dehors de l'Union européenne ou si le destinataire d'une décision d'accès à des preuves n'a ni domicile, ni résidence habituelle dans l'Union européenne, le juge et les parties peuvent se fonder sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale ou sur toutes autres conventions internationales applicables.

Commentaires:

1. Ni les règles de procédure nationales ni les règles européennes, ou encore les règles de l'Union européenne, ne peuvent déterminer les règles qui s'appliquent aux juges et aux parties en dehors de leur ressort territorial. Cet article prévoit l'application d'instruments internationaux aux questions d'obtention de preuves qui doivent être mis en œuvre en dehors de l'Union européenne.

¹⁸⁴ Arrêt du 21 février 2013, ProRail (C-332/11) ECLI:EU:C:2013:87.

2. L'accès aux preuves auquel s'appliquent cet article ainsi que l'article 101, peut dans certaines circonstances relever du champ d'application de l'article 23 de la Convention HCCH Preuves de 1970. Il convient de noter que certains États contractants à la Convention HCCH Preuves de 1970 ont, en vertu de l'article 23, exclu totalement ou avec réserve l'exécution des commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les États de *common law* sous le nom de "discovery" ou "pre-trial discovery of documents", émises aux fins d'obtenir la divulgation ou la découverte de documents préalables au procès (la pratique montre, par exemple, une certaine réticence à accepter des documents émis en vertu des dispositions du 28 *United States Code* section 1782). L'exécution dans ces systèmes juridiques des décisions d'accès aux preuves pourrait être bénéfique dans la mesure où elle pourrait aider à surmonter, au moins partiellement, une telle réticence.

PARTIE VIII – JUGEMENT, LITISPENDANCE ET CHOSE JUGÉE

Introduction

1. Cette Partie traite des jugements et des transactions judiciaires. Aux fins des présentes Règles, un jugement est une décision qui règle définitivement l'affaire en statuant sur la demande au fond, rejette la procédure pour des motifs de procédure ou tranche une question procédurale préliminaire ou une question de fond spécifique.

2. Une décision règle définitivement l'affaire si la procédure dans laquelle la décision a été rendue ne peut se poursuivre devant la juridiction où elle a été intentée. Il en est ainsi des jugements qui statuent de façon définitive sur une partie de la prétention ou sur une ou plusieurs des prétentions mais non pas sur toutes celles qui ont été formées dans la même procédure. Ce n'est pas le cas des décisions de mise en état ou d'administration de la preuve. Par exemple, une décision sur la recevabilité de la preuve sera généralement prise par une ordonnance du juge, laquelle est susceptible de réexamen à l'appréciation du juge. Le juge décide discrétionnairement s'il convient de rendre un jugement sur une question de procédure ou sur certaines questions de fond de façon à trancher de façon définitive des questions incidentes particulièrement importantes, et qui est susceptible d'appel.

3. Une décision sur le fond est une décision qui fait droit à la prétention du demandeur ou la rejette, en tout ou en partie, en application du droit matériel; une décision prononcée par défaut de comparution d'une partie; ou une décision résultant de l'accord des parties. Une décision tranchant des questions procédurales est un rejet de la totalité ou de partie de la prétention fondé sur le non-respect d'une condition procédurale.

4. Les mesures provisoires étant traitées dans la Partie X des présentes Règles, le terme "jugement" doit être interprété plus étroitement que la définition énoncée à l'article 2(a), du Règlement Bruxelles Ibis.

SECTION 1 – Partie générale

Article 130. Catégories de jugement

1) Le juge peut rendre:

- a) un jugement définitif, qui est un jugement statuant sur la totalité de la prétention;**

- b) un jugement partiel, qui est un jugement statuant sur une partie de la prétention;**
- c) lorsque plusieurs prétentions sont formées, un jugement statuant sur une ou plusieurs d'entre elles;**
- d) un jugement tranchant des questions procédurales préliminaires ou des questions de fond spécifiques, selon l'article 66;**
- e) un jugement par défaut.**

2) Lorsque le juge rend un jugement ne se prononçant pas sur la totalité de la prétention, la procédure continue au regard des éléments de la prétention non encore tranchés. Si le jugement portant sur un élément de la prétention, sur une question de procédure ou sur certaines questions de fond fait l'objet d'un appel, le juge décide discrétionnairement, en fonction des circonstances de l'espèce, s'il convient de continuer la procédure ou de surseoir à statuer.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 9.3.3 à 9.3.5, Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 18.3.2 et 18.3.4.

Commentaires:

1. Selon l'article 130(1)(a), un jugement définitif statuant sur la totalité de la prétention peut être fondé sur le non-respect des exigences procédurales requises (voir les articles 65(2)(a) et 133), ou sur le fond du droit (en ce qui concerne l'étendue de la chose jugée, voir l'article 149, commentaire 3).

2. Le juge peut (voir l'article 130(1)(b)) rendre un jugement qui statue sur la totalité ou sur une partie de la prétention ou, lorsque plusieurs prétentions sont formées, un jugement statuant sur une ou plusieurs d'entre elles mais non sur toutes. De tels jugements tranchent de façon définitive l'affaire concernant cette partie de la prétention, cette ou ces prétentions, laissant l'autre partie de la prétention, et les autres prétentions, à déterminer ultérieurement dans la procédure (voir l'article 130 (2)). Le juge décide discrétionnairement s'il convient de rendre un tel jugement, au regard de son obligation de promouvoir le règlement juste, efficace et rapide du litige, conformément aux articles 2, 4 phrase 1, et 49(7).

3. Les jugements statuant sur une partie de la prétention, ou sur l'une des prétentions, peuvent se fonder sur le fond du droit ou sur questions de procédure. Par exemple, lorsque plusieurs prétentions sont formées, les exigences procédurales, par exemple la compétence, peuvent être satisfaites pour une prétention, mais pas pour une autre. De même, un mineur ayant obtenu avec l'approbation du juge une autorisation parentale, considéré comme majeur aux fins de l'entreprise qu'il dirige ou d'un contrat de travail - ce qui est autorisé dans de nombreux codes civils européens -, pourrait après un accident de voiture, intenter une action en dommages-intérêts en son nom, mais ne pourrait réclamer d'indemnisation pour la douleur et les souffrances que s'il est représenté par ses parents.

4. Les jugements statuant sur une partie de la prétention ou sur l'une des prétentions sont des jugements ordinaires pour ce qui est des voies de recours et de la chose jugée. Cependant, comme le jugement se limite à une partie de la prétention ou à l'une des prétentions, il ne tranchera pas définitivement la question. Par conséquent, la procédure doit se poursuivre jusqu'à ce qu'un ou des jugements ultérieurs soient rendus sur l'autre partie de la prétention ou les autres prétentions.

5. Voici des illustrations:

- a) Un jugement statuant sur une partie d'une prétention peut être illustré par l'exemple suivant: si le demandeur, dans une affaire d'accident de la route, a demandé une indemnisation de 150.000 euros (ou l'équivalent), le juge peut statuer sur les dommages au véhicule pour un

montant de 100.000 euros, laissant la détermination du montant restant de la demande de 50.000 euros au titre des frais médicaux et soins futurs, à déterminer ultérieurement. Le jugement statuant sur 100.000 euros et le jugement statuant sur 50.000 euros sont des jugements partiels.

Dans quelques systèmes juridiques européens, un jugement sur une partie de la prétention est souvent accompagné d'un jugement déclaratoire concernant l'autre partie de la prétention. Dans l'exemple ci-dessus, le jugement a condamné le défendeur à payer 100.000 euros parce qu'il a tenu responsable de l'accident. Aussi, le juge rendra un jugement déclaratoire général sur la responsabilité et un jugement partiel sur les dommages-intérêts, le reste de l'indemnisation réclamée étant décidé à une date ultérieure. Selon la définition de la chose jugée dans les présentes Règles (voir l'article 149(2)), un tel jugement n'exclut pas nécessairement un résultat contraire. Cependant, il peut être utile à clarifier la situation et à promouvoir la résolution amiable.

b) L'exemple suivant concerne un jugement qui statue sur certaines seulement des prétentions: le demandeur dans une procédure de droit du travail intente une action pour défaut de paiement de salaires et de congés payés annuels. Le juge peut rendre un jugement sur la demande de salaires impayés, laissant la détermination de la demande de congé annuel à un jugement ultérieur.

6. L'article 130(d) est traité dans les commentaires sur l'article 66; en ce qui concerne l'article 130(1)(e) sur les jugements par défaut, voir les articles 135 et suivants.

7. L'article 130(2) permet au juge de décider discrétionnairement s'il convient de continuer la procédure ou de surseoir à statuer lorsqu'un appel est interjeté contre un jugement partiel (article 130(1)(b) et (c)) ou contre un jugement portant sur une question incidente (article 130(1)(d)). Il peut être approprié de surseoir à statuer dans l'attente de la décision d'appel lorsque l'autorité de chose jugée du jugement partiel pourrait nuire aux autres procédures en cours (voir le commentaire 5 ci-dessus et l'article 66, commentaires 2, 8 et 9). Cependant, il peut aussi être utile dans certaines circonstances de poursuivre la procédure pendant que l'appel du jugement partiel est en cours, lorsque cela favorise la résolution rapide de l'ensemble du litige (voir l'article 66, commentaire 2).

Article 131. Mentions du jugement

Le jugement comporte

- a) la désignation et la composition de la formation de jugement;**
- b) le lieu et la date du jugement;**
- c) l'identité des parties et, le cas échéant, de leurs avocats;**
- d) l'objet de la demande;**
- e) la décision du juge;**
- f) les motifs en fait et en droit du jugement;**
- g) la signature du (ou des) juge(s) si nécessaire;**
- h) la signature du greffier si nécessaire; et**
- i) le cas échéant, l'indication des voies de recours ouvertes et des modalités selon lesquelles elles peuvent être exercées.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 23; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 31.2.

Commentaires:

1. L'article 131 contient une liste non exhaustive des mentions d'un jugement (voir également le projet de règles de procédure de la Juridiction unifiée du brevet, Règle 350).
2. L'article 131(a) exige que le tribunal et le(s) juge(s) soient identifiés dans le jugement. Il s'agit d'une exigence importante dans un État démocratique et d'un aspect du principe de publicité (voir l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme). Un système de justice dans lequel le juge reste une figure anonyme peut conduire à un manque de responsabilité morale ou à un abus de pouvoir de la part du pouvoir judiciaire.
3. L'article 131(b) exige l'indication du lieu et de la date du jugement. Ces informations peuvent devenir importantes dans différentes situations. Premièrement, elles permettent de vérifier l'authenticité du document passant pour être un jugement, car il est relativement facile de déterminer s'il y avait un tribunal fonctionnant au lieu et à la date indiqués et si le juge était membre de ce tribunal. Deuxièmement, le lieu et la date du jugement de première instance peuvent être pertinents au niveau de l'appel, car la loi applicable peut dépendre de la date et, dans certaines circonstances, du lieu du jugement. Troisièmement, la date et le lieu aident à désigner le jugement de façon précise.
4. L'article 131(c) exige que les parties et leurs avocats soient identifiés. L'identification des parties est cruciale pour savoir qui est lié par le jugement. L'identification des avocats permet de savoir si une partie était représentée par un avocat et si cette représentation était adéquate. Normalement, le jugement contiendra l'adresse et d'autres coordonnées des parties et de leurs avocats. Cependant, il peut y avoir des cas dans lesquels l'adresse d'une partie doit rester occultée pour protéger cette partie. Par conséquent, l'article n'exige pas que cette information soit incluse dans le jugement même, mais il ne l'interdit pas non plus.
5. L'article 131(d) exige que le jugement précise l'objet de la demande. Premièrement, il est important de savoir si une demande a été rejetée au fond et est donc passée en force de chose jugée. Deuxièmement, l'objet permet de déterminer si le jugement porte seulement sur une partie de la prétention ou sur une ou plusieurs des prétentions, ou s'il statue sur la totalité de la prétention ou des prétentions, et si le tribunal a statué exactement sur la demande (*ne infra, ne ultra et ne extra petita*) (voir l'article 23(2)). Troisièmement, l'objet indique la partie qui a eu gain de cause et dans quelle mesure. Ces renseignements peuvent être pertinents pour l'allocation des frais (voir l'article 241).
6. L'article 131(e) se comprend de lui-même, tout jugement devant contenir la décision du tribunal, énoncée dans le dispositif du jugement.
7. L'article 131(f) oblige le tribunal à motiver sa décision. Normalement, les motifs du jugement comprennent un résumé des positions des parties et du raisonnement du tribunal. Cela protège contre une prise de décision arbitraire et partielle. Cela garantit également que la décision est compréhensible, permettant aux parties de comprendre pourquoi et comment elles ont eu ou non gain de cause. Cette exigence est donc un moyen essentiel pour assurer la confiance de la partie perdante dans la décision, et faire en sorte autant que possible que toutes les parties acceptent la décision. Le raisonnement du tribunal doit raisonnablement montrer que celui-ci a respecté le droit d'être entendu (voir l'article 12, commentaire 2 et suivants). Cette exigence permet également au public en général de comprendre la motivation du jugement et facilite la mise en œuvre des voies de recours tant pour les parties que pour la juridiction de recours. Enfin, elle contribue au développement du droit. Il existe cependant des exceptions à cette exigence, par exemple pour les jugements par défaut (voir l'article 12, commentaire 3, et l'article 135 et suivants), ou pour les décisions qui donnent effet à un accord des parties (voir l'article 141). Les parties peuvent renoncer à cette mention par accord au moment du prononcé oral des conclusions du jugement, auquel cas les conditions de renonciation au droit de recours s'appliqueront (voir l'article 154).
8. L'article 131(g) prévoit que le juge ou les juges qui rendent le jugement devront le signer si cela est requis par une pratique nationale impérative. Cette mention permet de les identifier et garantit

également qu'ils seront responsables. La signature peut être apposée à la main ou par une signature électronique.

9. L'article 131(h) prévoit la signature d'un greffier si requis par une pratique nationale impérative.

10. L'article 131(i) prévoit que le tribunal informe les parties si des voies de recours sont ouvertes et, dans l'affirmative, les délais et conditions de forme applicables, ainsi que les modalités selon lesquelles elles peuvent être exercées (voir les articles 166 et 172). Ces informations peuvent être contenues dans le jugement lui-même ou dans un autre document signifié avec le jugement-

11. Habituellement, le tribunal rend le jugement en forme intégrale sous forme écrite ou électronique. L'article 17(3) exige que les jugements soient accessibles au public sous forme écrite ou électronique (voir l'article 18(4); et voir également l'article 17, commentaire 5). Il est courant dans certains systèmes juridiques européens que les jugements statuant sur des petits litiges soient rendus oralement à l'audience publique; cependant, un jugement écrit satisfaisant aux exigences de l'article 131 doit être notifié aux parties (article 134). La question de savoir si les procédures portant sur de petits litiges peuvent être soumises à moins d'exigences de forme ne relève pas du champ d'application des présentes Règles (voir le Préambule VII.3 et VIII. 3). Dans des circonstances exceptionnelles, un jugement sans motivation pourra être rendu (voir le commentaire 7 ci-dessus).

Article 132. Contenu du jugement

- 1) En fonction de l'objet de la demande, le jugement peut**
 - a) ordonner au défendeur de faire ou de ne pas faire quelque chose,**
 - b) créer, modifier une relation juridique ou y mettre fin,**
 - c) déclarer l'existence ou l'absence d'une situation juridique, ou**
 - d) rejeter la demande pour des raisons procédurales ou comme non fondée.**
- 2) Le juge ne peut rendre un jugement déclaratoire, y compris une déclaration négative, que dans le cas où le demandeur peut établir qu'il a un intérêt légitime à une telle déclaration.**

Commentaires:

1. L'article 132(1) porte sur le contenu du jugement, qui dépend de l'objet de la demande. La qualité de demandeur est liée à la prétention. Ainsi, dans une demande reconventionnelle, le défendeur qui introduit la demande reconventionnelle est le demandeur à l'égard de cette demande.

2. Le type de jugement le plus répandu est une décision confirmant ou rejetant en tout ou en partie la prétention, et qui ordonne au défendeur d'exécuter, ou le cas échéant de ne pas exécuter, certains actes, ou permet au demandeur d'effectuer ou de faire effectuer certains actes. Selon les dispositions de droit matériel de la loi applicable, le juge pourra également ordonner la création, la modification ou la fin d'une relation juridique, par exemple en exigeant la dissolution d'une personne morale.

4. Selon l'article 132(2), le juge pourra rendre un jugement déclaratoire, y compris une déclaration négative, si le demandeur peut établir qu'il a un intérêt légitime à une telle déclaration (voir également l'article 133(e)). Le concept d'intérêt légitime sera apprécié au regard de la pratique nationale. On peut citer en exemple les cas où une partie demande une déclaration portant sur le droit applicable; lorsque le demandeur est incapable de quantifier le montant des dommages-intérêts; ou lorsqu'il y a une forte probabilité que le défendeur accepte le montant des dommages-intérêts sur la base d'un jugement déclaratoire sur la responsabilité (voir également l'article 66(1)(b)).

5. Un jugement peut également rejeter une demande en totalité ou en partie. Un tel rejet peut être dû au non-respect des exigences procédurales (rejet pour des raisons procédurales) ou à la conclusion du juge que la prétention est dépourvue de fondement (rejet sur le fond), soit que les faits prouvés n'établissent pas le bien-fondé de la prétention, soit que les faits allégués par le demandeur n'aient pas été établis (pour les jugements définitifs anticipés, voir également l'article 65.)

Article 133. Conditions préalables au jugement sur le fond

Le juge rend un jugement sur le fond seulement si les conditions suivantes sont remplies:

- a) les parties ont la capacité d'agir conformément aux articles 29(2) à 31, 34, 35, 45 et 46;**
- b) le tribunal est compétent matériellement et territorialement;**
- c) aucune instance n'est pendante devant une autre juridiction relative aux mêmes parties et fondée sur le même objet et la même cause, sous réserve des dispositions relatives à la litispendance;**
- d) aucune décision n'a été rendue entre les parties sur le même objet et la même cause avec autorité de la chose jugée;**
- e) le demandeur justifie d'un intérêt légitime à agir; et**
- f) il est satisfait à toute autre condition procédurale requise par les présentes Règles.**

Commentaires:

1. Cet article précise de façon générale qu'avant de se prononcer sur le fond, le juge doit avoir établi que les conditions procédurales requises ont été satisfaites. Bien que présente, cette exigence se trouve rarement énoncée dans les règles de procédure des systèmes juridiques européens, voir par exemple § 261(3) no. 1 du CPC allemand.

2. L'article 133(a) concerne les règles relatives à la capacité d'agir des parties traitées dans les articles 29(2), 30, 31, 34, 35, 45 et 46. Lorsqu'une ou plusieurs parties n'ont pas la capacité d'agir, la demande peut être rejetée si le défaut n'est pas corrigé à temps sur proposition du juge (voir les articles 33, 48, 49(8) et 65(2)(a)).

3. L'article 133(b) exige que le tribunal soit compétent matériellement et territorialement. Étant donné que les présentes Règles ne traitent pas de la compétence, celle-ci doit être déterminée en appliquant les traités internationaux (par exemple, la Convention de Lugano de 2007, la Convention HCCH Élection de for de 2005), le droit de l'Union européenne (par exemple, le Règlement Bruxelles Ibis) et le droit national.

4. L'article 133(c) envisage les situations de litispendance (voir les articles 142 et suivants). Conformément à l'article 142(1), "toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie (principe de priorité)". Cela signifie qu'aucun jugement sur le fond n'est possible. L'article 143 sur la litispendance prévoit une exception au principe de priorité dans les cas de compétence exclusive, dont tient compte l'article 133(c).

5. L'article 133(d) renvoie à la notion de concentration des moyens de droit et de fait visée à l'article 22(1). Le non-respect de cette règle rend irrecevable l'instance fondée sur le même objet et la même cause (voir l'article 22(2)). La règle sur la concentration décrit les effets négatifs des jugements ayant autorité de chose jugée (voir l'article 22, commentaire 1). Les personnes auxquelles s'imposent

les effets de la chose jugée sont déterminées par l'article 151. Le juge doit relever d'office la forclusion pour chose jugée (voir l'article 152).

6. L'article 133(e) traite d'un autre cas dans lequel le juge ne pourrait pas rendre un jugement sur le fond alors même que toutes les autres conditions énoncées à l'article 133 seraient remplies, lorsque – ce qui se produirait exceptionnellement –, le demandeur manquerait d'intérêt légitime à agir. Plus précisément, l'article 133(e) se réfère à des situations où la demande est frivole, vexatoire ou constitue un abus de procédure. Cette exigence est susceptible de donner lieu à des controverses compte tenu que la délimitation entre une exigence procédurale et une exigence de droit matériel dont l'effet pourrait être le rejet de la demande au fond n'est pas et ne sera jamais uniforme entre les systèmes juridiques européens. Il n'existe cependant aucun pays qui ne fournisse un moyen de rejeter une procédure sans traiter du fond au motif que le demandeur a agi de mauvaise foi en intentant l'action ou s'il n'a aucun intérêt légitime à le faire en raison d'autres cas exceptionnels (voir également l'article 65, commentaire 2).

7. L'article 133(f) renvoie aux dispositions particulières des présentes Règles qui posent d'autres conditions aux jugements sur le fond et qui ne sont pas expressément énoncées à l'article 133; voir, par exemple, les articles 205, 208 et 209, 213 relatifs à la qualité à agir dans les demandes d'injonction dans un intérêt collectif et les actions en réparation collective.

8. La question de savoir si les exceptions procédurales doivent être relevées d'office par le juge est traitée dans les présentes Règles en relation avec les dispositions posant des conditions procédurales particulières; voir par exemple les articles 32, 152, 213 et 218(1)(a).

Article 134. Notification du jugement

Le jugement doit être notifié à toutes les parties conformément à la Partie VI des présentes Règles.

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 5.3; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 31.3.

Commentaires:

1. Élément important qui dérive du droit d'être entendu (voir l'article 11), toutes les parties ont le droit de savoir quand une décision est rendue dans une procédure. Aussi, les jugements doivent-ils être notifiés aux parties.

2. De nombreux systèmes juridiques européens requièrent la notification d'un exemplaire du jugement complet, y compris sa motivation. Dans d'autres systèmes juridiques, il suffit que le document notifiant le jugement aux parties contienne certaines informations importantes, telles que celles énoncées à l'article 131(a), (b), (c), (e), (g) et (i), tout en donnant droit aux parties de demander un document écrit reproduisant la motivation du jugement. L'article 134 opte pour l'approche la plus claire, exigeant que les parties reçoivent la notification du jugement complet y compris sa motivation. Cela est par ailleurs justifié par le fait qu'une connaissance entière du raisonnement suivi dans le jugement facilite la décision de former ou non appel du jugement. En tout état de cause, le droit du public d'accéder aux jugements (voir l'article 17, commentaire 5 et l'article 131, commentaire 10) impose la production d'un jugement complet sous forme écrite ou électronique. Des règles spéciales ou une renonciation par consentement des parties peuvent exceptionnellement permettre que les jugements ne soient pas motivés ou comportent seulement de brèves motivations (voir l'article 131, commentaire 6).

3. Tous les systèmes juridiques européens prévoient la notification du jugement aux avocats représentant les parties. Certains systèmes exigent également que la notification soit faite aux parties personnellement, ou parfois seulement lorsqu'elles ont mis fin au mandat de l'avocat. Selon l'article 76, la notification à l'avocat d'une partie suffit en l'absence de disposition spéciale concernant la notification des jugements.

SECTION 2 – Partie spéciale

A. Jugement par défaut

Article 135. Jugement par défaut contre le demandeur

- 1) Le juge rend un jugement par défaut rejetant la demande si**
 - a) le demandeur n'a pas comparu à l'audience à laquelle il a été convoqué; et si**
 - b) le défendeur a sollicité le prononcé d'un jugement par défaut.**
- 2) Le juge ne peut rendre un jugement par défaut d'office sur le fondement du présent article.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 15.1; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 15.1 et 15.3.

Commentaires:

1. Les parties ne devraient pas pouvoir retarder ou compliquer la tâche du juge en ne comparaisant pas à l'audience. Pour cette raison, le droit procédural devrait prévoir des règles pour inciter les parties à comparaître. En ce qui concerne le demandeur, une incitation efficace est le rejet de la demande par un jugement par défaut s'il ne comparaît pas. Cette règle ne s'applique que lorsque les parties sont tenues d'assister à une audience (voir l'article 21, commentaire 4, sur les sanctions).

2. Cependant, pour éviter qu'un demandeur puisse faire opposition d'un jugement dans des conditions moins strictes que celles qui sont requises pour interjeter appel (voir les articles 139 et suivants), un jugement par défaut ne devrait être prononcé que lorsque le défendeur le demande. De plus, en cas de recours en opposition contre un tel jugement, la procédure se poursuit devant le même tribunal, permettant des gains d'efficacité et de coûts au regard de la voie d'appel. Si le défendeur n'a pas sollicité le prononcé d'un jugement par défaut, le juge peut statuer sur la base des éléments du dossier. Cela signifie que le juge tiendra compte des allégations de fait et des moyens des deux parties ainsi que des preuves qui auront été éventuellement recueillies.

Article 136. Jugement par défaut contre le défendeur

- 1) Le juge rend un jugement par défaut contre le défendeur si ce dernier**
 - a) n'a pas répondu aux conclusions en demande dans le délai imparti, ou**
 - b) n'a pas comparu à l'audience à laquelle il a été convoqué; et**
 - c) si le demandeur a sollicité le prononcé d'un jugement par défaut.**

- 2) **Le juge qui rend un jugement sur demande du demandeur**
 - a) **décide de faire droit à la prétention si les faits allégués par le demandeur justifient celle-ci, ou**
 - b) **rejette la demande au fond dans le cas contraire.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 15.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règles 15.2 à 15.4.

Commentaires:

1. Lorsque c'est le défendeur qui est défaillant, il faut trouver un point d'équilibre entre l'inciter à prendre part à la procédure et tenir compte du fait que c'est le demandeur qui demande une modification du *statu quo*. Pour cette raison, si le défendeur ne répond pas aux conclusions ou ne se présente pas à une audience, un jugement par défaut ne peut être prononcé à son encontre que si les faits avancés par le demandeur justifient de faire droit à sa demande. Ainsi, les allégations de fait du demandeur sont réputées incontestées. Dans la mesure où, sur la base de ces faits, la demande est justifiée, le juge rend un jugement par défaut contre le défendeur. En revanche lorsque les faits allégués ne permettent pas de conclure au bien-fondé de la demande du demandeur, la procédure sera rejetée sur le fond. Ce rejet n'équivaut pas à un jugement par défaut au sens strict, mais plutôt à un jugement régulier, car le rejet n'est pas fondé sur le défaut.

2. Un jugement par défaut ne peut être rendu que sur la demande du demandeur fondée sur cette règle. Si le demandeur n'a pas sollicité le prononcé d'un jugement par défaut, le juge peut statuer sur la base des éléments du dossier. Cela signifie que le juge tiendra compte des allégations de fait et des moyens du défendeur ainsi que des preuves qui auront été éventuellement recueillies.

Article 137. Jugement par défaut sur une partie de la prétention ou sur une des prétentions

- 1) **Le juge peut rendre un jugement par défaut sur un élément de la prétention ou sur l'une des prétentions si**
 - a) **une partie ne comparaît pas à l'audience consacrée exclusivement à cet élément de la prétention ou à l'une des prétentions, ou**
 - b) **le défendeur s'abstient de répondre aux conclusions en demande au sujet de cet élément de la prétention ou d'une des prétentions.**
- 2) **S'il est en mesure, au sens de l'article 130, de rendre un jugement sur un élément de la prétention ou sur une des prétentions, et si une partie est défaillante, le juge est tenu de**
 - a) **rendre un jugement sur cet élément de la prétention ou sur une des prétentions, et**
 - b) **rendre un jugement par défaut sur le reste de la prétention ou sur les autres prétentions.**

Commentaires:

1. Cet article vise à garantir que les jugements par défaut constituent une réponse proportionnée à la défaillance d'une partie dans une procédure portant sur l'un des éléments de la prétention ou sur

l'une des prétentions (pour le principe de proportionnalité, voir les articles 5 et suivants).

2. L'article 137(1) traite des cas où la défaillance d'une partie n'affecte la procédure qu'en ce qui concerne une partie de la prétention ou l'une des prétentions. La défaillance n'affecte qu'une partie de la prétention ou l'une des prétentions si, conformément à l'ordonnance de procédure préalablement communiquée aux parties, l'audience était limitée à cette partie de la prétention ou l'une des prétentions. Encore une fois, cette règle ne s'applique que dans les cas où les parties sont tenues de comparaître à l'audience.

3. L'article 137(2) traite des cas où le juge pourrait rendre un jugement sur une partie de la prétention ou sur l'une des prétentions. En règle générale, le juge décide discrétionnairement de rendre un jugement sur une partie de la prétention ou sur une ou plusieurs des prétentions s'il est en mesure de le faire, ou bien de poursuivre l'ensemble de la procédure (voir l'article 130). Cependant, lorsque la partie de la prétention ou l'une des prétentions est prête à être jugée et qu'une partie est défaillante, par exemple, qu'elle ne comparaît pas à une audience, le juge ne devrait pas rendre un jugement par défaut sur l'ensemble de la prétention ou sur la totalité des prétentions, renonçant ainsi à statuer par un jugement régulier sur les portions de l'affaire qui le permettraient. Par conséquent, dans ce cas, le juge doit statuer pour les aspects de l'affaire qui sont prêts à être tranchés par un jugement régulier qui est susceptible d'appel ordinaire, et pour ceux qui ne le sont pas, par un jugement par défaut contre lequel seul le recours en opposition est disponible.

Article 138. Conditions préalables

1) Le juge rend un jugement par défaut en cas de non-comparution d'une partie à l'audience seulement dans le cas où:

- a) **la convocation mentionnant la date et l'heure de l'audience a été notifiée à cette partie conformément aux modalités prévues par les présentes Règles, et**
- b) **un délai jugé suffisant par le juge s'est écoulé entre la notification et l'audience.**

2) Le juge rend un jugement par défaut contre le défendeur qui n'assure pas sa défense seulement si:

- a) **l'acte introductif d'instance a été notifié au défendeur selon les modalités prévues par les présentes Règles,**
- b) **le délai prévu pour présenter sa défense est expiré, et**
- c) **aucun délai n'est prévu par la loi, à condition que la notification ait été effectuée dans un délai suffisant pour que le défendeur ait pu préparer sa défense.**

3) Le juge rend un jugement par défaut contre le défendeur même en l'absence de preuve de la réception de la notification, si:

- a) **la connaissance de la notification par le défendeur n'a pu être établie bien que des mesures suffisantes aient été prises pour obtenir la preuve que le défendeur a reçu effectivement l'acte introductif d'instance, et**
- b) **un délai qui ne peut être inférieur à trois mois et qui est jugé suffisant par le juge pour que le défendeur soit en mesure de préparer sa défense, s'est écoulé depuis la date de la notification.**

4) Nonobstant les alinéas a) et b) du paragraphe précédent, le juge peut, en cas d'urgence, ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 15.3.

Commentaires:

1. L'article 138 précise les conditions procédurales préalables à un jugement par défaut. Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge ne peut pas rendre de jugement par défaut mais doit remédier au manquement, par exemple en répétant la notification ou en rejetant la demande pour motifs procéduraux.

2. L'article 138(1) traite des jugements par défaut contre l'une ou l'autre des parties en raison d'un défaut de comparution à une audience. Un jugement par défaut fondé sur la non-comparution n'est possible que si la partie défaillante a reçu une notification en bonne et due forme de l'audience, c'est-à-dire que la notification ou la convocation a été faite en temps utile avant l'audience. La notification ou la convocation doivent comporter une mention avertissant clairement qu'en cas de non-comparution, le juge pourra rendre un jugement par défaut. En l'absence d'une telle mention, il ne sera pas possible de rendre un jugement par défaut.

3. L'article 138(2) concerne le jugement par défaut lorsque le défendeur n'assure pas sa défense. Dans ce cas, la notification doit avoir été faite selon les modalités prévues par les Règles sur la notification (voir la Partie VI) et le défendeur doit avoir eu suffisamment de temps pour préparer sa défense. Ce n'est que si ces conditions sont remplies que le droit du défendeur d'être entendu sera effectivement protégé.

4. L'article 138(3) permet au juge de rendre un jugement par défaut même en l'absence de preuve de la réception de la notification. Cette règle se justifie par le fait que le demandeur devrait pouvoir défendre ses droits même lorsque la notification n'a pu être effectuée. Toutefois, un jugement par défaut n'est possible que dans des circonstances limitées, à savoir lorsqu'il est établi que la notification a été effectuée conformément aux Règles sur la notification, qu'un délai d'au moins trois mois s'est écoulé et que le juge ou la partie responsable de la notification a pris toutes les mesures raisonnables pour obtenir la preuve de la réception. Le texte s'inspire en partie de l'article 19(1) du Règlement de 2000 sur la signification ou la notification qui préside aux articles 15 et 16 de la Convention HCCH Notification de 1965. En outre, le Principe 15.3 ALI/UNIDROIT a la même approche, quoique plus générale. Les présentes Règles sont destinées à s'appliquer tant à la notification nationale qu'à la notification transnationale de documents, de sorte que l'article 138(3) s'applique dans les deux cas. Dans un contexte transnational, les articles 82 et 83 devront également être pris en considération. Si les documents qui doivent être notifiés au défendeur ne satisfont pas aux exigences linguistiques de l'article 82, la remise effective des documents ne remédie pas à la violation de l'article 82. L'article 138(3)(a) permettrait néanmoins au juge de rendre un jugement par défaut, mais uniquement si les conditions de l'article 138(3)(b) sont remplies. À cet égard, le juge doit examiner si l'absence de traduction des documents a empêché le défendeur d'organiser sa défense.

5. Conformément aux articles 49(7), 184 et suivants, l'article 138(4) permet que soient ordonnées des mesures provisoires si les conditions générales sont remplies.

6. Certains codes de procédure européens excluent les jugements par défaut s'agissant de questions que les parties n'ont pas le pouvoir de régler de façon amiable. L'étendue et la nature de ce pouvoir relèvent du droit national. Les systèmes juridiques européens adoptent différentes approches. Dans certains d'entre eux, les parties peuvent pratiquement régler à l'amiable tous les différends, sauf ceux en matière familiale. Dans d'autres, un certain nombre de types de litiges, outre les affaires familiales, ne peuvent pas faire l'objet de résolution amiable, par exemple les litiges en droit des sociétés. Les présentes Règles n'ont pas vocation à orienter l'approche à adopter, laquelle doit être laissée au droit national. Certaines dispositions impératives du droit matériel européen ou national ne permettent pas que soient rendus des jugements par défaut dans certaines situations, ou pour certains

types de demandes ou allégations de fait. Si, sur le fondement des faits allégués, des dispositions impératives pourraient s'appliquer, la possibilité d'inviter le demandeur à modifier ses allégations devrait relever de la pratique judiciaire nationale (voir les Sections d'introduction VI.6 et 7 du Préambule, et l'article 24, commentaire 3 sur ce point difficile).

7. Pour déterminer si les conditions préalables à un jugement par défaut sont remplies, le juge se fondera sur les allégations du demandeur. Si le juge craint que la procédure soit entachée d'irrégularités, il doit procéder d'office à des vérifications afin d'éviter une injustice grave, par exemple en rendant un jugement par défaut contre une personne qui n'a pas la capacité d'agir (voir l'article 133(a)).

Article 139. Recours en opposition

La partie à l'encontre de laquelle un jugement par défaut a été rendu peut faire opposition si:

- a) **l'une des conditions préalables pour le prononcé du jugement par défaut n'est pas remplie, ou**
- b) **la partie n'est pas responsable du défaut ou son défaut est justifié par un motif légitime.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 15.5 et commentaire P15-F; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 15.7.

Commentaires:

1. Dans tous les systèmes juridiques, la partie défaillante a le droit de former opposition contre un jugement par défaut rendu en violation des règles qui lui sont applicables. Dans certains systèmes juridiques européens, ce type de recours relève de la première instance, dans d'autres, il s'agit d'une procédure d'appel. Le présent article adopte l'approche de première instance, de sorte que la voie de l'appel et toute autre forme de recours contre un jugement par défaut sont exclues.

2. Une partie ne peut faire opposition d'un jugement par défaut que lorsque les conditions préalables énoncées à l'article 138 ne sont pas remplies ou si elle peut prouver qu'elle n'était pas responsable du défaut ou que le défaut était justifié. Dans de tels cas, la procédure peut se poursuivre normalement après que le moyen de défense ait été présenté.

3. Cet article ne traite que du recours d'une partie contre un jugement par défaut au sens strict. Un demandeur qui avait demandé un jugement par défaut mais dont la demande a été rejetée, que ce soit pour des motifs de procédure ou sur le fond, peut faire appel du jugement par voie d'appel ordinaire.

Article 140. Délai pour former opposition

1) L'opposition doit être formée dans un délai de trente jours à compter de la notification du jugement. Dans les affaires transnationales, l'opposition doit être formée dans les soixante jours à compter de la notification du jugement par défaut.

2) Le délai prévu à l'alinéa précédent peut être prorogé par le juge si le défendeur démontre qu'un motif légitime l'a empêché d'agir. En aucun cas, l'opposition ne peut toutefois être formée plus d'un an et, dans les affaires transnationales, plus de deux ans après le prononcé du jugement par défaut.

Commentaires:

1. Hormis les circonstances exceptionnelles qui pourraient justifier qu'une partie ne forme pas opposition du jugement par défaut peu après son prononcé (par exemple, parce que les raisons de ne pas présenter des conclusions en défense continuent d'opérer), les délais pour former opposition d'un jugement par défaut, ainsi que le reconnaissent les codes de procédure nationaux européens, devraient être courts.

2. Il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et du caractère définitif du litige qu'un jugement par défaut ne puisse plus être annulé après un long délai, quelle que soit la raison du retard de l'opposition. Pour cette raison, cet article prévoit un délai relatif, commençant à courir à la notification du jugement, et un délai absolu courant à compter du prononcé du jugement par défaut. L'article 19(4) du Règlement de 2000 sur la signification ou la notification et l'article 16 de la Convention HCCH Notification de 1965 établissent des règles similaires dans le cas où un jugement par défaut a été rendu et que le défendeur n'a pas été en mesure de répondre en temps utile ou de comparaître. Voir également la Règle 355 du projet de règles de procédure de la juridiction unifiée du brevet.

B. Transactions judiciaires

Article 141. Transactions judiciaires

1) Lorsque, avant ou pendant une instance, les parties trouvent un accord mettant fin à un litige, elles peuvent demander au juge de donner effet à cet accord.

2) Le juge refuse de donner effet à l'accord si ce dernier est contraire à la loi ou si son objet ne peut donner lieu à une décision du juge.

3) Si le juge refuse de donner effet à l'accord, une des parties peut faire appel de cette décision. Les dispositions relatives à l'appel sont applicables (voir Partie XI, Section 2).

Commentaires:

1. L'article 141 couvre tous les cas où les parties parviennent à un accord, que ce soit avant le commencement de la procédure ou pendant l'instance. Il n'exclut pas de recourir à d'autres modalités qui donnent effet à l'accord des parties en vertu du droit national, telles que l'authentification par notaire de l'accord ou l'enregistrement de l'accord dans le protocole d'audience. L'article 141 est compatible avec l'article 6 de la Directive sur la médiation civile et commerciale.

2. Étant donné que la décision du juge vise à donner effet à l'accord des parties, elle présuppose que l'accord soit valable. Aussi, le juge ne pourra rendre la décision demandée que si les parties peuvent valablement disposer de l'objet de leur accord et si les conditions relatives à sa formation sont remplies. Ainsi par exemple, un accord conclu sous la contrainte ne peut pas donner lieu à une transaction judiciaire.

3. Le juge saisi d'une demande conjointe des parties n'est pas tenu de vérifier que l'accord a été valablement formé en l'absence d'une raison spécifique de le faire. Toutefois, selon l'article 141(2), il peut refuser de donner effet à l'accord dans deux situations: si l'accord est contraire à la loi, ou si son objet ne peut donner lieu à une décision du juge.

a) Un accord n'est contraire à la loi que si son contenu contrevient aux règles juridiques impératives: le juge n'est cependant pas habilité à procéder à des considérations d'opportunité de l'accord au regard des règles impératives ou supplétives applicables. Si, par exemple, une banque et son client concluent un accord portant sur un prêt à la consommation prévoyant le paiement d'intérêts en violation des règles impératives, l'accord sera nul et il ne pourra pas non

plus faire l'objet d'une transaction judiciaire. Si en revanche, l'accord des parties a des conséquences financières similaires mais ne contrevient à aucune loi impérative applicable, le juge doit donner effet à un tel accord sans exercer de contrôle sur son adéquation économique (voir également le Préambule VI.7). Le juge n'aura généralement pas à refuser de donner effet à un accord au motif de la violation des dispositions impératives s'il avait participé activement aux efforts de résolution amiable du différend (voir l'article 10(3) et le commentaire 3).

b) L'objet de l'accord ne peut donner lieu à une décision du juge si le juge ne peut pas ordonner aux parties de faire quelque chose qui est prévu par l'accord ou n'a pas le pouvoir de vérifier les éléments énoncés dans l'accord. Les parties ne sont pas en mesure d'élargir unilatéralement les pouvoirs du juge tels que définis par la loi. Cependant, tous les systèmes juridiques reconnaissent l'utilité de permettre aux parties de s'accorder sur des questions qui ne sont pas strictement couvertes par le litige porté devant le juge, par exemple, des questions concernant un différend connexe, ou d'inclure des obligations que le juge ne pourrait pas prononcer, par exemple, de présenter des excuses. Par conséquent, lorsque de tels mécanismes sont prévus dans les droits nationaux européens, ils devraient être préservés.

4. Les transactions judiciaires ne produisent pas les mêmes effets que les jugements ordinaires. La décision donnant effet à un accord le rend exécutoire. Cependant, ses effets pour ce qui est de la chose jugée sont controversés et, lorsqu'ils sont reconnus, vus comme peu importants (voir l'article 148, commentaire 2).

5. Si le juge refuse de donner effet à un accord, sa décision peut faire l'objet d'un appel (article 141(3)), compte tenu de l'intérêt à ce que le différend soit résolu chaque fois que possible conformément à la volonté des parties (voir les articles 9 et suivants sur les efforts de résolution amiable).

SECTION 3 – Effets de la litispendance et du jugement

Introduction

1. Les présentes Règles ont été rédigées sans faire de distinction entre les affaires nationales et transnationales pour ce qui est de la litispendance et de la chose jugée. Aucun besoin spécifique à cet égard n'a été identifié.

2. Les objectifs des Règles relatives à la litispendance et à la chose jugée sont identiques. Dans les deux cas, il s'agit d'éviter que soient rendus des jugements inconciliables ou contradictoires. En cas de litispendance, la seconde juridiction saisie doit soit sursoir à statuer, soit mettre fin à l'instance ou encore dans certains cas ordonner la jonction des instances afin d'éviter que deux juridictions statuent sur le même litige. En ce qui concerne la chose jugée, la demande faisant l'objet d'une deuxième procédure est rejetée et déclarée irrecevable au motif de l'existence d'un jugement antérieur (*ne bis in idem*; voir l'article 22, commentaire 1).

3. Les Règles reprennent le concept d'"identité d'objet et de cause" pour la litispendance tel qu'il a été développé par la Cour de justice de l'Union européenne. La conception large de la Cour de justice de l'Union européenne a été adoptée et étendue aux affaires nationales, car les tribunaux des États membres de l'Union européenne y sont désormais habitués pour les affaires transnationales. En ce qui concerne la chose jugée, les Règles optent pour une approche moins large pour ce qui est de la forclusion de la demande. Bien que les objectifs des Règles relatives à la litispendance et à la chose jugée soient identiques, il n'a pas paru souhaitable à la majorité des membres du groupe de travail responsable pour cette Partie de recommander que le concept d'identité d'objet et de cause soit aussi étendu dans les deux cas. L'effet d'une conception large de l'objet et de la cause de l'action est beaucoup plus drastique *ex post* que *ex ante*. Dans la phase préliminaire à l'ouverture de la procédure, les parties peuvent toujours adapter leurs demandes pour assurer que l'ensemble du litige soit concentré devant

une juridiction; en revanche, après le prononcé du jugement, les parties peuvent être surprises par des conséquences pas toujours claires ou prévisibles. Alors que la conception de la Cour de justice de l'Union européenne a été clairement définie au cours des dernières décennies en matière de litispendance, l'approche en matière de chose jugée reste floue et non aboutie. La majorité des juridictions suprêmes des États membres de l'Union européenne n'ont pas modifié leur conception restrictive en ce qui concerne la forclusion des demandes, bien que les approches les plus étroites semblent diminuer et que le compromis préféré par les présentes Règles semble de plus en plus accepté.

A. Litispendance et connexité

Introduction

1. La litispendance a été définie par la Cour de justice de l'Union européenne sur la base de la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (la Convention de Bruxelles) et du Règlement Bruxelles Ibis (voir les articles 29 à 32 du Règlement Bruxelles Ibis). Le concept a également été adopté par les autres instruments plus spécifiques de l'Union européenne en matière de droit procédural. Si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas été adoptée dans tous les États membres de l'Union européenne pour les affaires nationales, elle a été suivie par les tribunaux nationaux dans les affaires internationales. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne montre que le concept fonctionne généralement bien.

2. L'approche du Règlement Bruxelles Ibis repose sur deux éléments essentiels: la priorité et la jurisprudence *Kernpunkt* de la Cour de justice de l'Union européenne. L'objectif est de permettre la libre circulation des jugements en évitant les jugements inconciliables. D'autres objectifs répondent à la bonne administration de la justice en évitant la segmentation d'un litige par des procédures parallèles. L'approche *Kernpunkt* présente deux inconvénients majeurs: une course accrue à la justice et le risque de poursuites abusives.

3. L'approche fondamentale des articles 29 à 32 du Règlement Bruxelles Ibis peut également être utilisée dans les affaires nationales. Ici, les objectifs sont similaires: permettre une bonne administration de la justice en évitant la segmentation du litige par un contentieux parallèle. La jurisprudence relative aux articles 29 à 32 du Règlement Bruxelles Ibis montre que l'application de cette approche dans les affaires internationales n'a pas posé de difficultés majeures pour les juridictions nationales. Certains systèmes juridiques européens l'appliquent également aux affaires nationales. Pour un instrument international ou une loi type destinés à s'appliquer dans les deux environnements, elle peut servir de dénominateur commun.

4. Les articles 142 à 146 apportent une modification du Règlement Bruxelles Ibis en ce qui concerne les conséquences juridiques de la litispendance: les articles 29 à 32 du Règlement Bruxelles Ibis ne prévoient que deux solutions: le sursis à statuer et la fin de l'instance. La deuxième juridiction saisie doit sursoir à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. À ce moment-là, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit. C'est une approche négative. Une troisième voie, positive, pourrait être la jonction des différentes actions devant la juridiction première saisie, ce qui nécessite le transfert de la procédure parallèle. Cette situation se trouve, avec des variantes, dans de nombreux contextes nationaux. Le transfert de la demande nécessite une coopération entre les juridictions: la juridiction première saisie doit être compétente pour connaître de l'ensemble du litige et le transfert de la procédure parallèle ne doit pas retarder l'instance. Les droits procéduraux des parties doivent être respectés. En définitive, la jonction des actions n'est possible qu'au tout début du litige, en première instance. À des stades plus avancés de la procédure, les possibilités sont le sursis à statuer sur la deuxième demande et le rejet éventuel de la demande parallèle. Cette solution pourrait également être appropriée dans des cas manifestes de litispendance. Autrement, la suspension de la procédure devant la deuxième juridiction saisie pourrait sembler être la

meilleure solution. Par conséquent, l'article 146 prévoit un mécanisme de jonction des instances parallèles au début de la procédure.

Article 142. Litispendance

1) Lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions différentes, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie (principe de priorité).

2) Dans les cas visés au paragraphe précédent, la juridiction saisie du litige peut solliciter de toute autre juridiction saisie des informations relatives à la procédure pendante devant cette dernière et à la date à laquelle elle a été saisie conformément à l'article 145. La juridiction sollicitée délivre l'information sans tarder à la juridiction qui l'a interrogée.

3) Lorsque la compétence de la juridiction saisie en premier lieu est établie, la jonction des instances est ordonnée par la juridiction conformément à l'article 146. Lorsque les instances ont été jointes, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu se dessaisit en faveur de celle-ci. Si les conditions de la jonction d'instances ne sont pas remplies, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu se dessaisit ou sursoit à statuer selon ce qui lui semble le plus approprié.

Commentaires:

1. L'article 142 correspond à l'article 29 du Règlement Bruxelles Ibis¹⁸⁵. Il énonce le principe de priorité (article 142(1)). L'article 142(2) renforce l'obligation faite aux juridictions de communiquer entre elles pour faciliter la jonction des instances, dont les conséquences juridiques possibles sont traitées à l'article 142(3).

2. L'article 142(1) consacre la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne concernant "l'identité d'objet et de cause". Ici, il faut distinguer les situations suivantes:

a) Les demandes sont identiques (la situation dite "du basket-ball": des réclamations portant sur le même montant de dommages-intérêts résultant des mêmes faits sont portées devant plusieurs juridictions en raison de l'incertitude quant à la compétence). Certaines juridictions européennes résolvent le problème en prononçant un transfert de la demande à la juridiction compétente. L'article 142(1) fournit la solution: la juridiction A statue sur sa compétence, et les juridictions B et C se dessaisissent lorsque que la juridiction A a établi sa compétence; en revanche si la juridiction A décline sa compétence, ils se déclarent compétents¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Voir aussi l'article 27 de la Convention de Lugano 2007.

¹⁸⁶ Voir CJUE, arrêt du 22 octobre 2015, Aannemingsbedrijf Aertssen et Aertssen Terrassements (C-523/14) ECLI:EU:C:2015:722. L'Avocat général Bobek a critiqué la fragmentation des demandes résultant de l'application du principe dit de la mosaïque (qui permet de percevoir une indemnisation partielle dans le contexte de l'article 7 n.2 RJ) dans l'affaire C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*, Conclusions du 13 juillet 2017, EU:C:2017:554, para 81. La CJUE (GC) a repris cette critique et a estimé que le principe de la mosaïque ne s'applique plus aux violations des droits de la personnalité sur internet, arrêt du 17 octobre 2017, *Bolagsupplysningen et Ilsjan* (C-194/16) ECLI:EU:C:2017:766.

- b) S'agissant d'une action en exécution / action en constatation négative: l'instance portant sur la demande reconventionnelle en paiement du créancier doit être poursuivie devant la juridiction saisie en premier lieu ¹⁸⁷.
- c) S'agissant d'une action en exécution / action en déclaration de la nullité d'un contrat: l'instance portant sur la demande reconventionnelle en paiement du créancier doit être poursuivie devant la juridiction saisie en premier lieu ¹⁸⁸.
- d) S'agissant d'une demande tendant à la création d'un fonds limitatif de responsabilité / action en dommages-intérêts. Dans ce cas, les demandes n'ont pas le même objet et la même cause (voir Maersk), mais voir l'article 29 du Règlement Bruxelles Ibis (les faits sont identiques, la règle de droit est différente) ¹⁸⁹.
3. Le concept large d'"identité d'objet et de cause" implique que la procédure en cause devant la juridiction saisie en premier lieu (l'action en exécution) devrait être possible. Dans les situations visées plus haut, les instances doivent être jointes (article 146(3)).
4. L'article 142(2) concerne la coopération judiciaire. Les juges doivent s'informer mutuellement des procédures engagées devant leur juridiction et de la date de saisine qui est déterminée par l'article 145 et toutes les dispositions pertinentes relatives à la conduite de l'instance (voir l'article 52).
5. L'article 142(3) reprend la conséquence énoncée à l'article 29(3) du Règlement Bruxelles Ibis: lorsque la compétence de la juridiction saisie en premier lieu est établie et a ordonné la jonction des instances, toute autre juridiction saisie ultérieurement se dessaisit. Si les instances n'ont pas pu être jointes, la deuxième juridiction saisie doit néanmoins se dessaisir. Toutefois, dans des circonstances exceptionnelles, la deuxième juridiction saisie peut sursoir à statuer et attendre l'issue de la procédure devant la juridiction saisie en premier lieu afin de protéger les droits des parties.

Article 143. Exceptions au principe de priorité

- 1) Lorsque les demandes relèvent de la compétence exclusive de la juridiction saisie en second lieu, la juridiction première saisie se dessaisit en sa faveur. Dans ce cas, la juridiction bénéficiant d'une compétence exclusive ne sursoit pas à statuer.**
- 2) Le paragraphe précédent ne s'applique pas si les deux juridictions saisies disposent d'une compétence exclusive.**
- 3) Sans préjudice des dispositions protectrices des parties faibles et sans préjudice de la compétence liée à la comparution du défendeur, lorsqu'est saisie une juridiction à laquelle une convention de prorogation de for attribue compétence exclusive, toute autre juridiction sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de cette dernière.**
- 4) Lorsque la juridiction désignée dans la convention a établi sa compétence conformément à la convention, toute autre juridiction se dessaisit en faveur de ladite juridiction.**

¹⁸⁷ CJUE, arrêt du 9 décembre 2003, Gasser (C-116/02, Rec. 2003 p. I-14693) ECLI:EU:C:2003:657 ; CJUE, arrêt du 19 décembre 2013, Nipponka Insurance Co. (Europe) (C-452/12) ECLI:EU:C:2013:858.

¹⁸⁸ CJUE, Arrêt du 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik / Palumbo (144/86, Rec. 1987 p. 4861) (SVIX/00271 FIIX/00273) ECLI: EU:C:1987:528.

¹⁸⁹ CJUE, Arrêt du 14 octobre 2004, Maersk Olie & Gas (C-39/02, Rec. 2004 p.I-9657) ECLI:EU:C:2004:615.

Commentaires:

1. L'article 143 est principalement basé sur l'article 31 du Règlement Bruxelles Ibis et, en partie, sur l'article 29 de la Convention de Lugano de 2007. Le principe de priorité présuppose que la deuxième juridiction saisie n'a pas compétence exclusive¹⁹⁰. Dans le cas contraire, il n'y a pas lieu de donner la priorité à la première juridiction saisie, qui n'a pas compétence. Cette exception, qui se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, a été formulée positivement dans les présentes Règles.

2. L'article 143(2) correspond à l'article 31(1) du Règlement Bruxelles Ibis.

3. L'article 143(3) et (4) correspond à l'article 31(2) à (4) du Règlement, mais formulent la prééminence d'une convention de prorogation de for d'une manière plus large et sans la référence directe énoncée à l'article 25 du Règlement Bruxelles Ibis, et sans prévoir de dispositions spécifiques de protection des parties faibles prévues dans ledit Règlement.

Article 144. Connexité

1) Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant plusieurs juridictions, toute juridiction autre que celle saisie en premier lieu peut sursoir à statuer.

2) Lorsque la demande devant la juridiction première saisie est pendante au premier degré, toute autre juridiction se dessaisit si la juridiction saisie en premier lieu a joint les instances conformément à l'article 146.

3) Sont connexes, au sens du présent article, les demandes dont l'objet et la cause respectifs ont un lien tel qu'il est dans l'intérêt de la justice de les instruire et de les juger ensemble.

Commentaires:

1. La structure de cet article correspond à celle de l'article 30 du Règlement Bruxelles Ibis¹⁹¹. Son objectif est d'assurer une bonne administration de la justice. L'objet et la cause des demandes sont liées lorsque le résultat d'une procédure influe sur le résultat de l'autre procédure. Dans une configuration bipartite, l'article 144 s'appliquera en cas de chevauchement partiel de l'objet et de la cause des demandes, c'est-à-dire lorsque la juridiction saisie en premier lieu n'a qu'une compétence limitée. Étant donné que cette Partie des Règles entérine la conception large de la litispendance de la Cour de justice de l'Union européenne, l'article 144 s'adresse principalement aux litiges multipartites dans lesquels plusieurs demandeurs intentent des actions contre le même ou les mêmes (co-) défendeur(s) sur la base des mêmes faits, par exemple en matière de responsabilité des produits, de clauses types abusives, etc.

2. L'article 144(1) prévoit la suspension de la procédure parallèle. Dans les situations multipartites, un sursis à statuer peut également produire des effets négatifs importants pour les parties qui doivent attendre le résultat d'une procédure parallèle dans laquelle elles ne sont pas impliquées¹⁹². Par conséquent, la décision de sursoir à statuer est discrétionnaire afin de protéger les intérêts des parties. Il peut être mis fin à la suspension si la jonction des instances devenait impossible.

¹⁹⁰ Voir CJUE, Arrêt du 3 avril 2014, Weber (C-438/12), ECLI:EU:C:2014:212.

¹⁹¹ Voir aussi l'article 28 de la Convention de Lugano de 2007.

¹⁹² Voir CJUE, Arrêt du 26 avril 2012, Invitel (C-472/10), ECLI:EU:C:2012:242.

3. Le rejet d'une demande n'est possible qu'à la demande des parties et après la jonction des instances (article 144(2)).

4. La structure de l'article 144(3) correspond pour l'essentiel à celle de l'article 30(3) du Règlement Bruxelles Ibis. Ce dernier étant étroitement lié à la reconnaissance des jugements prévue à l'article 45 du Règlement, l'article 145(3) adopte une formulation plus large qui se retrouve dans un certain nombre de règles de procédure nationales des systèmes juridiques européens concernant la bonne administration de la justice. Cependant, dans un contexte transnational, il s'applique clairement aux cas visés par l'article 30(3) du Règlement où les demandes sont liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables.

Article 145. Date de saisine pour apprécier la litispendance ou la connexité

1) Une juridiction est réputée saisie:

- a) **à la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de faire notifier l'acte au défendeur conformément aux présentes Règles; ou**
- b) **si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent doit être notifié avant d'être déposé auprès de la juridiction, à la date à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures requises pour que l'acte soit déposé auprès de la juridiction.**

L'autorité chargée de la notification visée à l'alinéa b) du présent paragraphe est la première autorité ayant reçu les actes à notifier.

2) Lorsqu'une demande est formée au cours de l'instance, elle devient pendante au moment où elle est présentée à l'audience ou au moment du dépôt des conclusions écrites auprès de la juridiction ou encore au moment de leur notification à la partie adverse.

3) La juridiction ou l'autorité chargée de la notification visée au paragraphe 1, consigne respectivement la date du dépôt de l'acte introductif d'instance ou de l'acte équivalent ou la date de la réception des actes à notifier ou à signifier.

Commentaires:

1. La structure de l'article 145 suit pour l'essentiel celle de l'article 32(1) et (2) du Règlement Bruxelles Ibis¹⁹³ qui reflète les différentes manières de notifier les actes dans les droits nationaux européens. Cet article fournit des critères objectifs et automatiquement applicables de la litispendance¹⁹⁴.

2. Il existe cependant d'autres cas de litispendance concernant des demandes pendantes, qui sont traités à l'article 145(2). L'article 145(3) établit une obligation pour la juridiction d'apprécier et d'établir la date pertinente.

3. Il existe une jurisprudence très abondante de la Cour de justice de l'Union européenne concernant le moment où le cas de litispendance est constitué, qui concerne principalement les

¹⁹³ Et voir l'article 27 de la Convention de Lugano de 2007.

¹⁹⁴ Voir CJUE, Arrêt du 5 mai 2017, HanseYachts (C-29/16) ECLI:EU:C:2017:343.

questions familiales ¹⁹⁵. Récemment, la Cour a déterminé le moment où la litispendance est constituée dans le cas d'une procédure de médiation / conciliation obligatoire dans le contexte de la Convention de Lugano de 2007 ¹⁹⁶. Les mesures provisoires pour la préservation des preuves sont sans incidence en ce qui concerne l'établissement du cas de litispendance. Cette jurisprudence est pertinente pour aider à l'interprétation de l'article 145.

Article 146. Jonction d'instances

- 1) Lorsque la compétence de la juridiction saisie en premier lieu est établie, celle-ci peut, sur demande d'une partie, ordonner la jonction de plusieurs instances dans les cas visés aux articles 142 et 144.**
- 2) La juridiction première saisie ne peut ordonner la jonction que si elle est compétente pour statuer sur toutes les demandes et si les instances sont pendantes au premier degré.**
- 3) Avant d'ordonner la jonction des instances, la juridiction entend les parties et communique avec la ou les autres juridictions saisies.**
- 4) Lorsque la juridiction première saisie s'est déclarée compétente pour statuer sur les demandes et a joint les instances, toute autre juridiction se dessaisit.**
- 5) La jonction d'instances se fait sans préjudice de toute conséquence procédurale ou matérielle liée à l'existence de l'autre instance.**
- 6) Si la jonction ne peut se faire auprès de la juridiction première saisie, la juridiction saisie en second lieu peut, sur demande de l'une ou l'autre des parties, procéder, le cas échéant, à la jonction des instances conformément aux paragraphes 1 à 5 du présent article.**

Commentaires:

1. L'article 146 s'applique à la litispendance (article 142, voir les situations énumérées dans le commentaire) et aux actions connexes (article 144). Il traite des procédures de jonction qui sont principalement effectuées par la juridiction saisie en premier lieu. La juridiction deuxième saisie ne peut pas ordonner la jonction à la juridiction première saisie, mais doit sursoir à statuer dans l'attente que la juridiction première saisie établisse ou décline sa compétence. Si celle-ci n'ordonne pas la jonction des instances, la juridiction saisie en deuxième lieu peut soit sursoir à statuer dans l'attente de l'issue de la procédure devant la juridiction première saisie, ce qui est habituellement le cas (article 144), soit se dessaisir (article 142).

2. La jonction est ordonnée à la demande des parties, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. La décision de joindre les instances est discrétionnaire; cela permet à la juridiction première saisie de rejeter la demande de jonction lorsque la procédure est trop avancée. La juridiction informe directement les autres juridictions saisies de sa décision. La jonction entre différents niveaux d'instances, par exemple entre le premier et le second degré, n'est pas prévue dans les présentes Règles, bien qu'elle puisse être autorisée par le droit national.

¹⁹⁵ Voir, l'article 16(1)(a) du Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000 (Règlement Bruxelles IIbis); CJCE, Ordonnance du 16 juillet 2015, P (C-507/14) ECLI:EU:C:2015:512, sur les vacances judiciaires et le moment où la litispendance est constituée de la pendance.

¹⁹⁶ Voir CJUE, Arrêt du 20 décembre 2017, Schlömp (C-467/16), ECLI:EU:C:2017:993.

3. La jonction présuppose que la juridiction a compétence pour statuer sur la demande (article 146(2)). La compétence peut être liée à la comparution d'une partie.
4. La décision de joindre les instances présuppose que les parties aient été entendues par le juge. Elle devrait reposer sur des échanges appropriés entre les juridictions, les juges ayant le devoir de s'informer mutuellement du moment auquel intervient le sursis à statuer et des différentes procédures pendantes. Afin de surmonter les barrières linguistiques, il peut être souhaitable de recourir à un formulaire rendant compte des informations les plus importantes à communiquer (article 146(3)).
5. L'article 146 ne prescrit pas comment doit opérer la jonction. Au niveau national, les parties pourront renouveler les moyens et conclusions présentées devant la juridiction saisie en premier lieu qui transfèrera le dossier à la juridiction qui statuera sur les instances jointes. Dans une situation transnationale, les parties recommencent généralement la procédure devant la juridiction première saisie selon les règles de procédure et dans la langue de cette juridiction, nonobstant les règles de procédure relatives à la forclusion. Lorsque l'instance porte sur une demande de jugement déclaratoire négatif, le créancier peut former une demande reconventionnelle en paiement devant la juridiction première saisie.
6. Une fois les instances jointes, la juridiction saisie en deuxième lieu se dessaisit, la demande étant sans objet (article 146(4)).
7. L'article 146(5) établit que la jonction d'instances se fait sans préjudice de toute conséquence procédurale ou matérielle liée à l'existence de l'instance devant la juridiction saisie en deuxième lieu, par exemple l'interruption de la prescription par l'effet de la présentation de l'acte introductif d'instance.
8. Si la jonction n'est pas possible auprès de la juridiction première saisie, en particulier dans les cas où celle-ci déclinerait sa compétence, chacune des parties peut demander la jonction des instances à la juridiction deuxième saisie. Dans ce cas, l'article 146(1) à (5) s'applique en conséquence. Cependant, la juridiction nouvellement saisie doit vérifier si la jonction est possible et répond à une bonne administration de la justice.
9. Lorsque le juge décide de ne pas ordonner la jonction (voir l'article 37), l'article 146 s'applique en conséquence.

B. Chose jugée

Article 147. Jugements ayant autorité de chose jugée

- 1) Les jugements définitifs au fond, y compris les jugements tranchant une partie du principal et les jugements par défaut, ainsi que les jugements statuant sur des questions préliminaires de procédure ou des questions particulières de fond ont autorité de chose jugée.**
- 2) Une décision ordonnant une mesure provisoire n'a pas autorité de chose jugée au principal.**

Commentaires:

1. L'article 147 s'applique uniquement aux décisions des tribunaux étatiques. Il ne vise ni les sentences arbitrales ni les accords obtenus par exemple à l'issue d'une procédure de médiation ou de conciliation, qui une fois soumis à l'article 141 (transactions judiciaires) sont exécutoires. Un accord de résolution amiable a la force obligatoire d'un contrat. Un tel accord peut être invoqué durant un litige ultérieur pour faire obstacle à la réouverture de questions sur lequel il portait. Cependant un tel accord ne doit pas être considéré comme s'apparentant à un jugement et n'est pas soumis aux règles sur la chose jugée. Cette approche reflète l'approche de l'article 2(a) - (c) du Règlement Bruxelles Ibis.

2. En ce qui concerne les jugements par consentement, ils font l'objet d'approches différentes. En effet, ce type de jugement n'est pas connu dans tous les États membres. Dans certains systèmes juridiques, ils ont force de chose jugée, tandis que dans d'autres, un jugement de donner acte dans lequel le juge consigne l'accord des parties n'a pas autorité de chose jugée. L'article 147 opte pour une approche souple, laissant ouverte la question de la chose jugée pour les jugements par consentement.

3. Les jugements rejetant la demande pour des questions préliminaires de procédure peuvent par exemple être fondés sur l'incompétence de la juridiction saisie, le manque de capacité de la partie, l'absence de *locus standi*, le manque d'objet clairement défini de la demande. La chose jugée ne s'applique qu'à la question de procédure traitée dans le jugement (voir également l'article 66 dont le commentaire 4 s'applique en conséquence).

4. L'article 147(2) précise que les mesures provisoires n'ont pas autorité de chose jugée au principal. Cela ne signifie pas pour autant que les mesures provisoires soient totalement dépourvues d'autorité de chose jugée. Il est vrai que le tribunal compétent peut modifier la mesure provisoire en fonction de l'évolution des circonstances. En l'absence de changement de circonstances cependant, le juge et les parties sont liés par la décision. Cela peut être considéré comme une forme très restreinte de l'autorité de chose jugée.

Article 148. Jugements ayant force de chose jugée

Un jugement acquiert force de chose jugée lorsqu'aucun recours ordinaire n'est ou n'est plus recevable.

Commentaires:

1. Un jugement acquiert force de chose jugée lorsqu'aucun recours ordinaire n'est ou n'est plus recevable, sauf dans des situations particulières et limitées où les conditions pour un recours extraordinaire en révision ¹⁹⁷ peuvent être établies (voir l'article 181). Tant qu'un jugement n'a pas acquis force de chose jugée, si une deuxième instance identique est formée devant une autre juridiction, les règles sur la litispendance devraient s'appliquer.

2. Le concept de recours ordinaire ou extraordinaire varie entre les systèmes juridiques européens. Par exemple, si dans certains pays, un deuxième recours en matière civile est un moyen de recours ordinaire, dans d'autres pays, il est considéré comme un recours extraordinaire. Aux fins de l'article 148 et dans une perspective fonctionnelle, le concept de recours ordinaire devrait être compris de façon autonome englobant les voies de recours nationales ordinaires et extraordinaires en deuxième et troisième instance, tel que l'appel, mais non pas les voies de recours définies comme extraordinaires dans les présentes Règles aux articles 181 et suivants. L'autorité de chose jugée sera acquise lorsque les voies de recours aux deuxième et troisième degrés ne sont pas ou ne sont plus disponibles ou recevables.

3. Il est cependant possible de contester l'autorité de chose jugée d'une décision de justice dans des circonstances exceptionnelles par un recours en révision extraordinaire, voir les articles 181 et suivants.

¹⁹⁷ Par exemple, "motion for review", "Wiederaufnahme des Verfahrens".

Article 149. Étendue matérielle de la chose jugée

- 1) L'étendue matérielle de la chose jugée est déterminée par référence aux demandes formulées dans les conclusions des parties, y compris dans les modifications qui leur sont apportées, et tranchées par le jugement.**
- 2) La chose jugée s'étend également aux questions juridiques préalables expressément tranchées dans le jugement, dès lors que les parties à la nouvelle instance sont les mêmes que dans la procédure antérieure, et que le juge qui a rendu la décision avait compétence pour statuer sur les questions juridiques préalables.**
- 3) Si le moyen de défense soulevé par le défendeur est fondé sur la compensation, la chose jugée s'étend à cette question si:**
 - a) le juge fait droit tant à la demande qu'au moyen de défense, ou**
 - b) la demande est accueillie et le moyen de défense fondé sur la compensation rejeté.**
- 4) Si la demande est rejetée pour des motifs autres que la compensation, le jugement n'a autorité de chose jugée qu'à l'égard de la demande et non à l'égard du moyen de défense tiré de la compensation.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 28.2.

Commentaires:

1. L'article 149 traite de l'effet positif de la chose jugée qui s'impose aux parties et au juge (pour l'effet négatif, voir l'article 21, et en particulier le commentaire 1). Selon l'article 149(1), l'effet de la chose jugée ne devrait couvrir que ce que les parties ont porté devant le juge, ce qui est la conséquence logique du principe dispositif ("*Dispositionsmaxime*").
2. L'article 149(2) étend l'effet positif de la chose jugée pour couvrir la forclusion ou l'irrecevabilité à raison de l'objet de la demande (*issue estoppel*). La chose jugée s'étend également aux questions juridiques préalables, à savoir celles dont l'existence et la validité sont des présupposés logiques de la décision statuant sur la demande.

Cet article ne concerne que les relations et les questions juridiques, et non pas les faits qui en tant que tels ne peuvent pas faire l'objet d'une déclaration judiciaire ayant autorité de chose jugée. Les questions juridiques préalables constituent des étapes juridiques nécessaires à l'aboutissement de la procédure, ses antécédents logiques dont dépend la décision sur la demande. Par exemple: le demandeur réclame des dommages-intérêts basés sur un contrat; l'existence et la validité du contrat sont des questions juridiques préalables à résoudre en cas de désaccord à leur sujet entre les parties. La chose jugée devrait s'appliquer aux questions juridiques préalables seulement lorsque les conditions suivantes sont réunies: les parties les ont soulevées durant la procédure ou l'occasion s'est présentée d'en débattre; le jugement a explicitement tranché ces questions; et ces questions sont nécessaires pour la décision elle-même. Aucune distinction n'est à faire à cet égard entre le dispositif de l'arrêt et ses motifs. Il est certes plus facile de déterminer précisément l'étendue matérielle de la chose jugée lorsque toutes les questions juridiques préalables qui ont été tranchées par le juge sont précisées dans le jugement (voir l'article 131(f)). Il existe cependant des différences importantes entre les systèmes juridiques européens en ce qui concerne la rédaction des jugements. Par conséquent, il convient de reconnaître, même si cela peut créer une incertitude juridique, que les motifs du jugement peuvent avoir autorité de chose jugée sur les questions de droit même s'ils ne sont pas repris dans le dispositif du jugement. Cela explique pourquoi certains systèmes juridiques européens rejettent l'idée que les motifs d'un jugement puissent avoir autorité de chose jugée. Dans ces pays, les parties peuvent demander au juge

d'étendre la chose jugée aux éléments de droit, mais non de fait, sur lesquels s'est fondé le jugement et sur lesquels elles s'étaient opposées durant la procédure.

3. Une question juridique préalable doit être distinguée d'une question préliminaire. Une question préliminaire doit être résolue avant l'examen au fond, par exemple la qualité pour agir, la compétence (voir les articles 65(2)(a), 66(1)(a)). Certains systèmes de droit civil appliquent la règle de l'article 149(2) aux questions juridiques préalables qui relèvent de la compétence au fond du juge. Certaines jurisprudences nationales l'appliquent en ce qui concerne la validité d'un contrat s'il s'agit d'une question que le juge doit trancher de façon préalable. D'autres systèmes juridiques parviennent à des résultats similaires en reconnaissant une portée large aux jugements (voir ci-dessus). Le concept de "question juridique préalable" est proche du concept de "issue estoppel" en droit anglais. Ce dernier semble toutefois plus étendu car la chose jugée fondée sur l'estoppel couvre également les faits, ce qui n'est pas le cas de l'article 149(2). On peut se demander quels sont les effets de la règle énoncée à l'article 149(2): bien qu'elle puisse sembler alourdir la charge de la procédure, elle vise cependant à une économie procédurale par l'extension logique de la chose jugée aux questions qui ont été expressément tranchées dans le dispositif ou dans la motivation du jugement, évitant ainsi des litiges supplémentaires ultérieurs.

4. L'article 149(2) s'applique aux jugements par défaut ainsi qu'aux jugements contestés. Deux conditions sont énoncées: la question préalable doit avoir été expressément tranchée dans le jugement et le juge devait avoir compétence pour statuer sur la question préalable. Dans le cadre des présentes Règles, les jugements par défaut doivent être rendus après que le juge ait procédé à un véritable examen au fond de la demande.

5. La condition énoncée à l'article 149(2) que le juge devait avoir compétence pour statuer sur les questions juridiques préalables signifie que le juge aurait été compétent si la demande avait été introduite devant lui comme demande principale à l'action. Dans de nombreux systèmes juridiques, il existe deux catégories de juridictions de première instance selon le montant de la demande. Lorsque le litige porte sur un faible montant, la juridiction saisie pourrait ne pas avoir compétence si le montant total en jeu dépasse ses limites de compétence financière. Un autre exemple est la situation dans laquelle la question juridique préalable relève de la compétence d'un tribunal pénal ou administratif.

6. Dans certains systèmes juridiques européens, la compensation est un simple moyen de défense, dans d'autres, elle est traitée comme une demande reconventionnelle, dans d'autres encore comme l'un ou l'autre au choix du défendeur. L'article 149(3) ne se prononce pas sur la nature procédurale de la compensation, qui doit être laissée au droit national. L'article 149(3) vise uniquement à fournir une solution pour les systèmes juridiques dans lesquels la compensation est traitée comme un simple moyen de défense.

Article 150. Modification d'un jugement ordonnant une prestation périodique

1) Sur demande d'une partie, le juge peut modifier pour l'avenir une décision antérieure ayant autorité de chose jugée qui ordonne des prestations périodiques.

2) La modification n'est possible sur le fondement du présent article qu'en cas de changement substantiel de circonstances.

Commentaire:

L'article 150 vise à prendre en compte un changement de circonstances lorsqu'un jugement a statué sur des questions impliquant des actions ou des situations juridiques qui s'étendent sur une certaine période, comme des paiements périodiques alloués dans des actions extracontractuelles, par exemple dans des cas de préjudice corporel. Lorsqu'un changement substantiel de circonstances survient, une

partie (débiteur ou créancier, auteur du fait délictuel) devrait être en droit de demander un nouveau jugement. Cette possibilité est reconnue par la loi ou la jurisprudence dans presque tous les systèmes juridiques européens.

Article 151. Personnes auxquelles s'impose la chose jugée

Seules les parties à la procédure, leurs héritiers et leurs ayants droits sont liés par les chefs du jugement ayant autorité de chose jugée.

Commentaires:

1. L'article 151 traite des limites subjectives de la chose jugée. Seules les parties à une procédure et leurs héritiers ou ayants droits devraient être liés par les effets de l'autorité de chose jugée du jugement. Cela n'empêche pas que les jugements, par exemple ceux prononcés en matière de filiation ou de nationalité ou prononçant l'annulation des délibérations des actes de sociétés ou de personnes morales, d'être opposables¹⁹⁸ aux tiers en ce qui concerne leurs effets juridiques matériels, qui sont différents de la chose jugée. C'est notamment le cas des jugements créant ou modifiant le statut juridique¹⁹⁹. En outre, en vertu du droit matériel national, il peut y avoir des cas où d'autres personnes physiques sont liées par la chose jugée. Ces questions spécifiques de droit matériel sont toutefois laissées au droit national.

2. Cet article ne traite pas de l'autorité de chose jugée pour ce qui est de la réparation dans les actions collectives (voir la Partie XI, qui régit tous les aspects des actions collectives).

Article 152. Relevé d'office de la chose jugée

Le juge relève d'office le moyen tiré de la chose jugée.

Commentaires:

1. Étant donné que les effets de la chose jugée sont non seulement dans l'intérêt des parties mais aussi dans celui de l'autorité des jugements étatiques et des ressources des tribunaux, le juge devrait avoir le pouvoir et le devoir de relever d'office le moyen tiré de la chose jugée (voir également l'article 133(d)). Cela est reconnu par certains systèmes juridiques européens comme s'imposant au juge, tandis que d'autres le conçoivent comme une faculté mais non comme une obligation.

2. Souvent le juge ignorera l'existence d'un jugement antérieur qui a autorité de chose jugée. Aussi cette règle peut-elle être difficile à mettre en pratique. Dans la plupart des cas, une partie soulèvera donc le moyen tiré de la chose jugée devant le juge.

¹⁹⁸ "Entgegenhaltbar", "DrittWirksamkeit".

¹⁹⁹ Ainsi: jugement constitutif, "Gestaltungsurteil".

PARTIE IX – VOIES DE RECOURS

Introduction

1. Cette Partie traite des appels, pourvois finaux et d'autres types de recours, tel que le recours extraordinaire en révision. La possibilité de recourir contre un jugement ou le contester est bien établie dans les systèmes procéduraux, même si son principe n'est pas entériné par la Cour européenne des droits de l'homme comme relevant du droit à un procès équitable au titre de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Les présentes Règles adoptent l'approche selon laquelle il existe un droit de recours, alors même qu'il ne pourrait être exercé qu'avec l'autorisation de la juridiction de recours en vertu de dispositions spéciales concernant l'accès et la portée du recours. Dans ces cas, le droit de contester un jugement portant sur des questions procédurales ou de fond est reconnu au requérant qui peut invoquer de bonnes raisons permettant de conclure que le recours est susceptible de réussir tel que proposé. De cette manière, le processus de recours et le droit de former recours offrent un équilibre efficace au regard des principes du caractère définitif des jugements, d'exactitude dans la motivation de la décision, de célérité et de proportionnalité. Cet équilibre doit être tel que le processus de recours n'entache pas la confiance dans le procès civil et le pouvoir judiciaire. Il s'agit d'éviter la multiplication des appels qui pourrait compromettre la confiance dans les juridictions de première instance et le pouvoir judiciaire et retarder l'aboutissement des procédures, ce qui pourrait discréditer l'ensemble du système judiciaire. Les retards causés par le grand nombre de procédures du fait d'un accès trop facile à la voie de recours pourraient également porter atteinte au droit à un jugement dans un délai raisonnable et ainsi au droit à un procès équitable de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et ainsi porter atteinte à la règle de droit. Les conditions en matière d'autorisation et de recevabilité ne sont toutefois pas de nature à restreindre indûment l'accès aux voies de recours, ce qui pourrait avoir pour effet inverse de réduire les fonctions de l'appel de corriger l'erreur de première instance et de promouvoir l'efficacité des jugements de première instance grâce à l'effet dissuasif de la possibilité de former appel.

3. Le Principe 27 des Principes ALI/UNIDROIT traite de la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les aspects divergents de la règle de droit comme suit: "(2) L'appel est en principe limité aux demandes et défenses présentées en première instance (3) Dans l'intérêt de la justice, la juridiction d'appel peut prendre en considération de nouveaux faits et de nouvelles preuves". Ce Principe encadre les règles sur les voies de recours énoncées dans la présente Partie.

SECTION 1 - Partie générale

Article 153. Droit à une voie de recours

Une partie ou, à titre exceptionnel, un tiers, qui y a un intérêt juridique, peut exercer une voie de recours contre un jugement, conformément aux dispositions de la présente Partie.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.

Commentaires:

1. L'intérêt juridique est un critère général de la qualité pour agir. C'est aussi une condition qui doit être remplie à chaque étape du litige. Une partie a un intérêt à faire appel d'un jugement ou à

engager d'autres formes de recours, si elle a un besoin légitime de le contester. Un besoin légitime serait constitué lorsque l'on peut dire que le jugement attaqué résulte d'une erreur de procédure ou était fondé sur une appréciation inexacte des faits ou du droit pertinents, de sorte qu'un résultat différent aurait dû être obtenu. Aussi, une partie ne peut pas faire appel ou contester un jugement simplement parce qu'elle ne partage pas la motivation du jugement qui lui a donné gain de cause; ou parce qu'elle aurait préféré un raisonnement fondé sur des motifs de droit plus étendus susceptibles de s'appliquer à un groupe de réclamations ou d'affaires et pouvant dissuader des demandeurs potentiels d'intenter des actions similaires; ou encore simplement parce qu'elle aimerait obtenir un jugement d'une juridiction supérieure, dont l'une autorité serait plus convaincante que celle du tribunal de première instance. Les recours en appel ne sont autorisés que lorsqu'une partie souhaite obtenir un résultat au fond différent de celui obtenu devant le tribunal de première instance. Une partie ne peut pas non plus faire appel simplement au motif que le jugement du tribunal de première instance ne se fonde pas sur les faits ou sur les preuves qu'elle estime corrects (voir les articles 166, 172 et 177 sur la base sur laquelle les parties peuvent faire appel).

2. Les tiers peuvent intervenir dans des procédures de recours conformément aux conditions des articles 39-42. À titre exceptionnel, ils peuvent également former recours à l'encontre d'un jugement lorsque leurs droits sont affectés par la décision.

Article 154. Renonciation à la voie de recours

1) Une partie peut renoncer au droit de former un recours. La renonciation doit être libre, éclairée et expresse. Elle peut être notifiée à la juridiction par écrit antérieurement à l'audience ou pendant celle-ci; elle peut également être formulée par déclaration orale à l'audience.

2) Il est possible de renoncer à une voie de recours avant que le jugement soit prononcé. Une telle renonciation n'est possible qu'avec l'accord de toutes les parties.

3) Un consommateur demandeur ou défendeur à la procédure ne peut renoncer à son droit de recours avant le prononcé de la décision.

4) Toute renonciation à voie de recours fait l'objet d'une mention par la juridiction dans la décision ou, le cas échéant, dans tout autre registre officiel.

Commentaires:

1. Il est possible de renoncer au droit de former un recours. C'est un aspect du principe dispositif, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un aspect de l'autonomie procédurale des parties. L'exercice de ce droit favorise également la certitude et la stabilité dans les relations entre les parties dès lors que les parties et le juge savent qu'aucun recours ne sera possible. Du point de vue du juge, cela peut également contribuer à réduire la durée du litige, lui permettant de gérer ses ressources plus efficacement.

2. Compte tenu de l'importance d'une renonciation à la voie de recours et de ses effets sur les droits procéduraux des parties, l'article 154 soumet son exercice aux conditions de forme énoncées à l'article 154(2) et (4).

3. Le droit de renonciation est soumis à deux limites importantes énoncées à l'article 154(3) et (4). Premièrement, afin d'assurer que les parties sont conscientes des conséquences d'une renonciation avant le prononcé du jugement, elles doivent toutes donner leur accord. Deuxièmement, afin de protéger les consommateurs qui pourraient ne pas être pleinement informés des effets de la renonciation, ce droit procédural ne leur est pas accessible avant le prononcé du jugement. Cette protection est analogue à celle prévue par l'article 19 du Règlement Bruxelles Ibis et l'article 17 de la

Convention de Lugano de 2007. Le terme consommateur doit être entendu de manière très large (voir généralement le Préambule VI. 6).

SECTION 2 – Appel et pourvoi final

Article 155. Déclaration d'appel ou de pourvoi final – Généralités

- 1) L'appel ou le pourvoi final est interjeté par une déclaration adressée à la juridiction de recours compétente.**
- 2) Une fois adressée à la juridiction compétente, la déclaration d'appel ou de pourvoi final est notifiée au défendeur conformément à la Partie VI des présentes Règles.**

Article 156. Délais de recours

- 1) Le délai de dépôt de la déclaration d'appel est d'un mois à compter de la notification du jugement contesté.**
- 2) Le délai de dépôt de la déclaration de pourvoi final est de deux mois à compter de la notification de la décision contestée.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaires:

1. Les articles 155 à 158 établissent une approche en deux temps pour l'ouverture d'un recours.
2. Premièrement, les articles 155 et 156 exigent qu'une déclaration soit déposée auprès de la juridiction de recours, puis notifiée au défendeur. Le but de cette première étape est d'informer le juge et la partie adverse du recours. La déclaration ne doit contenir que les mentions permettant d'identifier le jugement contesté, et l'intention de son auteur de recourir contre ce jugement.
3. Deuxièmement, l'article 157 pour l'appel et l'article 158 pour le pourvoi final (présentés ci-après) définissent la deuxième étape du recours. En appel, les deux étapes peuvent être combinées, c'est-à-dire que l'appelant peut exposer l'objet et les moyens de l'appel, comme l'exige l'article 157, en même temps et dans le même acte que la déclaration d'appel en vertu des articles 155 et 156. S'agissant d'un pourvoi final, les étapes requises par les articles 155, 156 et 158 sont nécessairement combinées. Cette distinction reflète la portée plus limitée des pourvois finaux et l'exigence de combiner les deux étapes répond aux objectifs d'efficacité procédurale et de proportionnalité (articles 5 et 6) sans imposer une charge pénalisante à l'auteur du recours en exigeant qu'il présente les moyens sur lesquels le pourvoi est fondé dans des délais plus courts que ceux appliqués aux procédures d'appel.
4. Des délais courts sont prévus pour le dépôt de la déclaration d'appel ou de la déclaration de pourvoi final ainsi que pour exposer les moyens qui fondent le recours, de façon à garantir la rapidité des voies de recours (voir également l'article 165 sur la prorogation des délais).

Article 157. Contenu de la déclaration d'appel et des conclusions en appel

- 1) La déclaration d'appel indique qu'un appel est interjeté et précise le jugement qui en est l'objet. Elle peut également indiquer les moyens sur lesquels l'appel est fondé. Si ces moyens ne figurent pas dans la déclaration d'appel, ils sont exposés dans des écritures séparées.**
- 2) Les conclusions indiquent:**
 - a) les prétentions de l'appelant;**
 - b) les moyens de fond et de procédure au soutien de l'appel; et**
 - c) le cas échéant, les motifs pour lesquels l'appréciation des preuves est sérieusement erronée;**
 - d) le cas échéant, les nouveaux faits qui seront allégués et les nouveaux moyens de preuve qui seront produits ainsi que les motifs pour lesquels ces faits et moyens de preuve nouveaux sont recevables.**
- 3) Si les moyens sur lesquels l'appel est fondé sont exposés dans des écritures distinctes de la déclaration d'appel, ils doivent être notifiés dans le délai de deux mois à compter de la notification du jugement, sauf si la juridiction d'appel fixe un délai différent.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.

Commentaires:

1. L'appelant, comme en général tout demandeur, est tenu d'exposer les moyens sur lesquels l'appel est fondé. Ces moyens peuvent être exposés au choix dans la déclaration d'appel, ou dans un acte distinct (voir les articles 155, 156 et 157(1) et (3)). Voir également l'article 169 sur l'étendue du contrôle exercé par la juridiction d'appel.
2. L'appelant doit indiquer sa prétention dans la déclaration d'appel ou dans l'acte distinct, ce qui détermine à un stade précoce de la procédure le champ de l'appel aux fins de l'article 167. Cela permet aux parties dès ce moment d'organiser leur approche de l'appel et au juge d'examiner la meilleure façon d'administrer efficacement la procédure en appel.
3. L'article 157(2)(d) doit être lu conjointement avec l'article 168. Lorsqu'un appelant a l'intention d'introduire des faits nouveaux, les moyens du recours doivent non seulement alléguer ces faits, mais ils doivent également établir que les conditions de l'article 168 sont réunies.
4. Dans des cas complexes, la présentation des moyens au soutien de l'appel peut prendre un certain temps, contrairement aux cas simples. Pour cette raison, l'article 157(3) prévoit un délai pour la notification des moyens de l'appel lorsqu'ils sont énoncés dans un acte distinct de la déclaration d'appel, tout en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire de modifier ce délai. Les parties peuvent donc demander une réduction ou une prorogation du délai, en exposant les raisons justifiant la variation (voir également l'article 165 sur la prorogation des délais).

Article 158. Contenu de la déclaration de pourvoi final et conclusions

- 1) La déclaration de pourvoi indique qu'un pourvoi final est formé et précise la décision qui en fait l'objet. Elle indique les moyens sur lesquels le pourvoi est fondé.**

- 2) Les conclusions au soutien du pourvoi final indiquent:**
- a) les prétentions du requérant;**
 - b) les moyens de procédure et de fond sur lesquels le pourvoi est fondé.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 27.

Commentaires:

1. Comme cela a été indiqué dans les commentaires sur les articles 155 et 156, l'article 158 combine l'approche en deux étapes applicable aux appels en une seule étape pour les pourvois finaux. La déclaration de pourvoi doit donc contenir les moyens sur lesquels le pourvoi est formé. Aussi, la déclaration de pourvoi final sera-t-elle toujours contenue dans un seul acte.

2. Le champ de la procédure faisant suite au pourvoi final est plus restreint que celui de l'appel. Les moyens au soutien du pourvoi devraient être identifiés par l'auteur du recours afin de l'exposer dans un seul acte. Voir l'article 174 sur les moyens au soutien du pourvoi.

Article 159. Réponse à la déclaration d'appel ou de pourvoi final – Généralités

- 1) Le défendeur au recours a un délai de deux mois à compter de la notification de la déclaration d'appel ou de pourvoi pour adresser ses conclusions en réponse à la juridiction et les notifier à la partie adverse. La juridiction peut fixer un délai différent.**
- 2) L'auteur du recours répond aux conclusions en réponse dans un délai de deux semaines à compter de leur notification. La juridiction peut fixer un délai différent.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaire:

L'article 159 décrit la manière dont se déroule la procédure après la notification de la déclaration d'appel ou de pourvoi et des moyens au soutien du recours. Il prévoit un délai plus long, quoique relativement court, pour donner au défendeur au recours le temps de déterminer s'il souhaite que soit confirmé le jugement contesté qui était en sa faveur, de rassembler ses arguments et de présenter ses conclusions de telle façon que le recours avance rapidement. Cet article vise donc à promouvoir un procès d'appel ou de pourvoi final équitable (voir également l'article 165 sur la prorogation des délais).

Article 160. Contenu des conclusions en réponse du défendeur

Les conclusions en réponse peuvent contenir:

- a) les moyens tendant à la confirmation de la décision contestée; ou**
- b) une déclaration d'appel ou de pourvoi incident et les moyens à son soutien aux fins de confirmer la décision pour des motifs autres que ceux qu'elle contient. Suivant que les conclusions en réponse concernent un appel ou un pourvoi final, les articles 157(2) ou 158(2) sont applicables.**

Commentaires:

1. Le défendeur au recours peut répondre à la déclaration d'appel ou de pourvoi et aux moyens invoqués de plusieurs façons. L'article 160 énonce deux réponses possibles.
2. L'article 160(a) énonce ce qui serait l'approche générale: le défendeur présente les raisons pour lesquelles la décision contestée devrait être confirmée, c'est-à-dire pourquoi la juridiction de recours devrait rejeter les moyens de l'auteur du recours.
3. L'article 160(b), qui peut être combiné avec l'approche de l'article 160(a), permet à un défendeur d'exposer d'autres raisons pour lesquelles la décision contestée devrait être confirmée. Ces raisons pourraient être les mêmes que celles qui avaient été rejetées dans la décision contestée. Il pourrait aussi, à titre exceptionnel, invoquer des motifs nouveaux, c'est-à-dire non débattus devant la juridiction qui l'a prononcée. Dans ce cas, l'autorisation de la juridiction de recours serait nécessaire pour prendre en compte les motifs nouveaux et supplémentaires allégués (voir les articles 22(1) et 168; ce dernier lorsque les nouveaux motifs concernent des nouveaux faits et des nouvelles preuves).
4. Certains systèmes juridiques permettent au défendeur de consentir au recours et que soit ainsi annulé le jugement attaqué. Ce fait peut soit résulter de l'initiative du défendeur, soit d'un processus de résolution amiable. Dans ce cas, les parties devraient demander à la juridiction de recours de suspendre la mise en état de la procédure de recours dans l'attente de l'aboutissement de la résolution amiable. Cette question est laissée à la législation nationale, étant donné que les rédacteurs des Règles n'ont pas trouvé d'accord sur la question d'inclure ou non cette forme de résolution amiable.

Article 161. Appel et pourvoi incidents

- 1) Une fois le délai d'appel ou de pourvoi prévu à l'article 156(2) expiré, une partie conserve le droit de former un appel ou un pourvoi incident si la partie adverse a elle-même formé appel ou pourvoi final à l'encontre de la décision.**
- 2) La déclaration d'appel ou de pourvoi incident fait l'objet d'une notification par son auteur. Les articles 156 à 159 sont applicables.**
- 3) L'appel ou le pourvoi incident est caduc si le recours principal est jugé irrecevable.**
- 4) L'auteur du recours principal répond aux conclusions d'appel ou de pourvoi incident. Les articles 159 et 160 sont applicables à ces conclusions en réponse.**

Commentaires:

1. L'article 161 permet à une partie qui aurait pu former un appel ou un pourvoi d'un jugement de le faire après l'expiration du délai pour intenter ces recours, dans le cas où la partie adverse a formé appel ou pourvoi final à l'encontre de la décision. Ces recours ne portent pas atteinte au principe de caractère final de la décision dès lors qu'ils sont mis en œuvre dans les délais de procédure. De tels recours sont appelés appels et pourvois incidents.
2. Un cas courant où peuvent être formés des recours incidents est celui où les deux parties ont vu leurs demandes en partie accueillies et en partie rejetées. Dans ces cas, lorsqu'un recours a été intenté et que le défendeur n'a pas lui-même formé un appel ou un pourvoi du jugement dans les délais impartis, il peut encore former un recours incident à partir du moment où la partie adverse a déposé sa déclaration de recours. L'appel ou le pourvoi sont incidents dès lors que l'autre partie a formé un appel ou un pourvoi final à l'encontre de la décision. Un recours intenté dans les délais visés à l'article 156(2) n'entre pas dans le champ d'application de l'article 161: il s'agit d'un appel ou d'un pourvoi final et non d'un appel ou d'un pourvoi incidents.

3. L'article 161(3) énonce que le recours incident est lié au recours "principal", c'est-à-dire à celui dont il dépend pour être jugé au fond. Si le recours principal fait l'objet d'un désistement, d'une résolution amiable ou pour toute raison n'est pas tranché au fond, le recours incident devient caduc.
4. Une fois qu'une déclaration de recours incident a été déposée auprès de la juridiction de recours, les règles générales applicables aux voies de recours s'appliquent.

Article 162. Exécution provisoire

- 1) Sauf dispositions contraires, tout jugement définitif est exécutoire immédiatement nonobstant appel ou pourvoi final.**
- 2) En cas d'appel ou de pourvoi final, le demandeur au recours peut demander à la juridiction saisie de suspendre l'exécution de la décision contestée si cette exécution risque d'entraîner des conséquences manifestement excessives.**
- 3) La constitution d'une garantie peut être exigée de l'auteur du recours pour que l'exécution soit suspendue ou du défendeur au recours pour que la suspension soit refusée.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 26.

Commentaires:

1. Les jugements doivent être exécutoires à compter de la date à laquelle ils sont rendus. L'exécution immédiate n'est cependant pas définitive. Lorsque, par exemple, un jugement est annulé en appel, l'exécution doit être annulée. L'exécution immédiate protège toutefois l'intérêt légitime de la partie en faveur de laquelle le jugement de première instance a été rendu, c'est-à-dire qu'elle la protège du risque d'insolvabilité du défendeur ou des effets négatifs d'un retard dans l'exécution.
2. L'exécution immédiate peut cependant être inappropriée au cas où le jugement de première instance serait annulé en appel et qu'il ne soit pas possible d'annuler les conséquences de l'exécution. On peut citer en exemple des décisions ordonnant la démolition de l'immeuble ou la vente d'une œuvre d'art. Dans de tels cas, le juge peut ordonner la suspension de l'exécution à la demande de la partie contre laquelle l'exécution a été prononcée.
3. Afin d'équilibrer les risques dérivant d'une exécution immédiate ou d'une suspension de l'exécution, le juge peut exiger d'une ou de plusieurs parties qu'elles constituent une garantie.
4. Si la partie qui a succombé en première instance ne peut pas satisfaire le jugement ni fournir de garantie, cela serait sans conséquence sur l'appel du fait que la suspension de l'exécution ne désavantagerait pas la partie qui a eu gain de cause en première instance.

Article 163. Désistement

- 1) Une partie peut se désister à tout moment de l'appel qu'elle a formé.**
- 2) Une partie ne peut se désister du pourvoi final qu'elle a formé qu'avec l'accord de la partie adverse et de la juridiction.**
- 3) La partie qui se désiste de son appel ou de son pourvoi final en supporte les frais, y compris ceux qui ont été engagés par d'autres parties en raison du recours.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 10.5.

Commentaires:

1. Le droit de se désister d'un recours est un cas d'application du principe dispositif et de l'autonomie des parties. Le désistement ne peut intervenir qu'avant le prononcé de la décision statuant sur le recours.
2. Comme principe général, lorsqu'une partie se désiste de son recours, elle doit en supporter les frais, y compris les frais engagés par d'autres parties en raison du recours (voir également l'article 244).
3. En ce qui concerne le pourvoi final, le droit de désistement est encadré par l'article 163(3). Le désistement ne peut avoir lieu qu'avec l'accord des autres parties et de la juridiction. Cette règle protège l'intérêt que la partie adverse a placé dans le recours ainsi que l'intérêt public à ce que jugement soit rendu sur le pourvoi à l'encontre de la décision d'appel. Le désistement doit également être effectué conformément à l'obligation faite aux parties d'agir de bonne foi (voir l'article 3(e)).

Article 164. Représentation devant la juridiction d'appel ou la juridiction supérieure

1) Hors les cas où la représentation est obligatoire selon le droit applicable, la juridiction d'appel peut exiger qu'une partie soit représentée par un avocat si cette partie n'est pas en mesure de présenter son recours de façon compréhensible ou si cela est nécessaire en vue d'une bonne administration de la justice.

2) La représentation par avocat est obligatoire devant la juridiction supérieure.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 4.

Commentaires:

1. La procédure devant la juridiction supérieure ne porte que sur des questions de droit. Aussi, elle nécessite généralement l'argumentation d'experts, ce qu'un non-spécialiste n'est généralement pas en mesure de fournir. L'article 164(2) exige donc que les parties devant la juridiction supérieure soient représentées par un avocat. L'article 164(1) ne pose pas d'exigence similaire en ce qui concerne la juridiction d'appel, bien que la représentation soit obligatoire dans de nombreux droits nationaux européens (voir l'article 14, commentaire 1). Le juge peut toutefois exiger une représentation par avocat lorsque l'appel soulève des questions complexes de droit ou de fait, ou lorsque la bonne administration de la justice l'exige.
2. Au sens de l'article 164(1), le juge considérera qu'une partie doit être représentée par un avocat si elle n'est pas en mesure de présenter son recours ou les moyens de droit ou de fait de façon appropriée. Dans ce contexte, le juge tiendra tenir compte des observations sur ce point présentées par les autres parties à l'appel. La décision du juge exigeant la représentation par avocat, comme toute décision de mise en état, peut être contestée (voir l'article 178).
3. Lorsqu'une représentation par avocat est requise, elle devrait être financée par le régime d'aide juridictionnelle en raison de l'intérêt public à protéger les cas prévus par l'article 164(1) et (2) (voir

l'article 244).

4. Certains pays limitent les catégories d'avocats habilités à agir devant les juridictions d'appel, et surtout devant les juridictions suprêmes, à des avocats spécifiquement qualifiés. Cet article est silencieux sur cette question et n'exclut ni ne prescrit qu'une catégorie particulière d'avocats puisse représenter un client devant une juridiction d'appel ou de cassation. Cette question relève du droit national.

5. Sur la représentation des parties, voir généralement l'article 14, commentaires 1 et 2.

Article 165. Délais de distance

Sauf décision contraire du juge, tout délai applicable à l'appel ou au pourvoi final est prorogé d'un mois si la partie qui y est soumise n'est pas domiciliée dans l'État dont la juridiction est saisie.

Commentaires:

1. L'article 165 prend acte du fait que dans un litige transnational, une partie non domiciliée dans l'État dont la juridiction est saisie peut avoir besoin d'un délai supplémentaire pour préparer un recours ou une défense en bonne et due forme.

2. L'extension des délais pour cause de distance ne devrait s'appliquer qu'aux parties non domiciliées dans l'État dont la juridiction est saisie, car ce sont elles qui sont dans une situation désavantagée dans la procédure. Lorsque l'une des parties est domiciliée dans l'État dont la juridiction est saisie, cette règle a pour effet de réduire l'avantage de la juridiction nationale.

SECTION 3 – Appel contre les jugements de première instance

Article 166. Droit d'appel

1) Une partie a le droit d'interjeter appel d'un jugement si:

- a) la valeur de la prétention sur laquelle porte l'appel dépasse le taux de ressort prévu par la loi applicable, par exemple deux fois le salaire mensuel moyen dans l'État de la juridiction saisie; ou**
- b) la juridiction d'appel autorise l'appel en considération de la déclaration d'appel et des moyens invoqués à son soutien.**

2) Pour décider s'il y a lieu d'autoriser l'appel, la juridiction d'appel tient compte des éléments suivants:

- a) la question juridique présente une importance de principe,**
- b) le développement du droit ou la garantie d'une jurisprudence uniforme nécessite une décision de la juridiction d'appel, ou**
- c) des principes fondamentaux de procédure ont été violés.**

3) La juridiction d'appel examine d'office si les exigences énoncées aux alinéas précédents sont remplies.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.

Commentaires:

1. En ce qui concerne le droit d'interjeter appel, un point d'équilibre doit être trouvé entre l'intérêt privé et l'intérêt public à ce que justice soit rendue de façon définitive dans un délai et à un coût raisonnables, tant pour les parties que pour l'État. Un tel équilibre ne serait pas atteint si un accès illimité à l'appel était possible. Cela inciterait à voir dans les procédures de première instance une sorte de "procédure d'essai" dans laquelle les parties pourraient s'entraîner à la présentation de leurs moyens et des preuves. Cela aurait pour effet de dévaloriser le rôle des procédures de première instance, de porter atteinte à la confiance du public dans la justice civile, tout en imposant des coûts disproportionnés aux parties et à l'État. Aussi, les présentes Règles restreignent-elles le droit d'appel et le champ de l'appel. L'article 166(1) énonce ces restrictions de manière à équilibrer efficacement les intérêts en présence.

2. Il convient de noter que l'article 166 doit être lu conjointement avec les articles 167 à 169 portant sur le champ de l'appel. L'article 166 marque le premier temps de la procédure détaillée qui limite le droit d'interjeter appel d'un jugement. Dans un deuxième temps, l'article 167 limite l'examen de la juridiction d'appel aux demandes formées par les parties en première instance. À titre exceptionnel, et uniquement avec l'accord de toutes les parties ou avec l'autorisation de la juridiction d'appel, le champ de l'appel pourra être modifié. Dans un troisième temps, les articles 168 et 169 limitent l'examen par la juridiction d'appel de faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve aux cas où ces éléments n'étaient pas connus lors de la procédure de première instance, bien que les parties aient correctement conduit la procédure; ou lorsque ces éléments n'ont pu être invoqués qu'après l'audience finale devant la juridiction de première instance; ou en cas d'erreur de procédure ou de conduite incorrecte de l'instance par la juridiction de première instance, ayant fait l'objet de contestation mais non corrigés en temps utile par la juridiction.

3. Les conditions définies par les présentes Règles pour permettre un réexamen total ou partiel d'un jugement en appel reflètent la tentative de combiner les éléments les plus avancés des règles en matière de recours des différentes cultures procédurales européennes. S'il peut sembler que les différences nationales continuent d'élever des obstacles insurmontables à l'identification d'un terrain d'entente pour le développement de règles communes en Europe, la plupart des codes de procédure civile européens présentent un nombre remarquable de similitudes pour ce qui est des limites au droit d'appel. Néanmoins, une analyse minutieuse montre que les codes nationaux européens peuvent être divisés en trois groupes. D'une part, le droit anglais, comme d'autres systèmes de *common law*, tend à soumettre l'accès au réexamen en appel à une exigence générale d'autorisation, accordée soit par la juridiction de première instance soit par la juridiction d'appel ²⁰⁰. Un grand nombre des conditions fondamentales dont est assortie cette autorisation dans les systèmes de *common law* sont similaires, voire identiques, aux conditions formulées dans les présentes Règles. Cependant, en se prononçant sur les demandes d'accès à l'appel, du fait qu'elle se concentre sur la question de savoir si l'appel proposé a de réelles chances de succès, la pratique judiciaire adopte une approche plus restrictive que celle actuellement suivie par les juridictions d'Europe continentale. Dans la tradition de la *common law*, les décisions ne sont pas fondées sur des règles détaillées ou sophistiquées, mais s'inscrivent au contraire dans le cadre d'un large pouvoir discrétionnaire du juge, qui se prononce à la fois sur la recevabilité et sur l'étendue du contrôle, ainsi les questions pouvant être examinées en appel. À l'inverse de l'approche de la *common law*, certains pays comme la France ²⁰¹ ne posent pas de restrictions au droit d'appel comme le font les présentes Règles en ce qui concerne les faits nouveaux et les nouveaux moyens de preuve. Aussi dans ces pays, un nombre remarquable d'affaires sont entièrement rejugées en appel. Se démarquant de ses deux approches nettes, l'une restrictive et l'autre permissive, un nombre

²⁰⁰ Voir par exemple pour des précisions, CPR Part 52 - PD 52 A à 52E. Voir toutefois en ce qui concerne la République d'Irlande, les différences entre les critères de l'examen selon le niveau d'instance: Ordonnance 101 des Règles du Tribunal régional et Ordonnance 86A des Règles des Cours supérieures.

²⁰¹ Voir en particulier les arts 561, 563, 564 et suivants du CPC français.

croissant d'États européens opte pour une troisième voie ²⁰², privilégiant les solutions qui tentent de trouver un équilibre. Cette voie médiane est celle choisie par les présentes Règles.

4. La pratique judiciaire du contrôle en appel peut même différer entre les juridictions d'un même pays appliquant les mêmes dispositions procédurales. Ce phénomène peut s'accroître lorsque les juridictions de différents pays interprètent et appliquent les mêmes règles dans des affaires concrètes, notamment en raison de traditions juridiques et judiciaires différentes, par exemple, une tradition de procès civil devant jury ou selon le rôle plus ou moins actif des juges dans la procédure. Cela est particulièrement le cas lorsque l'appel est fondé sur des manquements du juge dans la procédure, soit qu'il n'ait pas vérifié le respect des règles de procédure, soit qu'il n'ait pas invité les parties à corriger tout défaut dans la présentation de leur cas. Une telle situation pourrait n'être pas si rare au regard des présentes Règles, du fait qu'elles reposent sur les principes de conduite active de la procédure par le juge et de coopération entre le juge et les parties. Les différences de culture et de pratique judiciaires nationales européennes concernant la nature et la gravité des manquements de procédure et leurs conséquences contribueront sans aucun doute à une transition progressive vers une approche plus harmonisée du droit d'appel en cas d'irrégularités de procédure. À l'heure actuelle, on peut estimer que les différences d'approche qui subsistent auront une incidence moindre au regard de ce qu'elles seront après une période d'harmonisation résultant des présentes Règles.

5. L'article 166(1)(a) prévoit un droit d'appel en cas d'écart significatif entre la valeur de la prétention sur laquelle porte l'appel et le taux du ressort de la juridiction de première instance. L'article 166(1)(b) prévoit un droit d'appel dans d'autres cas où ce critère est absent ou insuffisant, ou est difficile ou impossible à déterminer. Il prévoit ensuite que la juridiction d'appel examine s'il y a lieu d'autoriser l'appel au regard des éléments énoncés à l'article 166(2). L'article 166(2)(a) et (b) prévoit les cas dans lesquels, outre l'intérêt personnel de l'appelant à obtenir une correction de la décision, il existe un intérêt public à ce qu'une décision d'appel soit rendue. L'article 166(2)(c) garantit à la fois l'intérêt privé et public à garantir l'accès à la procédure d'appel en cas de violation des principes fondamentaux de procédure.

6. L'article 166(3) précise que l'autorisation de faire appel ne peut être accordée que par une juridiction d'appel. Cette juridiction doit examiner d'office si les conditions sont remplies, toutefois les parties ont le droit d'être entendues avant qu'une décision finale ne soit rendue (voir les articles 11, 12 et 16).

Article 167. Champ de l'appel

- 1) L'appel peut être formé contre tout ou partie du jugement de première instance.**
- 2) En principe, les prétentions en appel sont limitées aux demandes principales et incidentes formées en première instance.**
- 3) Toutefois, les prétentions peuvent être élargies ou modifiées en appel si**
 - a) toutes les parties à l'instance y consentent, ou**
 - b) la juridiction d'appel l'estime conforme à une bonne administration de la justice.**

²⁰² Voir par exemple, §§ 468, 482 du CPC autrichien; §§ 529, 531 du CPC allemand; art. 459 et suivants du CPC espagnol; Loi norvégienne sur les litiges civils (*Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)*), § 29-21; CPJ suédois, § 50:28; art. 345 du CPC italien; CPC suisse, arts. 310 and 317; voir cependant le commentaire 4 ci-dessus.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.2.

Commentaires:

1. La décision de faire ou non appel appartient aux parties et non au juge, et le cas échéant sur quelles questions. C'est un aspect du principe de disposition, et donc de l'autonomie des parties.

2. Un appel formé contre une partie du jugement porte sur un aspect du dispositif du jugement et non pas sur le raisonnement du tribunal. Un appel contre une partie du jugement n'est possible que si elle peut être séparée du reste du jugement. Par exemple, un appel contre un jugement déclarant que le demandeur est un actionnaire d'une société ne peut pas être contesté pour tenter de faire déclarer que le demandeur est *peut-être* un actionnaire. En revanche le jugement pourrait être partiellement contesté s'il a déclaré que le demandeur était un actionnaire détenant un nombre "x" d'actions et que la contestation porte sur le nombre d'actions.

3. L'article 167(2) limite les prétentions qui peuvent être présentées en appel aux demandes formées en première instance. Cette règle protège les intérêts des parties à l'appel en préservant le principe de concentration (article 47) au cours de l'appel. Lorsqu'il existe des raisons valables, les prétentions peuvent être élargies en appel au regard des demandes formées en première instance: voir l'article 55(1). Lorsqu'elle examine l'opportunité de consentir à l'élargissement des prétentions, la juridiction d'appel doit tenir compte des implications pour la partie qui serait ainsi privée de la possibilité de faire appel de la décision au fond portant sur les nouvelles questions. Afin de protéger l'intérêt de l'autre partie, l'article 167(3) autorise l'élargissement ou la modification des prétentions soit lorsque les deux parties y consentent, soit lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour une bonne administration de la justice. Cela est conforme à l'approche adoptée pour la renonciation à une voie de recours (voir l'article 154).

4. Pour déterminer si, en vertu de l'article 167(3)(b), il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de modifier l'étendue de l'appel au-delà des demandes dont la juridiction de première instance était saisie, la juridiction d'appel devra tenir compte des éléments suivants: le comportement négligent ou non de la partie qui demande l'élargissement ou la modification des prétentions, soulevant la question à savoir si les allégations auraient pu être soulevées en première instance; les droits procéduraux de l'autre partie, à savoir les conséquences pour elle d'être privée du droit que les questions soient examinées en première instance; et la coïncidence avec le jugement de première instance, en d'autres termes la mesure dans laquelle les éléments de fait et les preuves au soutien des nouvelles prétentions ont été pris en compte dans la procédure de première instance.

Article 168. Faits nouveaux et administration de la preuve

1) Dans les limites des prétentions formées, la juridiction d'appel prend en compte les faits nouveaux allégués par les parties dans la mesure où

- a) ils ne pouvaient être invoqués devant la juridiction de première instance; ou
- b) la juridiction de première instance s'est abstenue d'inviter les parties à clarifier ou compléter les faits invoqués au soutien de leurs prétentions respectives conformément aux articles 24(1) et 53(3).

2) Dans les limites des prétentions formées, la juridiction d'appel n'examine les preuves produites par les parties que si

- a) la preuve n'a pas pu être produite devant la juridiction de première instance;

- b) la preuve a été proposée devant la juridiction de première instance mais a été rejetée à tort ou n'a pas pu être produite pour des motifs étrangers à la partie qui l'a proposée; ou**
- c) la preuve porte sur des faits nouveaux recevables conformément au paragraphe précédent.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.3.

Commentaires:

1. Les procédures d'appel se font généralement par voie de réexamen (voir Partie IX, commentaire 2 de l'introduction). Cette règle permet cependant d'accueillir des faits nouveaux et, le cas échéant, de nouvelles preuves. Elle fournit donc au juge une base pour aller au-delà d'une compétence strictement de contrôle.

2. Les faits nouveaux ne peuvent et ne doivent être pris en considération que dans la mesure où ils ne pouvaient pas être invoqués devant la juridiction de première instance, ou dans la mesure où la juridiction de première instance s'est abstenue d'inviter les parties à clarifier ou à compléter les faits (article 24(2)). Cette restriction vise à garantir que les parties ne puissent pas occulter des faits et des preuves comme stratégie procédurale. Elle garantit également l'observation par les parties du principe de concentration (voir l'article 22).

3. Lorsque la preuve ne peut pas être aisément produite, le juge prendra des mesures en vue de son obtention (voir la Partie VII). Toutefois, si la preuve ne peut être produite dans un délai raisonnable, afin de pouvoir mettre un terme au litige, le juge pourra rendre son jugement sans en avoir tenu compte.

Article 169. Étendue du contrôle exercé par la juridiction d'appel

1) Dans les limites des prétentions formées, le contrôle de la juridiction d'appel porte sur:

- a) l'application du droit dans le jugement attaqué;**
- b) la légalité de la procédure de première instance, sous réserve que l'appelant ait immédiatement soulevé l'irrégularité critiquée devant la juridiction de première instance si cela était possible;**
- c) l'appréciation des preuves si la juridiction d'appel l'estime nécessaire pour éviter une grave injustice.**

2) La juridiction d'appel n'infirme le jugement de première instance pour irrégularité de procédure que si cette dernière a pu avoir une incidence sur le jugement ou si sa gravité est telle que cette incidence n'a pas à être établie.

Commentaires:

1. Les procédures d'appel se font généralement par voie de réexamen (voir Partie IX, commentaire 2 de l'Introduction). L'article 169 précise l'étendue du contrôle de la juridiction d'appel.

2. À l'article 169(1)(b), le terme "irrégularité" doit être compris largement comme se référant à toute erreur de procédure. "Immédiatement" signifie que l'appelant doit avoir agi avec empressement, c'est-à-dire le plus tôt possible. Cela tient au fait qu'une partie peut raisonnablement réaliser qu'il y a eu une probable irrégularité de procédure seulement après réception du jugement définitif du tribunal.

Dans un tel cas, l'irrégularité n'a pas à avoir été soulevée devant la juridiction de première instance (voir l'article 178).

3. La possibilité de contester l'appréciation des preuves par la juridiction de première instance se limite, en vertu de l'article 169(1)(c), aux erreurs graves d'appréciation. Elles comprennent notamment la violation des règles logiques fondamentales, du défaut de tenir compte des preuves ou d'une appréciation arbitraire des preuves.

Article 170. Décisions de la juridiction d'appel

- 1) En principe, la juridiction d'appel statue elle-même sur le fond du litige.**
- 2) La juridiction d'appel ne peut renvoyer l'affaire à la juridiction de première instance que si cela est nécessaire pour la solution du litige.**
- 3) En cas d'accord entre les parties sur ce point, la juridiction d'appel doit statuer elle-même sur le fond du litige.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaires:

1. Une juridiction d'appel peut infirmer, modifier et/ou confirmer en partie ou en totalité le jugement attaqué.

2. En principe, afin de promouvoir l'efficacité et la proportionnalité de la procédure, la juridiction d'appel statue elle-même sur le fond du litige. Il en est ainsi, que des faits nouveaux ou de nouvelles preuves soient ou non invoqués conformément à l'article 168. Cependant, une juridiction d'appel devra exceptionnellement renvoyer l'affaire devant une juridiction de première instance. Cela peut être une procédure appropriée lorsque, par exemple, une juridiction de première instance sera un meilleur for pour l'appréciation des preuves, lorsque la juridiction d'appel établit qu'il est justifié de procéder à un nouveau procès pour des raisons d'efficacité, de rapidité, de coût ou qu'elle estime que c'est la meilleure instance pour statuer, ou encore l'appel portait sur une question de procédure de la juridiction de première instance, telle que la recevabilité de l'action.

3. L'article 170 s'applique également aux décisions en matière de compétence, aussi bien pour établir si les tribunaux sont compétents pour connaître de l'affaire que pour établir si les tribunaux d'un autre pays sont le for approprié.

4. Dans des cas particuliers, la juridiction d'appel peut se limiter à déclarer la nullité du jugement attaqué sans le renvoyer devant la juridiction de première instance. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il conclut que la juridiction de première instance n'était pas compétente pour statuer sur le litige.

Article 171. Contenu de l'arrêt d'appel

Lorsqu'elle confirme un jugement, la juridiction d'appel peut statuer par adoption de ses motifs de droit et de fait ou par motifs propres. Dans ce dernier cas, elle est présumée avoir adopté les motifs de droit et de fait du jugement qui ne sont pas contraires aux siens.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaires:

1. Les arrêts des juridictions d'appel doivent en principe être conformes aux règles applicables au contenu des jugements (voir l'article 131).
2. L'article 171, cependant, modifie la règle générale. En ce qui concerne les motifs de droit et de fait de l'arrêt, la juridiction d'appel peut soit exposer son propre raisonnement, soit, si elle souscrit au raisonnement du jugement de première instance ou le confirme, elle peut les intégrer expressément dans son arrêt. Cette dernière possibilité vise à réduire la charge de travail de la juridiction d'appel, même si en fait, il lui suffirait de reproduire les motifs du jugement de première instance.

SECTION 4 – Pourvoi final

Article 172. Ouverture du pourvoi

- 1) Un pourvoi ne peut être formé contre le jugement contesté que si un tel recours est nécessaire en vue de**
 - a) sanctionner la violation d'un droit fondamental,**
 - b) garantir l'uniformité du droit,**
 - c) trancher une question juridique de principe, ou**
 - d) développer le droit.**
- 2) La juridiction de cassation examine d'office si le pourvoi remplit les conditions du paragraphe précédent.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 27.2; Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 33.5.

Commentaires:

1. Le pourvoi final a comme objectif premier l'intérêt public. L'accès au pourvoi doit donc être limité aux cas qui soulèvent des questions fondamentales d'importance générale. Aussi est-il limité aux cas en rapport avec les droits fondamentaux, à la nécessité de garantir l'uniformité du droit lorsque par exemple les juridictions inférieures ont adopté des approches d'interprétation du droit divergentes, aux questions juridiques dont l'effet va au-delà du cas d'espèce et au développement du droit. Si les pourvois finaux étaient facilement accessibles, cela risquerait d'ajouter à l'incertitude juridique et de compromettre le bon fonctionnement du système juridique.
2. L'article 172(1)(a) vise à garantir la protection des droits fondamentaux. Il concerne l'intérêt des parties lésées, mais également l'intérêt public général d'assurer la bonne application et le respect de ces droits en corrigeant au besoin l'interprétation et l'application faite par les juridictions inférieures. Les droits fondamentaux, qu'il s'agisse de droits substantiels ou de droits procéduraux, sont notamment les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, les constitutions nationales, la législation nationale et, lorsqu'elle est applicable, la Charte européenne des droits fondamentaux.
3. L'article 172(1)(b) et (c) reflète le concept que même dans les systèmes juridiques qui n'adoptent pas le principe du précédent jurisprudentiel, les jugements rendus sur pourvoi final sont normalement respectés par la plupart des juridictions inférieures et la communauté juridique. Cela tient à la nécessité d'assurer l'uniformité du droit et la certitude juridique lorsque des juridictions inférieures,

de première instance ou d'appel, ont tranché un point de droit de différentes manières. Le droit s'entend largement comme se référant aux différentes règles, constitutionnelles, statutaires et jurisprudentielles.

4. L'article 172(1)(c) concerne les questions juridiques "de principe", expression qui se réfère à l'interprétation correcte et à l'application générale devant être donnée à une règle existante. Cette hypothèse ne correspond pas nécessairement à un cas où sont intervenues des décisions divergentes des juridictions inférieures.

5. L'article 172(1)(d) vise la situation où il est nécessaire de développer le droit si les règles juridiques existantes, qu'elles soient statutaires ou jurisprudentielles, ne fournissent pas de solution pour une situation nouvelle et d'importance telle pour la société dans son ensemble; dans ce cas, il est justifié que la cour suprême fournisse des orientations générales pour remédier à l'insécurité juridique.

Article 173. Domaine du pourvoi

- 1) Le pourvoi final peut être formé contre tout ou partie du jugement contesté.**
- 2) Les moyens de cassation portent seulement sur les prétentions respectives des parties devant la juridiction dont la décision est contestée.**

Commentaire:

Le pourvoi final a un champ plus restreint que l'appel: il est limité aux prétentions devant la juridiction d'appel (article 173(2)), et en outre la nature du contrôle est soumise aux règles énoncées à l'article 174.

Article 174. Étendue du contrôle de la juridiction de cassation

- 1) Dans la limite des moyens invoqués au soutien du pourvoi et sous réserve de leur recevabilité, le contrôle de la juridiction suprême porte sur:**
 - a) l'interprétation et l'application du droit par la décision contestée;**
 - b) la légalité de la procédure, sous réserve que l'auteur du pourvoi ait immédiatement soulevé l'irrégularité devant la juridiction dont la décision est contestée.**
- 2) La juridiction suprême n'annule la décision contestée pour irrégularité de procédure que si cette dernière a pu avoir une incidence sur la décision ou si sa gravité est telle que cette incidence n'a pas à être établie.**

Commentaires:

1. Le domaine du pourvoi final est plus limité que celui de l'appel. L'article 174(1)(a) expose l'objet essentiel du pourvoi: corriger l'interprétation du droit matériel ou procédural par les juridictions inférieures, en particulier par la juridiction d'appel.

2. Les articles 174(1)(b) et 174(2) concernent la situation où l'intégrité de la décision d'appel a été compromise par une grave irrégularité de procédure par la juridiction d'appel, par exemple lorsqu'un juge aurait dû se récuser et ne l'a pas fait ou le principe de publicité n'a pas été respecté (voir l'article 17) (voir aussi l'article 181 sur la réouverture de la procédure).

Article 175. Décision de la juridiction suprême

- 1) **La juridiction suprême statue elle-même sur le fond si:**
 - a) **l'annulation de la décision contestée est fondée sur une violation du droit et**
 - b) **elle est en mesure de donner une solution définitive à l'affaire.**
- 2) **En dehors du cas visé au paragraphe précédent, la juridiction suprême renvoie l'affaire à la juridiction dont la décision est annulée. Celle-ci est liée par l'appréciation juridique de la juridiction suprême.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaires:

1. La juridiction suprême peut annuler, modifier ou confirmer la décision de la juridiction d'appel. Elle peut le faire en partie ou en totalité.
2. En règle générale, une fois qu'elle a statué sur la question dont elle est saisie (voir l'article 174), la juridiction suprême renvoie l'affaire à la juridiction d'appel pour que celle-ci lui donne une solution définitive, par exemple en appliquant la loi conformément à la décision de la juridiction suprême. Dans les circonstances limitées prévues à l'article 175(1), la juridiction suprême statue elle-même sur le fond. Cette approche se justifie à la fois en termes de proportionnalité et d'efficacité de la procédure.
3. Lorsque la juridiction suprême renvoie l'affaire devant la juridiction d'appel, elle sera généralement entendue par le ou les mêmes juges qui ont rendu le jugement d'appel. Toutefois, la juridiction d'appel peut renvoyer l'affaire devant un autre juge ou d'autres juges dans des circonstances particulières: elle pourra notamment estimer inapproprié de saisir la même juridiction si le premier jugement d'appel était entaché de grave irrégularité de procédure (voir l'article 174(2)) ou de partialité des juges. Les règles de compétence nationales concernant les relations entre juridictions devraient être prises en compte pour déterminer la façon dont devrait s'appliquer l'article 175(2).

Article 176. Contenu de l'arrêt de la juridiction suprême

La juridiction suprême expose les motifs propres à fonder sa décision, sauf à renvoyer aux motifs pertinents de l'arrêt d'appel ou du jugement de première instance.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 27.1.

Commentaires:

1. Les arrêts de la juridiction suprême doivent, en règle générale, être conformes aux règles applicables au contenu des jugements (voir l'article 131).
2. L'article 176, cependant, modifie la règle générale et donne à la juridiction suprême le pouvoir d'adopter simplement les motifs de la juridiction d'appel ou de la juridiction de première instance et de les reprendre à son compte lorsqu'elle confirme leurs décisions pour les raisons qu'elles ont énoncées dans leurs jugements.

Article 177. Pourvoi substitué à l'appel

- 1) Il est possible, en lieu et place d'un appel, de former directement un pourvoi devant la juridiction suprême.**
- 2) La juridiction suprême autorise le pourvoi seulement si**
 - a) l'auteur du recours sollicite l'autorisation par demande motivée formée dans le délai pour interjeter appel,**
 - b) la demande de l'auteur du recours répond aux exigences de l'article 158, et**
 - c) les conditions de l'article 172(1) sont remplies.**
- 3) Le recours formé en application du présent article est considéré comme un pourvoi final et est soumis aux dispositions applicables à celui-ci.**

Commentaires:

1. La possibilité de former directement un recours auprès de la juridiction suprême sans passer par le niveau d'appel existe dans un certain nombre de systèmes juridiques, comme le Royaume-Uni. De tels cas sont cependant rares. Cette possibilité marque un exemple de proportionnalité procédurale en évitant, lorsque l'appel ferait inévitablement l'objet d'un pourvoi final, que les parties et le tribunal doivent engager inutilement des ressources dans la procédure d'appel.

2. Un tel recours, qui est décrit à l'article 177, devrait être autorisé par une décision discrétionnaire de la juridiction suprême. Elle pourra ainsi assurer que la hiérarchie des recours n'est pas mise à mal par une utilisation régulière de ce type de recours, et que les relations entre les différents degrés de juridictions selon la tradition nationale ne s'en trouvent pas affectées.

SECTION 5 - Autres voies de recours

Article 178. Contestation immédiate des irrégularités de procédure

- 1) Si une partie, ou un tiers affecté par une décision de mise en état, ne conteste pas immédiatement une irrégularité de procédure émanant de la juridiction ou d'une autre partie au litige, l'irrégularité est couverte.**
- 2) Le paragraphe précédent ne s'applique pas si la partie a agi avec diligence conformément aux exigences de l'article 47 ou si la règle violée n'est pas susceptible de renonciation par les parties. Cette disposition est également applicable aux tiers.**
- 3) Saisie d'une contestation, la juridiction, après avoir entendu les parties, peut rendre une décision de rejet, d'annulation ou de modification de la décision contestée. Les articles 49 et 50 sont applicables.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 33.3.

Commentaires:

1. L'article 178(1) et (2) donne aux parties la possibilité de contester l'interprétation et l'application faites par le juge des règles de procédure. Cette faculté doit cependant être contrebalancée par la

nécessité que la procédure se déroule promptement afin d'éviter tout retard inutile. Par conséquent, cet article oblige les parties qui entendent contester une irrégularité de procédure à agir immédiatement. Cela permet au juge de reconsidérer et, le cas échéant, de corriger sa décision aussitôt que possible.

2. Il appartient au juge de la mise en état, s'il estime la contestation légitime, d'en déterminer les effets (voir les articles 49 et 62(2)).

3. Les tiers affectés par les décisions de mise en état bénéficient du même traitement que les parties en ce qui concerne le droit de contester les irrégularités de procédure; ils sont tenus de le faire immédiatement, faute de quoi l'irrégularité est couverte. Cette égalité de traitement permet d'assurer des réponses coordonnées en cas de contestations par les parties et les tiers visant à la révocation ou à la modification de décisions du juge.

Article 179. Recours immédiat contre la décision rendue par la juridiction sur contestation d'une décision de procédure

1) Sauf dispositions contraires du paragraphe suivant, la décision tranchant la contestation relative à une irrégularité de procédure ne peut faire l'objet d'un recours immédiat indépendamment du jugement sur le fond.

2) Un recours immédiat est toutefois ouvert contre:

- a) les décisions de sursis à statuer;**
- b) les décisions ordonnant le renvoi de l'affaire à une autre juridiction;**
- c) les décisions relatives à la consignation pour frais de justice;**
- d) les décisions excluant une partie d'une audience ou lui imposant une amende civile;**
- e) les décisions rejetant la demande de récusation d'un juge ou d'un expert judiciaire ; et**
- f) les autres décisions contre lesquelles une disposition particulière autorise un recours immédiat.**

3) Le recours est formé auprès de la juridiction compétente dans le délai de deux semaines à compter de notification de la décision.

Commentaires:

1. En règle générale, afin de promouvoir l'efficacité et la proportionnalité de l'instance, les décisions de procédure ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'un recours indépendant. Si le juge estime approprié de mettre un accent particulier sur une question de procédure incidente, il peut rendre un jugement sur cette question (voir l'article 66(1)(a)) qui est susceptible d'appel (voir l'article 66, commentaires 4 et 5).

2. Dans certaines situations, la bonne administration de la justice exige que les parties aient la possibilité de former un recours à l'encontre de décisions de procédure. C'est ce que prévoient les dispositions de l'article 179(2)(a) à (f). Il est à noter que pour que le recours puisse être accueilli, l'irrégularité de procédure doit avoir été immédiatement soulevée conformément à l'article 178.

3. Afin que les recours à l'encontre des décisions de procédure ne nuisent pas au bon déroulement de l'instance, le délai dans lequel ces recours sont formés est limité par l'article 179(3).

Article 180. Recours contre les décisions de procédure concernant des tiers au litige

- 1) Un tiers au litige directement concerné par une décision de procédure de la juridiction a le droit de former un recours à l'encontre de cette décision.**
- 2) Le recours est exercé dans les conditions de l'article 179(3).**

Commentaires:

1. L'article 180 protège les droits des tiers concernés par une décision de procédure. Cette règle est nécessaire car les tiers ne peuvent pas contester les décisions de procédure qui les concernent en faisant appel du jugement définitif. Le droit de former un recours est soumis aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent aux recours formés par les parties, qui sont prévues à l'article 179(3). Les tiers affectés par une décision de mise en état doivent conformément à l'article 178 contester immédiatement l'irrégularité de procédure auprès de la juridiction saisie, avant de former le recours prévu à l'article 180. Si la juridiction, exceptionnellement, statue sur la question de procédure au moyen d'un jugement et non par une décision de mise en état, le jugement peut faire l'objet d'un appel ordinaire (voir l'article 66(1)(a) avec les commentaires 4 et 5).

2. Cette règle couvre par exemple les décisions visant à la production de preuves ou d'informations, de citation à comparaître comme témoin, de refus ou d'annulation d'un privilège ou d'une protection, de refus d'admettre un tiers à intervenir à l'instance.

SECTION 6 – Recours extraordinaire en révision

Article 181. Domaine du recours extraordinaire en révision

- 1) Le recours en révision conduit à la réouverture d'une procédure terminée par une décision définitive en première instance, sur appel ou sur pourvoi final revêtue de la chose jugée.**
- 2) S'il est jugé fondé, le recours en révision conduit à la rétractation de la décision. Dans ce cas, le juge prend les décisions nécessaires à la mise en état de la procédure.**

Source:

Règles transnationales de procédure civile (Étude des Rapporteurs), Règle 34.

Commentaires:

1. Dans des circonstances exceptionnelles, une partie peut être autorisée à chercher à rouvrir une procédure terminée par une décision définitive, rendue en première instance, sur appel ou sur pourvoi final. S'il est jugé fondé, le recours extraordinaire en révision conduit à la rétractation de la décision contestée. Les motifs de révision sont limités et sont énoncés à l'article 182.

2. Lorsqu'un recours en révision est jugé fondé, la décision contestée sera rétractée. Le juge devra alors prendre les mesures nécessaires pour que la procédure qui a été rouverte puisse aboutir de manière appropriée. Il pourra prendre des mesures de mise en état conformément aux articles 49 et 50 permettant par exemple de recommencer l'instance, d'examiner à nouveau une demande de recours ou de permettre que soit rendue une nouvelle décision sur appel ou sur pourvoi final.

3. Le droit national déterminera la juridiction compétente pour connaître des recours extraordinaires en révision. Selon les pays européens, cette compétence appartient à la cour suprême, à une juridiction d'appel ou à la juridiction qui a rendu le jugement faisant l'objet du recours en révision.

Article 182. Motifs de révision

1) Le recours extraordinaire en révision ne peut être formé contre un jugement que pour les motifs suivants:

- a) **la composition du tribunal était irrégulière;**
- b) **le droit d'être entendu d'une partie a été gravement violé;**
- c) **la décision a été obtenue par fraude ou violence;**
- d) **postérieurement au prononcé de la décision ont été révélés ou obtenus des éléments de preuve décisifs, qui n'étaient pas disponibles antérieurement pour cause de force majeure ou à cause de la partie au profit de laquelle la décision a été rendue; ou**
- e) **la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré qu'un jugement rendu dans une procédure nationale a violé un des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou par ses Protocoles, à condition qu'en raison de sa nature et de sa gravité, la violation entraîne des conséquences auxquelles seul le recours en révision peut mettre fin; toutefois, en aucun cas, la révision ne porte atteinte aux droits acquis de bonne foi par des tiers.**

2) Dans les hypothèses visées aux alinéas a), b) et c) du paragraphe précédent, le recours n'est recevable que si son auteur n'a pu, sans faute de sa part, faire valoir la cause qu'il invoque avant que la décision ne soit passée en force de chose jugée.

Commentaires:

1. La révision extraordinaire pourrait compromettre le caractère définitif du litige et la sécurité juridique, s'opposant au principe de l'autorité de la chose jugée. Aussi, les cas d'application doivent-ils être strictement encadrés. La juridiction ayant rendu le jugement d'appel ou sur pourvoi final ne devrait faire droit à un recours extraordinaire en révision que lorsque le demandeur, sans faute de sa part, ne pouvait pas faire valoir les motifs énoncés à l'article 182(1) avant que la décision qu'il conteste ne soit passée en force de chose jugée (voir l'article 182(2)).

2. L'article 182(1) énonce les motifs sur le fondement desquels peut être formé un recours extraordinaire en révision. L'article 182(1)(a) concerne les cas où la composition du tribunal était irrégulière, lorsque par exemple, l'un de ses membres n'était pas un magistrat, le tribunal comprenait un juge dont la décision était frappée d'appel c'est-à-dire qu'il était à la fois juge et partie, ou encore le juge était lié à l'une des parties.

3. L'article 182(1)(b) autorise le recours extraordinaire en révision en cas de violation grave du droit d'une partie d'être entendue, c'est-à-dire que le jugement contesté n'était pas conforme aux principes fondamentaux de la justice procédurale. Seules les violations graves devraient être prises en compte en vertu de cette règle, par exemple, aucune tentative n'a été faite pour informer le défendeur de la procédure de sorte qu'on ne peut légitimement considérer comme constituée la compétence de la juridiction à l'égard du défendeur, ou le tribunal a, sans aucun motif raisonnable, refusé d'entendre le défendeur dans la procédure.

4. Les dispositions de l'article 182(1)(a) et b) ne peuvent être invoquées que si le demandeur ne disposait ou ne dispose d'aucune autre voie de recours.

5. L'article 182(1)(c) concerne le cas où l'intégrité du processus judiciaire a été entachée de fraudes (par exemple par des preuves falsifiées) ou de menaces ou de violence à l'encontre des parties, de leurs familles ou de leurs amis, des membres du tribunal ou du personnel judiciaire, ou des témoins. Cette règle ne requiert pas qu'un tel comportement ait fait l'objet de poursuites pénales, bien que certains systèmes juridiques le posent comme condition préalable. En pratique, une condamnation pénale constituera la meilleure preuve à l'appui d'une demande de révision. La fraude n'est pas nécessairement liée à la conduite d'une partie. Elle pourrait être le fait de témoins ou d'autres tiers. Cette conduite doit cependant avoir visé à profiter à la partie en faveur de laquelle le jugement a été rendu. Ce recours ne devrait cependant pas être disponible lorsque, comme c'est le cas dans certains systèmes juridiques européens, il n'est pas possible de former une action distincte fondée sur la fraude au jugement.

6. L'article 182(1)(d) concerne le cas où, après le prononcé de la décision, des éléments décisifs ont été révélés ou obtenus, qui n'étaient pas disponibles antérieurement pour cause de force majeure ou parce que la partie au profit de laquelle la décision a été rendue les a dissimulés; à cet égard, cette règle rejoint celle énoncée à l'article 182(1)(c). Toutefois, même en l'absence de toute preuve de fraude, les éléments décisifs devraient être pris en compte s'ils conduiraient à un résultat différent et n'étaient pas antérieurement disponibles ou n'auraient pas pu être connus par l'exercice d'une diligence raisonnable.

7. Un nombre croissant de systèmes juridiques européens autorisent le recours extraordinaire en révision lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré qu'un jugement rendu dans une procédure nationale a violé la Convention européenne des droits de l'homme. Afin d'éviter une augmentation déraisonnable de l'insécurité juridique, un recours en révision pour ce motif n'est recevable que lorsque la violation était particulièrement grave et entraîne des conséquences durables. De plus, la révision ne devrait pas porter atteinte aux droits acquis de bonne foi par des tiers.

8. Les présentes Règles n'autorisent pas un recours extraordinaire en révision en cas de violation des dispositions d'ordre public du droit de l'Union européenne. Si les présentes Règles se veulent un modèle pour la procédure civile européenne plutôt que pour la procédure civile de l'Union européenne, elles adoptent l'approche qui est celle de la Cour de justice de l'Union européenne qui consacre les principes fondamentaux du caractère définitif des décisions, de sécurité juridique et de chose jugée ²⁰³. En outre, la jurisprudence de l'UE n'exige pas que le droit national prévoie des règles permettant d'annuler les décisions des juridictions suprêmes passées en force de chose jugée en cas d'application ou d'interprétation erronée du droit de l'UE ²⁰⁴. Cela s'applique également lorsqu'une règle d'ordre public de l'UE n'a pas été appliquée ou a été mal appliquée ²⁰⁵.

²⁰³ Voir, par exemple, CJUE, Arrêt du 1er juin 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Rec. 1999 p. I-3055) ECLI:EU:C:1999:269- Arrêt du 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz* (C-453/00, Rec. 2004 p. I-837) ECLI:EU:C:2004:17- Arrêt du 16 mars 2006, *Kapferer* (C-234/04, Rec. 2006 p. I-2585) ECLI:EU:C:2006:178- Arrêt du 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub* (C-2/08, Rec. 2009 p. I-7501) ECLI:EU:C:2009:506 - Arrêt du 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* (C-40/08, Rec. 2009 p. I-9579) ECLI:EU:C:2009:615.

²⁰⁴ Voir, par exemple, CJUE, arrêt du 30 septembre 2003, *Köbler* (C-224/01, Rec. 2003 p. I-10239) ECLI:EU:C:2003:513- C-453/00, *Kühne & Heitz*.

²⁰⁵ Voir, par exemple, CJUE, arrêt du 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 et C-308/15) ECLI:EU:C:2016:980, para. 68 - Arrêt du 26 janvier 2017, *Banco Primus* (C-421/14) ECLI:EU:C:2017:60, par. 47

Article 183. Délai et désistement

- 1) Le délai pour former un recours extraordinaire en révision est de trois mois. Il court à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision.**
- 2) En aucun cas, le recours ne peut être formé si dix ans se sont écoulés depuis que la décision contestée est passée en force de chose jugée.**
- 3) Le désistement d'un recours extraordinaire en révision peut intervenir à tout moment.**

Commentaires:

1. Un court délai est fixé en vertu de l'article 183(1) afin de protéger les principes de caractère définitif des décisions, de sécurité juridique et l'autorité de chose jugée (voir également l'article 165 sur la prorogation des délais.)
2. L'article 183(2) prévoit un délai absolu pour former un recours extraordinaire en révision. La période de dix ans retenue ici établit un juste équilibre entre l'intérêt du demandeur à ce que soit réparé le préjudice qu'il a personnellement subi, et l'intérêt public de protéger le caractère définitif des décisions et la sécurité juridique.

PARTIE X – MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

Introduction

1. Cette Partie concerne les mesures provisoires et conservatoires, qui sont importantes dans les litiges tant nationaux que transnationaux pour garantir une exécution efficace ou pour préserver les droits et prévenir (d'autres) préjudices avant l'ouverture d'une procédure ou dans l'attente d'un jugement définitif (voir également l'article 67). Elle se compose de trois parties: une partie générale (Section 1), qui comprend des règles applicables à tous les types de mesures, sauf disposition contraire; une partie spéciale (Section 2), qui comprend des règles sur la préservation des biens, les mesures de règlement provisoire, la conservation des preuves et le paiement provisionnel; et une partie sur les situations transnationales (Section 3), qui renvoie principalement à la législation existante. La Section 3 fournit en outre un nombre minimal de règles générales, car elle n'a pas pour objet de fournir un ensemble de règles sur la question complexe et multiforme des mesures provisoires et conservatoires transnationales.
2. Le Principe 8 ALI/UNIDROIT a été le point de départ de l'élaboration des articles concernant les mesures provisoires et conservatoires. Ce principe comprend trois règles de base: sur la fonction et la proportionnalité (8.1); les mesures *ex parte* (8.2); et l'indemnisation et la garantie (8.3). Les approches nationales adoptées dans les juridictions européennes ont ensuite été considérées comme l'approche générale et les types de mesures provisoires et conservatoires, leur portée et les conditions relatives à leur octroi diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre. En outre, un certain nombre d'instruments européens spécifiques, tels que le Règlement OESC, la Directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle et la jurisprudence sur les mesures provisoires et conservatoires en vertu du Règlement Bruxelles Ibis, ont été examinés. Enfin, un certain nombre d'autres sources importantes de normes juridiques non contraignantes ont été prises en considération, notamment la Loi type de la

CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, telle que modifiée en 2006 (articles 17-17G)²⁰⁶, les Principes de l'ADI/ILA de 1996 sur les mesures provisoires et conservatoires dans les litiges internationaux (Principes d'Helsinki)²⁰⁷ et le rapport Storme (article 10).

3. Pour surmonter les divergences entre les différentes traditions européennes, cette partie adopte une approche fonctionnelle, comme le montre clairement l'article 184. Le cas échéant, les approches divergentes ont été prises en compte en incluant différentes options. C'est ce qui ressort par exemple de l'article 191 qui prévoit différents types de sanctions, par référence à la règle générale sur les sanctions (article 27) qui ont pour objectif commun de fournir un mécanisme d'exécution efficace. Dans d'autres règles, comme l'article 188, la flexibilité est créée pour faciliter des solutions sur mesure pour la situation spécifique étant donné la grande variété de mesures provisoires et conservatoires. Une conséquence de cette approche est que tous les types de mesures couverts par les présentes Règles n'existent pas dans tous les pays européens, tandis que d'autres ne sont disponibles que dans un nombre limité de pays, par exemple les mesures de conservation des preuves et les paiements provisionnels.

4. Les articles de la présente Partie sont rédigés de manière à établir un équilibre entre l'intérêt du demandeur à sauvegarder ses droits et l'intérêt du défendeur à minimiser le risque que de telles mesures causent un préjudice injustifiable. Cet objectif s'articule en outre à travers le principe de proportionnalité, énoncé à l'article 185 qui prévoit une application particulière du principe général de proportionnalité (article 5(1) et article 6).

SECTION 1 – Partie générale

Article 184. Mesures provisoires et conservatoires

1) Constitue une mesure provisoire ou conservatoire toute décision temporaire remplissant une ou plusieurs des fonctions suivantes:

- a) garantir ou favoriser une exécution effective de décisions finales sur le fond de l'affaire, peu important que la créance soit de nature pécuniaire ou non, y compris en immobilisant des biens et en obtenant ou en préservant des informations relatives à un débiteur et à son patrimoine;**
- b) préserver la possibilité d'un jugement intégral et satisfaisant de la demande, y compris en sécurisant les preuves pertinentes pour la décision sur le fond ou en empêchant leur destruction ou dissimulation;**
- c) préserver l'existence et la valeur de marchandises ou autres biens qui sont l'objet actuel ou qui seront l'objet d'une procédure civile sur le fond; ou**
- d) prévenir tout dommage imminent ou subséquent ou régler les questions en litige en attente de la décision sur le fond.**

2) La mesure provisoire ou conservatoire doit être appropriée au but poursuivi.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 8.1.

²⁰⁶ Voir https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/fr/07-86999_ebook.pdf.

²⁰⁷ J. Crawford et M. Byers (éd.), The International Law Association. Rapport de la soixante-septième Conférence tenue Helsinki, Finlande du 12 au 17 août 1996, Londres: Cambrian Printers 1996. F.K. Juenger, The ILA Principles on Provisional and Protective Measures, 45 AJCL 1997, pp. 941-944, reproduisant les Principes (en anglais).

Commentaires:

1. L'article 184 décrit les différentes fonctions des mesures provisoires et conservatoires dans les présentes Règles. Une mesure provisoire ou conservatoire est une mesure temporaire accordée par le juge. Son caractère temporaire est inhérent aux mesures provisoires et conservatoires, qui cesseront de produire leurs effets au plus tard lorsque le jugement définitif aura été rendu. Il n'est pas nécessaire qu'une procédure ait été engagée (article 52) avant qu'une demande de mesure provisoire ou conservatoire ne soit introduite, bien que l'article 188 impose au demandeur l'obligation d'engager une procédure dans un délai déterminé ou un délai fixé par le juge. Il est toutefois inhérent à l'objectif de ces mesures qu'elles ne peuvent être accordées de manière appropriée, soit avant l'ouverture de la procédure, soit pendant son déroulement, que si cela s'avère nécessaire. À l'exception de la disposition spéciale relative au paiement provisionnel prévue à l'article 200, l'urgence n'est pas une exigence spécifique.

2. Différentes terminologies sont utilisées en Europe pour les mesures provisoires et conservatoires, par exemple les mesures provisoires, les mesures préliminaires, les mesures de conservation, les mesures provisoires et les ordonnances provisoires. L'utilisation des "mesures provisoires et conservatoires" comme terminologie générique pour désigner ces mesures décrites de diverses manières, qui remplissent toutes les fonctions énumérées dans cette Partie, trouve toutefois son origine dans la Convention de Bruxelles de 1968²⁰⁸. Elle est donc bien établie dans le droit européen et, pour cette raison, adoptée ici.

3. Il existe une grande variété de mesures provisoires et conservatoires dans les lois et la pratique des juridictions européennes. Plutôt que de donner une définition stricte de ce que ces mesures impliquent, le présent article décrit les différentes fonctions qu'elles remplissent. Dans la doctrine du droit procédural comparé, y compris dans l'article 10.1 du Rapport Storme, les mesures provisoires et conservatoires ont été divisées en trois grands types. Tout d'abord, les mesures conservatoires ou de sauvegarde visant à garantir l'exécution au fond. Deuxièmement, les mesures réglementaires qui couvrent un large éventail de mesures destinées à maintenir, ce que l'on appelle généralement, le statu quo ou à conclure un arrangement provisoire entre les parties, par exemple, des mesures exigeant d'une partie qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir certains actes. Troisièmement, les mesures anticipatives qui peuvent, à titre provisoire et temporaire, accorder partiellement ou totalement ce qui est ou sera réclamé dans la procédure. Un exemple particulier de ce type de mesure est le paiement provisionnel (article 200).

4. Les quatre catégories de mesures énumérées dans cet article précisent les fonctions, y compris la conservation des preuves, qu'elles peuvent remplir. L'article vise à donner au tribunal le pouvoir de s'assurer que les intérêts du demandeur peuvent être protégés jusqu'à la fin de la procédure au fond. La première catégorie comprend les mesures qui favorisent ou garantissent l'exécution d'un jugement, et couvre généralement, mais pas exclusivement, les mesures de préservation des biens. La deuxième catégorie comprend les mesures qui visent à préserver la capacité du tribunal à statuer sur la procédure de manière complète et satisfaisante. Elle comprend des mesures visant à obtenir des preuves pertinentes pour la procédure. La troisième catégorie comprend les mesures destinées à préserver l'existence et la valeur des marchandises ou autres biens qui sont ou seront l'objet d'une procédure en cours ou envisagée. Il s'agit notamment, mais pas exclusivement, d'ordonnances visant à assurer la garde des biens, à garantir que des revenus sont générés par les biens ou à exiger la vente de biens périssables. La quatrième catégorie contient des mesures visant à prévenir un dommage, imminent ou subséquent, pour le demandeur dans l'attente d'une décision sur le fond. Il s'agit notamment de mesures exigeant une exécution provisoire, par exemple la fourniture de biens, l'accès aux locaux, le maintien de l'exécution du contrat, ainsi que des ordonnances de protection, par exemple en ce qui concerne les litiges relatifs à la propriété intellectuelle, et des paiements provisionnels.

²⁰⁸ Article 24.

5. L'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire particulière ne doit être effectué que si, et dans la mesure où, il s'agit d'un moyen approprié pour atteindre le but poursuivi par la demande introduite (article 184(2)). Toute mesure de ce type accordée doit également être un moyen proportionné pour atteindre son but (article 185). En outre, toute mesure spécifique peut avoir plus d'un objectif.

6. Les mesures provisoires ou conservatoires accordées en vertu de la présente Partie ne comprennent pas et ne devraient pas être utilisées comme un jugement définitif anticipé pour trancher définitivement tout ou partie du litige (voir l'article 65 avec les commentaires 1 à 3). Elles n'ont pas non plus d'effet de chose jugée en ce qui concerne la procédure au fond.

Article 185. Principe de proportionnalité

1) La mesure provisoire ou conservatoire ordonnée par le juge doit imposer au défendeur le fardeau le moins lourd possible au regard de l'effet recherché.

2) Le juge veille à ce que les effets de la mesure ne soient pas disproportionnés au regard des intérêts dont la protection est requise.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 5.8 et 8.1.

Commentaires:

1. Cet article prévoit que l'octroi de mesures provisoires et conservatoires est soumis au principe de proportionnalité, tout en tenant compte des intérêts du demandeur et du défendeur. Cette règle découle à la fois du Principe 5.8 ALI/UNIDROIT (ordonnances rendues *ex parte*) et du Principe 8.1 (mesures provisoires). La première question est également régie par l'article 186(2). En outre, le principe de proportionnalité est inhérent au droit et à la pratique des mesures provisoires et conservatoires dans les juridictions européennes.

2. Le principe de proportionnalité est particulièrement important dans l'évaluation des mesures provisoires et conservatoires. Il est d'autant plus pertinent lorsqu'il s'agit de mesures en l'absence de partie adverse (article 186). En effet, les différentes procédures pour les obtenir, et l'urgence requise pour ce faire, ne permettent souvent pas une appréciation complète du droit et des faits litigieux, ce qui est d'autant plus pertinent lorsque la demande est faite en l'absence de partie adverse.

3. Si l'article 184(2) exige que le juge accorde les mesures provisoires ou conservatoires qu'il juge nécessaires et appropriées au but poursuivi, il doit également veiller à ce que la mesure ordonnée impose au défendeur le fardeau le moins lourd et que ses effets ne soient pas disproportionnés au regard des intérêts du demandeur. À ce titre, le juge pourrait, par exemple, limiter la portée ou la durée de la mesure ou fixer d'autres conditions qui limitent ses effets négatifs sur le défendeur.

4. Alors que la charge de la preuve générale est une question de droit matériel (voir l'article 25(2)), la charge de la preuve concernant les demandes de mesures provisoires et conservatoires incombe généralement au demandeur. Toutefois, lorsque le défendeur allègue que l'octroi d'une telle mesure est susceptible d'entraîner des conséquences négatives dont le demandeur ne peut avoir connaissance, la charge de la preuve lui incombe (articles 193, 197, 199 et 201).

Article 186. Procédure sur requête

1) Le juge ne peut ordonner une mesure provisoire ou conservatoire en l'absence de partie adverse que si, au regard des circonstances, une procédure contradictoire compromettrait la protection effective des intérêts du requérant.

- 2) Lorsqu'il délivre une ordonnance en l'absence de partie adverse, le juge met le défendeur en mesure d'être entendu le plus rapidement possible à une date indiquée dans l'ordonnance. L'ordonnance et les éléments de fait et de droit invoqués devant le tribunal au soutien de la requête sont notifiés au défendeur le plus tôt possible.**
- 3) Le requérant communique au juge tous éléments de fait et de droit pertinents pour la décision judiciaire sur le point de savoir s'il convient d'accorder la mesure sollicitée et, le cas échéant, selon quelles modalités.**
- 4) Le juge statue à bref délai sur les objections formulées à l'encontre de la mesure provisoire ou conservatoire ou de ses modalités.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 8.2 et 5.8.

Commentaires:

1. L'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire doit de préférence avoir lieu lors d'une audience à laquelle le défendeur est présent, c'est-à-dire lors d'une procédure contradictoire. Cela permet de garantir ses droits procéduraux. Cela favorise également la proportionnalité procédurale en réduisant le nombre d'audiences nécessaires pour trancher l'affaire. Il existe cependant des circonstances dans lesquelles il est nécessaire de déterminer et d'accorder une telle mesure en l'absence du défendeur et, de plus, en l'absence de notification à celui-ci. C'est le cas lorsque la notification est susceptible de compromettre l'objectif pour lequel l'ordonnance est demandée, et que le secret est donc nécessaire, c'est-à-dire lorsque le défendeur, ayant été préalablement informé de la demande, pourrait compromettre une ordonnance protégeant les intérêts financiers du demandeur en disposant des biens avant qu'une ordonnance de préservation des biens ne soit rendue. En outre, il peut y avoir des circonstances où l'urgence implique que la notification ne peut pas être donnée.

2. Dans la plupart des systèmes procéduraux et notamment en ce qui concerne certaines mesures de conservation, telles que les ordonnances de préservation des biens, l'octroi de telles mesures en l'absence de la partie adverse est généralement autorisé. Il s'agit, par exemple, de la règle générale prévue à l'article 11 du Règlement OESC et, en ce qui concerne les atteintes à la propriété intellectuelle, elle est également énoncée à l'article 8 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle. Cette règle est toutefois particulièrement inspirée des Principes 8.2 (mesures provisoires et conservatoires) et 5.8 (procédure générale *ex parte*) ALI/UNIDROIT, ainsi que des articles 17B et 17C(2) de la Loi type de la CNUDCI.

3. L'article exige que le tribunal fixe un délai dans lequel le défendeur doit être entendu en ce qui concerne la mesure lorsqu'elle a été initialement accordée en l'absence de partie adverse. Cette disposition vise à garantir que le défendeur puisse exercer correctement son droit à être entendu (articles 11 et 12) et à ce que l'affaire soit examinée à la lumière d'un examen complet des éléments de fait et de droit. Pour garantir au mieux les droits du défendeur, une procédure contradictoire doit avoir lieu le plus tôt possible après l'audience en l'absence de partie adverse. La date de l'audience contradictoire doit être précisée dans l'ordonnance conformément à l'article 186(2), afin de garantir que, en l'absence d'une telle date dans l'ordonnance rendue sur une base non contradictoire, l'ordonnance ne devienne pas *de facto* une ordonnance définitive. Elle vise donc à garantir les droits procéduraux du défendeur, en particulier son droit d'être entendu. Outre la protection accordée au défendeur par l'article 186(2), l'article 189 permet au tribunal de réviser la mesure, généralement à la demande du défendeur, alors qu'en vertu de l'article 190, le défendeur est responsable si une mesure provisoire ou conservatoire est annulée, cesse ses effets ou si la demande sur le fond est rejetée.

4. L'article ne prévoit pas de délai fixe pour la tenue d'une audience contradictoire. Cela s'explique par le fait que les différents pays européens adoptent des approches différentes en matière de fixation

des délais, et par la nécessité de donner au tribunal la souplesse nécessaire pour déterminer une date appropriée à la lumière de toutes les circonstances de l'affaire. À cette fin, la mesure doit être notifiée au défendeur immédiatement après son octroi. La notification comprend la remise au défendeur de l'ordonnance et de tout document invoqué à l'appui de la demande. Une audience contradictoire sera organisée afin que le tribunal examine la demande *de novo*, c'est-à-dire qu'il considère l'octroi de la mesure à nouveau et non comme une révision de l'ordonnance délivrée en l'absence de partie adverse.

5. Sur une demande présentée en l'absence de partie adverse, conformément au principe de proportionnalité, afin de protéger les droits du défendeur et de permettre au tribunal d'évaluer si une mesure doit être accordée, les requérants sont tenus de communiquer tous éléments de fait et de droit pertinents (article 186(3)). Une règle similaire est énoncée à l'article 17F de la Loi type de la CNUDCI. Le cas échéant, le requérant, lors d'une audience en l'absence de partie adverse, devrait également divulguer les moyens de défense probables dont dispose le défendeur, y compris l'existence d'un moyen de défense fondé sur la prescription ou d'un éventuel droit de compensation. Cela permet au tribunal de procéder à une évaluation préliminaire des intérêts du défendeur.

6. L'article 186(4) s'inspire de l'article 17C de la Loi type de la CNUDCI. Il vise à protéger les parties contre les retards de procédure.

7. La possibilité d'accorder une mesure provisoire ou conservatoire en l'absence de partie adverse n'est pas autorisée en ce qui concerne les paiements provisionnels (article 201(3)).

Article 187. Garanties

1) Lorsqu'il se prononce sur l'octroi ou le maintien d'une mesure provisoire ou conservatoire, le juge peut tenir compte de la possibilité pour le défendeur de fournir une garantie se substituant à la mesure.

2) Si les circonstances le justifient, l'octroi ou le maintien d'une mesure provisoire ou conservatoire peut être subordonné à la constitution par le demandeur d'une garantie appropriée.

3) Le juge ne saurait exiger une telle garantie au seul motif que le demandeur ou le défendeur n'est pas un ressortissant de l'État de la juridiction saisie ou ne réside pas dans cet État.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 3.3.

Commentaires:

1. L'article 187 prévoit la possibilité de subordonner l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire à la constitution d'une garantie. La garantie peut, par exemple, être une garantie bancaire, une garantie d'un tiers ou tout autre type de garantie qui fournit une sécurité efficace (article 187(1)). Elle peut également être de nature à garantir tout paiement qui pourrait être dû par le requérant au défendeur, c'est-à-dire à titre de dommages-intérêts pour l'octroi abusif d'une mesure conservatoire (article 187(2)). Dans ce dernier cas, la garantie peut également prendre la forme d'un engagement formel à l'égard du tribunal.

2. L'article 187(1) concerne la situation dans laquelle le défendeur peut offrir une garantie avant ou après qu'une mesure provisoire ou conservatoire ait été accordée. Si le défendeur offre une garantie suffisante pour protéger les intérêts du requérant, il ne sera pas nécessaire de délivrer une telle ordonnance, ou une ordonnance déjà délivrée pourra ne pas être maintenue. Lorsqu'une ordonnance a déjà été rendue, l'article 189 permet au défendeur de demander au tribunal de la modifier, de la suspendre ou d'y mettre fin. Voir également l'article 184(2) et l'article 185 concernant l'effet d'une

garantie suffisante donnée par le défendeur.

3. L'article 187(2) prévoit qu'une garantie peut être exigée comme condition pour que le tribunal octroie la mesure demandée par le requérant. Cette disposition est conforme à l'objectif visant à garantir qu'une telle mesure ne soit jamais que provisoire, et vient à l'appui de la disposition relative à la responsabilité énoncée à l'article 190. La constitution d'une garantie peut être particulièrement importante lorsqu'une ordonnance imposant une obligation de faire ou de ne pas faire est délivrée en vertu de l'article 196 ou qu'un paiement provisionnel est ordonné en vertu de l'article 200. Elle n'est toutefois pas limitée à ces situations. Cette règle particulière est tirée de l'article 17E de la Loi type de la CNUDCI. Une disposition similaire figure également à l'article 9(6) de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

4. Si, par exemple, l'article 12 du Règlement OESC exige la constitution d'une garantie afin de prévenir un recours abusif et d'assurer la réparation de tout préjudice subi par le débiteur en raison de l'ordonnance, la présente règle est discrétionnaire. Cela permet au tribunal de déterminer au cas par cas, pour chaque demande, si une telle garantie est nécessaire. Elle garantit également que la question de la garantie ne constitue pas, lorsqu'un défendeur n'est pas en mesure de la fournir, un obstacle absolu à l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire.

5. En déterminant la nature ou le montant de la garantie appropriée, le tribunal doit tenir compte du préjudice potentiel que peut subir le défendeur si la demande au fond n'aboutit pas ou si la mesure accordée est modifiée ou annulée (article 187(2), et voir l'article 190).

6. L'article 187(2) intègre le principe de non-discrimination qui fait partie du droit de l'Union européenne et qui est également énoncé dans le Principe 3.3 ALI/UNIDROIT. Les ressortissants, les résidents, les non-nationaux et les non-résidents devraient être traités sur un pied d'égalité.

Article 188. Engagement de la procédure sur le fond

1) Si le demandeur a bénéficié d'une mesure provisoire ou conservatoire avant d'engager la procédure sur le fond, cette dernière est introduite avant une date fixée par le juge. Si le juge ne fixe pas de date ou en l'absence de dispositions contraires de la loi applicable, le demandeur introduit la procédure sur le fond dans le délai de deux semaines à compter de la date du prononcé de la mesure provisoire ou conservatoire. Sur requête d'une partie, le juge peut proroger le délai.

2) Si la procédure principale sur le fond n'a pas été engagée conformément au paragraphe précédent, la mesure cesse de produire ses effets, sauf décision contraire du juge.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 8.

Commentaires:

1. Les juridictions européennes diffèrent considérablement en ce qui concerne l'obligation d'engager une procédure lorsque des mesures provisoires ou conservatoires sont demandées avant qu'elle n'ait été engagée. Dans certains pays, il existe une obligation générale d'engager une procédure (par exemple, l'Espagne, l'Italie et la Roumanie), tandis que dans d'autres, comme dans le Principe 8 ALI/UNIDROIT, il n'existe aucune obligation de ce type (par exemple, l'Allemagne, la France et les Pays-Bas). Lorsque les mesures de protection sont conservatoires, l'approche générale consiste à imposer à la partie qui en bénéficie l'obligation d'engager une procédure. C'est le cas, car ces mesures sont généralement accordées en l'absence de partie adverse et visent à protéger l'exécution en cas de succès

dans le cadre du litige au fond entre les parties. L'obligation d'engager une procédure est également présente dans l'article 10 du Règlement OESC, en ce qui concerne la saisie des comptes bancaires. Voir également l'obligation d'engager une procédure dans les cas de violation de la propriété intellectuelle (article 50(6) de l'Accord sur les ADPIC ²⁰⁹ et article 9(5) de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle).

2. L'article 188 s'écarte de la position adoptée dans les Principes ALI/UNIDROIT. Il adopte l'approche selon laquelle le requérant qui bénéficie d'une mesure provisoire ou conservatoire avant d'engager une procédure au fond contre le défendeur devrait, sauf ordonnance contraire du tribunal, être tenu de le faire. Cette approche est adoptée pour garantir que les mesures provisoires et conservatoires ne deviennent pas, par défaut, définitives. Elle vise donc à garantir que le litige au fond soit tranché par le tribunal dans le respect du droit à un procès équitable, c'est-à-dire qu'il soit donné effet au droit des deux parties à bénéficier d'une procédure équitable. Les parties peuvent décider de régler leur différend sur la base de la décision prise dans le cadre d'une demande de mesure provisoire ou conservatoire. Elles peuvent convenir qu'une telle décision soit rendue exécutoire par le tribunal (voir articles 9(3), 141, article 59 du Règlement Bruxelles Ibis) ou, par exemple, qu'elle soit authentifiée par un notaire pour devenir exécutoire (voir article 58 du Règlement Bruxelles Ibis et dispositions équivalentes du droit national). Diverses pratiques juridiques nationales se sont développées dans les juridictions européennes, dans lesquelles les clauses contractuelles, y compris les sanctions contractuelles exécutoires, visant à punir et à dissuader les actes répréhensibles, remplacent, en partie, la fonction des décisions judiciaires définitives ayant force de chose jugée et exécutoires.

3. Différentes approches sont adoptées par différents instruments internationaux en ce qui concerne le délai dans lequel un requérant est tenu d'engager une procédure après l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire. L'article 10 du Règlement OESC prévoit un délai maximal de 30 jours à compter de la date d'introduction de la demande ou de 14 jours après la date de délivrance de l'ordonnance, si cette date est postérieure. L'article 9(5) de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle et l'article 50(6) de l'Accord sur les ADPIC prévoient que la mesure cesse de produire ses effets si la procédure n'est pas engagée dans un délai raisonnable, qui doit être déterminé par le juge, ou en l'absence d'une telle détermination, dans un délai maximum de 20 jours ouvrables ou de 31 jours civils après l'octroi de la mesure, si ce délai est plus long. Le Règlement OESC prévoit explicitement que le délai peut être prolongé à la demande du débiteur, par exemple pour permettre aux parties de trouver un accord.

4. L'article 188(1) adopte la même approche que celle adoptée par ces instruments internationaux. Il prévoit que lorsqu'une mesure est accordée, le requérant dispose de 14 jours pour engager une procédure. Il adopte donc la même approche que celle prévue par le Règlement OESC. Ce délai par défaut peut être modifié par le tribunal lors de l'octroi de la mesure, ou à une date ultérieure à la demande de l'une des parties. Cela permet à la fois au tribunal et aux parties de prendre des mesures pour modifier le délai dans lequel la procédure doit être engagée afin, par exemple, de permettre la tenue de négociations. Il permet ainsi aux parties de prendre des mesures pour éviter d'encourir les frais d'ouverture de la procédure, lorsque cela n'est pas nécessaire. Le fait de prévoir un délai par défaut pour l'ouverture de la procédure, en l'absence duquel la mesure devient caduque sauf si le tribunal en décide autrement, garantit (comme indiqué ci-dessus) que la mesure ne devient pas *de facto* une décision définitive sur le litige et protège également les droits procéduraux des parties.

5. L'article 188(2) prévoit la règle par défaut selon laquelle la mesure provisoire ou conservatoire cesse de produire ses effets si une procédure n'est pas engagée conformément à l'article 188(1) et à l'article 21(1). Toutefois, pour tenir compte des situations et des systèmes où un tel effet n'est pas jugé souhaitable, le juge peut en décider autrement.

²⁰⁹ Accord de Marrakech de 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce, Annexe 1C, Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

Article 189. Révision de la mesure et voies de recours

- 1) Le juge peut modifier, suspendre une mesure provisoire ou conservatoire ou y mettre fin si un changement de circonstances l'exige.**
- 2) Les décisions qui prononcent, refusent de prononcer, modifient, suspendent des mesures provisoires ou conservatoires ou bien y mettent fin, sont susceptibles de recours. L'article 179(3) est applicable.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 10.1 et 10.3.

Commentaires:

1. L'article 189(1) prévoit que la juridiction peut réviser, modifier, suspendre ou mettre fin à une mesure provisoire. C'est une disposition qui est commune à de nombreux pays européens. Elle permet au juge de modifier son ordonnance pour tenir compte d'un changement de circonstances, tout en permettant à un défendeur soumis à une telle ordonnance de protéger ses intérêts. Tout réexamen de ce type doit être effectué dans le respect du principe de proportionnalité (articles 5 et 185).

2. Un réexamen en vertu de cet article est normalement effectué, sur notification au requérant, à la suite d'une demande du défendeur, le juge pouvant toutefois le faire de sa propre initiative si cela s'avère nécessaire (voir l'article 21, qui s'applique à l'introduction d'une instance par le juge et non au réexamen par le juge de ses propres ordonnances). Si l'on peut généralement considérer que cela va à l'encontre du principe de l'autonomie des parties et de l'initiative des parties dans les affaires civiles et commerciales, dans des cas exceptionnels où les intérêts de tiers (par exemple ceux des actionnaires) ou l'intérêt public l'exigent, le juge peut modifier, suspendre ou mettre fin à une mesure provisoire ou conservatoire de sa propre initiative. Cette approche est conforme à celle adoptée à l'article 17D de la loi type de la CNUDCI, mais voir également la disposition, partiellement différente, de l'article 33 du Règlement OESC.

3. L'article 189(2) permet de faire appel d'une décision accordant ou refusant une mesure provisoire ou conservatoire ainsi que des décisions prises en vertu de l'article 189(1). Toutefois, lorsqu'il y a un changement de circonstances à la base des mesures provisoires ou conservatoires, les parties doivent d'abord demander un réexamen conformément à l'article 189(1); elles ne peuvent pas s'adresser directement à la juridiction supérieure.

Article 190. Responsabilité du requérant

- 1) Si la mesure provisoire ou conservatoire est annulée, cesse ses effets ou si la demande sur le fond est rejetée, le requérant est tenu de réparer la perte ou le dommage que la mesure a causé au défendeur.**
- 2) Le requérant est tenu de réparer tout dommage et dépenses engagées par les tiers pour mettre en œuvre l'ordonnance.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 8.3.

Commentaires:

1. L'article 190 concerne la responsabilité du demandeur pour les dommages causés au défendeur ou aux tiers affectés par la mesure. Alors que de nombreux pays ont des règles spécifiques sur la

responsabilité du demandeur dans leurs règles de procédure civile ou utilisent les règles générales sur la responsabilité délictuelle pour parvenir à des résultats similaires, cette règle, et en particulier l'article 190(1), a été inspirée par le Principe 8.3 ALI/UNIDROIT. Des règles similaires figurent à l'article 13 du Règlement OESC, à l'article 9(7) de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle et à l'article 17G de la Loi type de la CNUDCI. Il convient toutefois de noter que l'article 13(5) du Règlement OESC prévoit expressément qu'il ne traite pas de la question de la responsabilité éventuelle à l'égard de tout tiers. Le présent article a cet effet, étant donné la possibilité générale que les présentes Règles prévoient l'application de mesures conservatoires ou provisoires à l'égard des tiers. En tant que tel, cet article vise à fournir à toutes ces personnes, qu'elles soient défendeurs ou tiers, une protection suffisante par l'application du principe de réparation qu'il énonce. Alors que certaines contributions discutant de cette disposition ont critiqué le risque potentiel élevé pour les requérants d'être tenus responsables de dommages importants imprévisibles, ce qui pourrait donc décourager les demandes de mesures provisoires, la majorité a souligné la nécessité de ne pas transférer le risque d'une justice provisoire à des tiers qui n'ont pas ou pas vraiment d'influence sur le développement du conflit entre les parties.

2. L'article 190(1) traite de la situation dans laquelle la mesure est annulée, cesse ses effets (en particulier lorsque le requérant n'a pas engagé la procédure au fond conformément à l'article 188 et à l'article 21(1)) ou que la demande au fond est rejetée pour des raisons de procédure ou sur le fond.

3. L'article 190(1) impose au requérant d'indemniser le défendeur pour les pertes et dommages causés par la mesure sur la base de la responsabilité objective. Cela comprend les pertes et dommages résultant directement de la mesure, par exemple l'impossibilité d'utiliser des marchandises ou de vendre des produits, ainsi que les frais de justice et les dépenses encourues pendant la procédure (voir également l'article 187(2)). Pour déterminer l'étendue des dommages-intérêts compensatoires, il convient de tenir compte de la mesure dans laquelle le demandeur a réussi à faire valoir sa demande au fond, c'est-à-dire s'il a obtenu gain de cause sur une partie qui peut devoir être reflétée dans le montant des dommages-intérêts.

4. L'article 190(2) concerne les dommages causés aux tiers ou les dépenses engagées par ceux-ci du fait de l'exécution d'une mesure provisoire ou conservatoire. Il n'est pas limité aux cas où la mesure est annulée, cesse ses effets ou lorsque la procédure est rejetée. Cette indemnisation concerne généralement les dépenses engagées pour l'exécution de la mesure, par exemple les démarches administratives nécessaires pour s'y conformer. Toutefois, d'autres dépenses encourues en conséquence de l'exécution de la mesure peuvent devoir être indemnisées par le demandeur.

Article 191. Sanctions

Hormis si la mesure consiste en l'octroi d'une provision, le juge peut, le cas échéant, en cas de non-respect de la mesure provisoire ou conservatoire, prononcer une des sanctions prévues à l'article 27.

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 17.

Commentaires:

1. L'article 191 précise que le pouvoir général d'imposer des sanctions en cas de non-respect des présentes Règles s'applique au non-respect des mesures provisoires et conservatoires, hormis si la mesure consiste en l'octroi d'une provision.

2. La sanction appropriée sera incluse dans l'ordonnance à la demande du requérant. La sanction, qui doit être proportionnelle au non-respect de l'article 185, devrait être un moyen efficace de garantir son objectif.

SECTION 2 – Partie spéciale

A. Conservation de biens

Article 192. Différentes mesures de conservation de biens

En vue de protéger un droit, le juge peut, sur requête, prononcer une des mesures suivantes:

- a) autoriser la saisie conservatoire des biens du défendeur;**
- b) interdire provisoirement au défendeur de disposer de ses biens ou de conclure tout acte d'usage y afférent, ou**
- c) ordonner que les biens du défendeur soient placés sous la garde d'un tiers.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 8.1.

Commentaires:

1. Cet article s'inspire de l'article 1 du Règlement OESC et de l'article 17.2(c) de la Loi type de la CNUDCI. Les décisions rendues en vertu de l'article 192(a) et (b) sont normalement accordées en l'absence de partie adverse, car une notification préalable de la décision est susceptible d'aller à l'encontre de son objectif (voir l'article 186).

2. L'article 192(a) et (b) fonctionne différemment. Les décisions de saisie conservatoires en vertu de l'alinéa a) confèrent des droits aux requérants en ce qui concerne les avoirs, tandis que les décisions prises en vertu de l'alinéa b) imposent au défendeur l'interdiction de disposer de ses biens ou de conclure tout acte d'usage y afférent.

3. Les ordonnances de conservation des biens sont destinées à protéger la demande du requérant d'obtenir gain de cause au fond dans le cadre d'une procédure. Il découle de l'article 188(2) et de l'article 21(1) qu'une ordonnance cesse de produire ses effets si le requérant n'engage pas une telle procédure dans le délai prescrit.

4. Dans l'article 192, le terme "droit" signifie qu'une ordonnance de conservation des biens peut être rendue pour protéger tous les types de droit, c'est-à-dire les créances pécuniaires et, le cas échéant, les créances portant sur des biens spécifiques. Il peut cependant y avoir des situations dans lesquelles une ordonnance de conservation des biens n'aura pas pour effet de protéger l'objet de la procédure, par exemple, il est difficile de concevoir qu'une telle ordonnance soit rendue dans une procédure visant à obtenir un jugement déclaratoire sur l'existence d'une dette. Le fait qu'une ordonnance de conservation des biens puisse ou non être considérée comme appropriée pour protéger des types de droits spécifiques variera inévitablement en fonction des circonstances de l'affaire et du droit national.

5. Les ordonnances de garde, en vertu de l'article 192(c), sont incluses dans le champ d'application des mesures de conservation des biens, même si certaines juridictions européennes les considèrent comme une forme de mesure distincte. Elles sont incluses ici compte tenu de l'approche fonctionnelle adoptée dans cette partie des Règles. Une telle mesure, comme une saisie conservatoire ou une interdiction de disposer des biens, peut être comprise de manière appropriée et large comme englobant la garde et la conservation de tout type de biens, qu'ils soient physiques, immatériels ou électroniques.

Le terme "custodian" dans la version anglaise est utilisé pour désigner tout tiers (qu'il s'agisse d'un auxiliaire de justice ou autre) qui peut être autorisé ou chargé par le tribunal d'exécuter une telle ordonnance à l'endroit où les biens concernés doivent être mis en sécurité. Il convient de noter que la technologie a élargi le champ d'intervention de la garde, c'est-à-dire qu'elle peut désormais s'appliquer à la conservation de données électroniques, ou pour empêcher que les mots de passe, les métadonnées, etc. ne soient modifiés ou dissimulés.

Article 193. Conditions de délivrance d'une ordonnance de conservation de biens

La partie qui sollicite une mesure en vertu de l'article 192 est tenue de démontrer que:

- a) elle a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause au fond, et que**
- b) il est vraisemblable qu'en l'absence de prononcé de la mesure, l'exécution de la décision définitive contre le défendeur serait impossible ou excessivement difficile.**

Commentaires:

1. Les conditions de délivrance d'une ordonnance de conservation de biens en vertu de l'article 193 sont inspirées de l'article 7 du Règlement OESC et de l'article 17A.1 de la loi type de la CNUDCI. Elles visent à protéger un défendeur contre l'injustice de faire l'objet d'une décision lorsque la procédure n'est pas fondée (article 193(a)) ou lorsqu'il n'y a pas de besoin urgent de soumettre ses biens à une décision draconienne de cette nature (article 193(b)).

2. Les deux conditions, qui sont largement utilisées dans la plupart des juridictions européennes, sont cumulatives. Cela signifie que la probabilité que le requérant obtienne gain de cause sur le fond du litige ne devrait pas influencer l'évaluation de l'existence ou non d'un risque réel concernant la force exécutoire d'un jugement définitif, sauf si la décision est rendue par le tribunal.

3. Il convient de noter qu'en plus des deux conditions cumulatives, une troisième condition doit être remplie, à savoir l'exigence de proportionnalité de l'article 185 qui prévoit que la mesure ordonnée par le tribunal doit être celle qui impose le fardeau le moins lourd possible au défendeur et, en outre, que la mesure ne doit pas être disproportionnée au regard des intérêts du requérant. Cela signifie que lorsque les conditions de l'article 193 sont remplies, le juge ne peut pas rendre d'ordonnance de saisie ou d'interdiction de disposer des biens si une telle ordonnance impose plus que le fardeau le moins lourd possible au défendeur ou si l'ordonnance est disproportionnée par rapport à l'intérêt que le requérant a demandé au tribunal de protéger.

4. La norme de preuve prévue à l'article 193(a) doit être respectée lors des audiences en l'absence de partie adverse et de toute audience contradictoire ultérieure (article 186). Lorsqu'une ordonnance de saisie conservatoire ou d'interdiction de disposer des biens est rendue en l'absence de partie adverse, il est également nécessaire de satisfaire à la condition énoncée à l'article 184(2), c'est-à-dire qu'une audience contradictoire irait à l'encontre du but poursuivi par l'ordonnance.

5. En cas d'annulation d'une ordonnance, les articles 190 et 191 imposent une responsabilité objective au requérant.

Article 194. Limitations en matière d'ordonnances de conservation de biens

Les décisions de conservation des biens veillent à ce que le défendeur ne soit pas privé des ressources suivantes dès lors que leur montant est raisonnable:

- a) frais ordinaires de subsistance,**
- b) dépenses professionnelles légitimes,**

c) rémunération des conseils et représentation juridiques nécessaires pour défendre à la procédure, solliciter la modification ou la révocation des décisions en application des articles 186(4) ou 189.

Commentaires:

1. Cet article contient un certain nombre de limitations qui sont imposées à la portée des ordonnances de conservation de biens. Sans ces limitations, elles seraient oppressives.
2. La limitation de l'article 194(a) ne s'applique qu'aux personnes physiques, alors que celle de l'article 194(b) et (c) s'applique également aux personnes physiques et aux personnes morales ou entités, ces dernières pouvant se trouver dans la situation où elles doivent demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité si l'ordonnance de conservation des biens les empêchent de faire face à leurs dépenses professionnelles.
3. L'article 31 du Règlement OESC contient des dispositions similaires à celles du présent article. Des dispositions similaires sont également présentes dans de nombreux pays européens, soit sous la forme de restrictions sur le type de biens pouvant faire l'objet de telles ordonnances, de limitations quantitatives, soit par l'octroi d'allocations financières spécifiques aux défendeurs.

Article 195. Notification de l'ordonnance de conservation de biens au défendeur et conséquences

- 1) Le plus tôt possible après le prononcé d'une mesure en vertu de l'article 192, l'ordonnance est notifiée au défendeur et à tout tiers qui en sont destinataires. Lorsque cela est nécessaire pour l'exécution de l'ordonnance, cette dernière peut être signifiée à des tiers avant de l'être au défendeur.**
- 2) Le requérant peut informer un tiers de la mesure prononcée avant que le défendeur en ait reçu notification.**
- 3) Le défendeur ou tout tiers destinataire de l'ordonnance prononcée sur le fondement de l'article 192 est tenu de l'exécuter dès sa notification. En cas de violation, les sanctions énoncées à l'article 191 sont applicables sans limitation.**

Sources:

Principe ALI/UNIDROIT 8 et Commentaire P-8C.

Commentaires:

1. L'article 195(1) vise à garantir les droits procéduraux du défendeur, et notamment son droit à être entendu ²¹⁰. Il vise à le faire sans compromettre l'exécution effective de l'ordonnance de conservation des biens. Comme l'approche de la signification et de la notification diffère d'une juridiction européenne à l'autre, cette règle ne spécifie aucune approche particulière. La signification et la notification doivent donc être effectuées conformément à la Partie VI des présentes Règles.
2. En général, les ordonnances de conservation des biens concernent des biens sur lesquels des tiers, comme les banques, exercent un contrôle. Comme une telle ordonnance peut imposer des obligations aux parties et aux tiers, il est essentiel que tous ceux qui sont soumis à l'ordonnance soient notifiés rapidement de ce fait, en particulier lorsque la notification est requise à un tiers en vertu du

²¹⁰ Voir, par exemple l'approche de l'article 17C de la Loi type de la CNUDCI et des articles 23-24 du Règlement OESC.

droit matériel pour rendre l'ordonnance opposable. La seule exception à cette obligation de notification est le cas où elle rendrait l'ordonnance inefficace, auquel cas la notification doit être faite le plus tôt possible.

3. L'article 195(1) est particulièrement important lorsque l'ordonnance de conservation des biens est demandée en l'absence de partie adverse. Il doit être lu en cohérence avec l'article 186(4). En conséquence, l'ordonnance prise en l'absence de partie adverse doit être notifiée au défendeur dès que possible, ce qui inclut les situations où l'ordonnance doit être signifiée à un tiers comme condition préalable à la demande d'exécution effective de l'ordonnance.

4. L'article 195(2) couvre les situations dans lesquelles des tiers ne sont pas inclus dans les termes de l'ordonnance de conservation des biens, alors qu'ils seraient néanmoins, en vertu du droit interne, tenus de respecter l'ordonnance. L'article reconnaît la réalité pratique, en particulier dans le contexte de l'article 192(a) et (b), que dans certains pays, le requérant s'efforcera d'assurer qu'un tiers, tel que la banque du défendeur, soit informé de l'existence de l'ordonnance dès que celle-ci est accordée par le juge. Ceci est particulièrement important pour garantir qu'un défendeur ne puisse pas se soustraire à une ordonnance en agissant de manière incompatible avec ses termes au motif qu'elle ne lie pas un tiers.

5. L'article 195(3) prévoit qu'une ordonnance doit être exécutée à partir du moment où le défendeur ou le tiers en a reçu notification en vertu de l'article 195(1). La notification sera effectuée conformément à la Partie VI des présentes Règles. Il précise en outre que les sanctions énoncées à l'article 191 ne sont pas le seul recours dont dispose le requérant au cas où un défendeur ou un tiers faisant l'objet de l'ordonnance y contrevient. Ainsi, tout recours interne en cas de violation, en plus de ceux prévus par les présentes Règles, serait à la disposition de la cour, c'est-à-dire que la responsabilité civile ou même pénale potentielle peut être engagée en plus des sanctions prévues par les présentes Règles .

B. Mesures de règlement provisoire

Article 196. Mesures imposant une obligation de faire ou de ne pas faire

Le juge peut prononcer au profit du requérant une mesure tendant à régler provisoirement la relation entre les parties au regard d'une obligation non pécuniaire imposant au défendeur une obligation de faire ou de ne pas faire selon les modalités prescrites par sa décision.

Commentaires:

1. L'article 196 établit la portée des ordonnances imposant une obligation de faire ou de ne pas faire. Il permet au juge, à la demande d'une partie, d'ordonner à un défendeur d'agir ou de s'abstenir d'agir selon les modalités prescrites par l'ordonnance. Il remplit principalement les fonctions décrites par l'article 184(1)(c) et (d). Toutefois, l'article ne s'applique qu'aux ordonnances concernant des obligations non pécuniaires. Il convient de noter que les ordonnances interdisant de disposer des biens, prononcées en vertu de l'article 192(b), peuvent contraindre les défendeurs à agir ou à s'abstenir d'agir dans le but de protéger toute créance, y compris les obligations pécuniaires.

2. L'article permet au tribunal de régler les relations entre les parties jusqu'à ce que la décision soit rendue ou que l'affaire soit réglée autrement. En d'autres termes, une telle ordonnance soutient l'efficacité de l'administration de la justice en garantissant que des mesures ne sont pas prises soit pour empêcher la cour de statuer sur le fond de la procédure, soit pour atteindre le même objectif. L'article 17(2)(b) de la loi type de la CNUDCI énonce une règle similaire.

3. Les mesures provisoires imposant une obligation de faire ou de ne pas faire couvrent un large éventail d'ordonnances, y compris, par exemple, l'obligation d'exécuter un accord contractuel, la

rectification d'une publication dans les médias ou l'interdiction d'exécuter ou de continuer à exécuter des actes de concurrence déloyale ou qui portent atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Ces mesures peuvent également couvrir des situations de préjudice imminent (voir en particulier le commentaire 4 de l'article 184).

4. Les mesures ordonnées en vertu du présent article sont soumises aux dispositions énoncées à la Section 1 (Partie générale) de cette partie des présentes Règles. Il est donc particulièrement important de noter l'application du principe de proportionnalité (article 185) et de la disposition relative à la responsabilité (article 190).

5. Le prononcé d'une mesure provisoire en vertu de cet article est soumis aux critères de l'article 197.

Article 197. Conditions de délivrance d'une mesure de règlement provisoire

La partie qui sollicite le prononcé d'une mesure sur le fondement de l'article 196 est tenue de démontrer:

- a) **qu'elle a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause dans la procédure au fond; ou**
- b) **s'il existe un risque significatif que le préjudice causé au défendeur ne puisse donner lieu à réparation adéquate en cas d'atteinte à ses droits en cas de rejet de la demande principale, qu'il est vraisemblable que le demandeur obtienne gain de cause dans la procédure sur le fond; et**
- c) **que la mesure est nécessaire pour régler provisoirement les questions de fond litigieuses en attendant la décision sur le fond dans la procédure principale.**

Commentaires:

1. Le présent article énonce deux conditions cumulatives qui doivent être remplies avant qu'une mesure provisoire exigeant d'un défendeur qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir quelque chose, conformément à l'article 196, puisse être prononcée.

2. L'article 197(a) énonce l'exigence générale selon laquelle le requérant doit démontrer qu'il a des chances sérieuses d'obtenir gain de cause dans la procédure au fond. Par exemple, lorsqu'un requérant demande une ordonnance restrictive en matière de droits de propriété intellectuelle, une mesure réglementaire ne devrait être accordée que lorsqu'il y a de bonnes chances que le tribunal décide en dernier ressort, dans son jugement final, que le défendeur a violé les droits de propriété intellectuelle du requérant.

3. L'article 197(b) vise à assurer un plus grand degré de protection au défendeur à une demande de mesure réglementaire dans des circonstances où il existe un risque important que le préjudice que cette mesure lui causerait (par exemple, perte de réputation ou de biens périssables) ne puisse donner lieu à réparation adéquate. Si les mesures susceptibles de causer un préjudice ne pouvant être réparé de manière adéquate doivent généralement être évitées, dans des circonstances spécifiques, elles peuvent être nécessaires pour éviter un préjudice irréparable au demandeur. Dans ces circonstances, le demandeur est tenu de satisfaire à une norme de preuve plus élevée, c'est-à-dire qu'il doit démontrer qu'il existe une très forte possibilité (une forte chance) que sa demande soit acceptée sur le fond.

4. En plus des critères énoncés à l'article 197(a) et (b), le demandeur doit également démontrer que la mesure est nécessaire pour régler la question en attendant la décision finale sur le fond dans la procédure principale (article 197(c); voir également l'article 188).

5. Le présent article doit être lu conjointement avec l'article 185 sur la proportionnalité.

C. Conservation des preuves

Article 198. Ordonnance de conservation de preuves

1) Sur requête d'une partie au procès, le juge est habilité à obtenir des éléments de preuve en ordonnant les mesures provisoires suivantes:

- a) audition d'un témoin par le juge ou par un tiers délégué par lui;**
- b) obligation pour les parties de préserver ou de protéger des preuves, ou de placer les preuves sous séquestre entre les mains d'un tiers neutre;**
- c) désignation d'un expert afin qu'il présente un rapport d'expertise.**

2) Les injonctions de conservation de preuves peuvent, en cas de nécessité, autoriser l'accès aux preuves. Cet accès peut être soumis aux conditions que le juge estimera pertinentes.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 8 et 16.

Commentaires:

1. L'objectif de l'article 198 est de faciliter la préservation de la capacité d'une partie à obtenir des preuves pertinentes pour les questions matérielles faisant l'objet de la procédure. La conservation des preuves peut être un facteur critique tant en ce qui concerne la capacité d'une partie (généralement le demandeur) à prouver sa cause, que la capacité des tribunaux à établir les faits avec précision et à trancher les litiges de manière équitable. Elle peut être nécessaire pour diverses raisons, par exemple pour protéger les preuves de la disparition, de leur altération, de leur endommagement, de leur destruction ou de leur dissimulation. Elle peut également être nécessaire lorsqu'il est peu probable qu'un témoin soit disponible lors du procès, c'est-à-dire en raison d'un mauvais état de santé ou de la probabilité qu'il ne se trouve pas dans le pays au moment pertinent.

2. Bien que tous les pays européens ne considèrent pas la conservation des preuves comme une forme de mesure provisoire, l'existence de mesures similaires qui servent le même objectif et la même fonction et qui visent à préserver l'intégrité du processus juridique est courante. La conservation des preuves est également reconnue, par exemple, comme une forme de mesure provisoire (ou intérimaire) à l'article 17 de la Loi type de la CNUDCI et à l'article 7 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

3. Le présent article souligne le fait que la conservation des preuves peut prendre diverses formes et que les tribunaux devraient être prêts à accorder la forme d'ordonnance la plus appropriée pour toute demande particulière. Ce faisant, conformément au principe de proportionnalité (article 185), ils doivent utiliser la forme d'ordonnance qui permettra d'atteindre son objectif de la manière la moins invasive possible pour le défendeur.

4. Comme c'est généralement le cas pour les mesures provisoires et conservatoires, les ordonnances de conservation des preuves peuvent, le cas échéant, être prononcées en l'absence de partie adverse (voir l'article 186). Elles peuvent également être ordonnées avant que le demandeur n'ait engagé une procédure concernant le litige entre les parties, auquel cas une ordonnance en vertu de l'article 188 et de l'article 21(1) devrait normalement être rendue par le tribunal lorsqu'il accorde une ordonnance de conservation des preuves.

5. Les règles relatives aux preuves et à l'accès aux informations de la Partie VII s'appliquent également en conséquence.

Article 199. Conditions de délivrance d'une mesure de conservation de preuves

La partie sollicitant une injonction de conservation de preuve doit démontrer:

- a) **qu'il existe un risque réel qu'en l'absence d'injonction, les preuves ne soient pas accessibles pour trancher l'affaire sur le fond; et**
- b) **si la mesure nécessite l'accès à la propriété d'une partie ou d'un tiers, que le requérant a des éléments manifestement solides au soutien de sa demande ou de la demande qu'il envisage de former.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 8 et 16.

Commentaires:

1. Une ordonnance de conservation peut être rendue avant le début de la procédure, c'est-à-dire lorsque les preuves risquent de disparaître, d'être détruites ou de ne pas être disponibles lors du procès en raison, par exemple, du départ imminent d'un témoin de la juridiction (voir l'article 188).

2. Lorsqu'il est nécessaire, vu les circonstances, de prononcer une ordonnance de conservation de manière urgente ou lorsque le secret est requis afin de garantir que l'ordonnance ne puisse être compromise avant d'avoir été accordée, si elle est accordée, elle peut l'être en l'absence de partie adverse. Des exemples de mesures qui pourraient être prises pour compromettre une telle ordonnance avant qu'elle ne soit accordée sont: agir pour cacher ou détruire des preuves, pour les soustraire à la juridiction. Une fois qu'une ordonnance en l'absence de partie adverse a été accordée, l'article 186 s'applique ²¹¹.

3. L'accès à la propriété d'un défendeur, partie ou tiers, et donc en cas d'ingérence sur ses droits de propriété, c'est-à-dire les locaux commerciaux, les terrains, etc. afin de préserver les preuves est une mesure importante à prendre. Par conséquent, lorsque cela est nécessaire, les conditions auxquelles le demandeur doit satisfaire devant le tribunal sont plus rigides que celles exigées pour d'autres mesures provisoires ou conservatoires. Cette norme renforcée exige du tribunal qu'il examine soigneusement le bien-fondé de la demande au fond du demandeur. À ce titre, le juge doit être convaincu que le demandeur a de bonnes raisons de penser que la procédure au fond ou la procédure proposée est fondée.

D. Paiement provisionnel

Article 200. Mesures de paiement provisionnel

Le juge peut octroyer au demandeur une provision totale ou partielle sur le paiement d'une créance de somme d'argent en vue de faire droit à la demande de la procédure principale en anticipation du résultat attendu.

Commentaires:

1. Les injonctions de paiement provisionnel ne sont pas communes à tous les systèmes juridiques, bien qu'elles existent dans environ la moitié des États membres de l'Union européenne ²¹². Elles ne sont pas des injonctions de payer telles qu'elles existent dans les règles de procédure nationales et dans le droit communautaire (voir le Règlement PEP), et doivent donc être distinguées. Les injonctions de

²¹¹ Voir, par exemple, l'article 7 de la Directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle.

²¹² Voir également le Rapport Storme, article 10.1.2. et 10.1.3.

payer, à la différence des mesures de paiement provisionnel, sont des injonctions définitives rendues dans le cadre de procédures en référé spécifiques, généralement unilatérales, relatives à des créances incontestées et sont exclues du champ d'application des présentes Règles (voir le Préambule VII.3 pour les procédures relatives aux injonctions de payer). Elles sont spécifiquement exclues du champ d'application de l'article 184, car les mesures provisoires ne sont que temporaires et non des ordonnances définitives. En outre, l'article 200 précise que les paiements provisoires ne doivent être effectués qu'en prévision de la décision finale de la procédure principale et ne peuvent donc pas être considérés comme des ordonnances définitives.

2. Les ordonnances de paiement provisionnel peuvent être considérées comme une mesure visant à prévenir tout nouveau préjudice au sens de l'article 184(1)(d). Elles sont destinées à satisfaire partiellement ou totalement la ou les demandes formulées par un demandeur, à titre provisoire, en anticipation du résultat attendu dans le jugement qui statue définitivement sur la procédure. La durée souvent longue des procédures et l'absence d'autres procédures sur mesure pour protéger les droits du demandeur dans une décision finale anticipée, y compris dans une procédure d'injonction de payer, peuvent mettre en péril la situation financière des entreprises ou des particuliers.

3. Les injonctions de paiement provisionnel sont provisoires en ce sens qu'il existe une obligation de rembourser le montant si la procédure, qui doit être engagée conformément à l'article 188, n'aboutit pas.

4. Dans les systèmes où les injonctions de paiement provisionnel sont autorisées en tant que mesure provisoire, l'octroi d'une telle ordonnance est souvent soumis à des exigences plus strictes que celles requises pour d'autres types de mesures provisoires et conservatoires, par exemple, le défendeur a reconnu sa responsabilité, un jugement sur la responsabilité a été obtenu par un demandeur mais la question des dommages et intérêts restant à déterminer ²¹³ (voir l'article 201, pour les conditions applicables à l'octroi d'une telle ordonnance en vertu de l'article 200).

5. Le présent article n'a pas pour objet de suggérer que les injonctions de paiement provisionnel doivent être introduites dans les règles de procédure nationales. Il vise à fournir des critères modèles pour ce type de mesures, si elles sont disponibles, en tenant compte des intérêts des demandeurs et des défendeurs.

Article 201. Conditions d'octroi d'une provision

- 1) La partie sollicitant une décision en application de l'article 200 doit établir:**
 - a) que le défendeur a reconnu son obligation dans la procédure sur le fond de payer une somme d'argent au requérant, ou bien qu'un jugement en ce sens a été obtenu par celui-ci, ou encore qu'il est vraisemblable que le requérant obtiendra au moins le montant demandé sur le fond; et**
 - b) qu'un paiement de la part du défendeur est requis de façon urgente.**
- 2) Lorsqu'il examine la demande de provision, le juge tient compte de toutes les circonstances, y compris des conséquences excessives éventuelles ou réelles que représenterait pour le requérant ou le défendeur l'octroi ou le refus d'accorder la provision.**
- 3) La provision ne peut être accordée sans que le défendeur ait été entendu ou appelé.**

²¹³ Voir, par exemple, l'article 25.7 des RPC anglaises.

4) Si le jugement rendu à l'issue de la procédure principale accorde un montant inférieur à la provision versée, la différence doit être remboursée.

5) En principe, l'octroi d'une provision est soumis à la constitution d'une garantie. Si la demande du requérant est manifestement bien fondée et si l'exigence d'une constitution de garantie compromettrait le but de soulager les difficultés économiques pressantes du demandeur causées au moins en partie par le retard de paiement du défendeur, le juge peut accorder une provision sans constitution de garantie ou avec une garantie réduite.

Commentaires:

1. Deux conditions doivent être remplies avant qu'une mesure de paiement provisionnel ne soit octroyée en vertu de l'article 200. Premièrement, le défendeur doit avoir reconnu son obligation de payer, un jugement en ce sens à l'encontre du défendeur a été rendu, ou il est vraisemblable que le requérant aura gain de cause au fond lors du procès. Deuxièmement, le requérant peut établir que le paiement de la part du défendeur est requis de façon urgente. Ces conditions visent à garantir, dans la mesure du possible, que l'octroi d'un paiement provisionnel en anticipation du jugement définitif est justifié.

2. La nécessité de démontrer l'urgence, dans l'article 201(1)(b), est commune aux pays européens qui autorisent les paiements provisionnels. En examinant cette condition, le juge peut tenir compte du temps qu'il faudrait pour obtenir un jugement définitif, des besoins financiers du requérant et du fait que le demandeur a fait des efforts sérieux et rapides pour obtenir autrement le paiement de la part du défendeur.

3. L'article 201(2) exige que le juge prenne en compte les intérêts du requérant et du défendeur pour décider de l'octroi ou du refus d'accorder la provision. Cette prise en compte doit également être lue conjointement avec l'article 185 sur la proportionnalité.

4. L'article 201(3) prévoit une exception à l'article 186. Si d'autres mesures provisoires et conservatoires peuvent devoir être accordées en l'absence de partie adverse en raison de l'urgence ou de la nécessité de secret, ces circonstances ne s'appliquent pas aux paiements provisionnels. En raison du lien étroit entre ces mesures et la procédure au fond, et compte tenu du caractère anticipatif de cette mesure, le défendeur doit être averti des demandes au titre de l'article 201 pour lui permettre d'être entendu.

5. Afin de protéger les intérêts du défendeur, l'article 201(4) exige que le trop-perçu soit remboursé par le demandeur. Ceci est conforme à l'article 190 sur la responsabilité, mais s'étend à la situation où une partie du paiement provisionnel accordée est finalement accordée dans un jugement définitif.

6. Alors que l'article 187(2) prévoit que l'octroi d'une mesure provisoire ou conservatoire peut être subordonné à la constitution d'une garantie par le demandeur, l'article 201(5) prévoit qu'une mesure de paiement provisoire sera en principe soumise à la constitution d'une garantie. Cela permet de se prémunir contre tout risque en cas de nécessité de remboursement. Toutefois, dans les cas où un défendeur a reconnu sa responsabilité, une telle garantie peut ne pas être appropriée. Cette règle est incompatible avec l'arrêt Van Uden contre Deco-Line²¹⁴, dans lequel la Cour de justice européenne a exigé, dans le cadre de la compétence internationale, en faveur d'un tribunal non compétent au fond, que "le remboursement au défendeur de la somme allouée soit garanti si le demandeur n'obtient pas gain de cause au fond de sa demande".

²¹⁴ Arrêt du 17 novembre 1998, Van Uden Maritime / Kommandit-gesellschaft in Firma Deco-Line et autres (C-391/95, Rec. 1998 p. I-7091) ECLI:EU:C:1998:543.

SECTION 3 – Situations transnationales

Article 202. Compétence internationale

- 1) Dans le champ d'application des règlements de l'Union européenne ou des conventions internationales, la compétence internationale d'une juridiction en matière de mesures provisoires et conservatoires est régie par ces règlements et conventions.**
- 2) En toute circonstance, la juridiction compétente sur le fond du litige a compétence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires.**
- 3) Sans préjudice des règles de l'Union européenne et des conventions internationales applicables, une autre juridiction peut prononcer les mesures provisoires et conservatoires nécessaires en vue de protéger des intérêts situés sur son territoire ou dont l'objet a un lien réel avec son territoire, ou qui sont nécessaires en vue de soutenir une procédure principale engagée dans un autre État.**

Source:

Principe ALI/UNIDROIT 2.3.

Commentaires:

1. L'article 202(1) concerne principalement les règles existantes en matière de compétence internationale. Au sein de l'UE, de nombreux cas relèveront du champ d'application du Règlement Bruxelles Ibis (voir articles 1, 4 et 6 du Règlement Bruxelles Ibis). Conformément à l'article 35 de ce Règlement, tel qu'interprété par la Cour de justice européenne et notamment l'arrêt Van Uden contre Deco-Line (affaire C-391/95), une juridiction compétente pour connaître du fond peut également accorder des mesures provisoires et conservatoires. Lorsqu'une juridiction n'est pas compétente pour la procédure au fond, un lien de rattachement réel doit exister entre l'objet de la mesure et le territoire de cette juridiction.

2. L'exigence générale du "lien réel avec son territoire" doit être comprise comme étant le lieu où se trouvent ou se trouveront les actifs du défendeur (par exemple, les dettes de tiers envers le défendeur). Les autres règles de l'UE sur la compétence internationale et les mesures provisoires comprennent l'article 6 du Règlement OESC et l'article 20 du Règlement Bruxelles Ibis.

3. En ce qui concerne les paiements provisionnels, la Cour de justice européenne exige que, premièrement, le remboursement au défendeur de la somme accordée soit garanti si le demandeur n'a pas gain de cause au fond et, deuxièmement, la mesure demandée ne concerne que des biens spécifiques du défendeur qui sont ou seront situés dans le ressort territorial de la juridiction saisie. Alors que le premier point peut être considéré principalement comme un aspect inhérent à la nature d'une mesure provisoire, le second peut être considéré comme une règle de compétence.

4. L'article 202(2) énonce la règle commune aux régimes de compétence internationale, y compris les règles de l'Union européenne, selon laquelle la juridiction compétente sur le fond du litige peut également prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Il n'est pas nécessaire que ces procédures sur le fond aient déjà été engagées, comme le montre l'article 188. La juridiction compétente pour la procédure au fond est le forum "naturel" pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Cet article fait également (implicitement) partie du Principe 2.3 ALI/UNIDROIT et du Principe 16 des Principes de Helsinki.

5. Conformément aux régimes de compétence internationale, y compris les règles de l'Union européenne, un tribunal peut être compétent pour accorder une mesure provisoire et conservatoire lorsqu'il n'est pas compétent pour connaître le fond du litige. Cette règle est notamment énoncée à

l'article 35 du Règlement Bruxelles Ibis. Elle est également incluse dans le Principe 2.3 ALI/UNIDROIT et dans le Principe 17 des Principes de Helsinki. Toutefois, un tribunal ne sera compétent dans ces circonstances que lorsque des intérêts locaux ont besoin d'être protégés (par exemple, des preuves, des actifs ou des biens périssables sont situés dans cette juridiction), lorsqu'il existe un autre lien étroit entre les mesures demandées et cette juridiction (par exemple, une injonction restrictive relative à des actes se déroulant dans cette juridiction), ou lorsque les mesures sont nécessaires pour soutenir une procédure principale engagée dans un autre Etat. Il appartient au demandeur de démontrer l'existence de l'une de ces situations.

6. Il existe actuellement peu de conventions internationales en matière de compétence internationale, mais des conventions spéciales ou bilatérales peuvent inclure des règles pertinentes qui entreraient dans le champ d'application de cet article. Conformément à l'article 7 de la Convention HCCH Élection de for de 2005, celle-ci ne régit pas les mesures provisoires et conservatoires.

Article 203. Reconnaissance et exécution

1) Dans le champ d'application des règlements de l'Union européenne ou des conventions internationales, la reconnaissance et l'exécution de mesures provisoires et conservatoires dans d'autres États membres ou contractants sont régies par lesdits règlements ou conventions.

2) En l'absence d'applicabilité d'un règlement de l'Union européenne ou d'une convention internationale, les mesures provisoires et conservatoires sont reconnues et exécutées selon le droit national.

3) Sur requête des parties, les juridictions tiennent compte des mesures provisoires et conservatoires prononcées dans un autre État et, le cas échéant, coopèrent dans le respect des présentes Règles afin de veiller à l'effectivité de ces mesures.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 30 et 31.

Commentaires:

1. Le présent article a pour objectif la cohérence avec l'article 202(1). En conséquence, il fait référence aux systèmes existants de reconnaissance et d'exécution des décisions, y compris des mesures provisoires et conservatoires. Il convient de se référer en particulier à l'article 2(a) du Règlement Bruxelles Ibis, selon lequel les mesures provisoires et conservatoires sont reconnues et exécutées conformément à ses dispositions lorsque: (i) la mesure a été ordonnée par un tribunal compétent au fond; et (ii) la mesure a été signifiée ou notifiée au défendeur avant l'exécution.

2. Des conventions spéciales et des conventions bilatérales peuvent comprendre des dispositions pertinentes pour la reconnaissance et l'exécution des mesures provisoires et conservatoires. Par exemple, l'article 31(3) de la Convention CMR ²¹⁵ est généralement considéré comme couvrant l'exécution des mesures provisoires. Les mesures provisoires et conservatoires sont cependant généralement exclues des Conventions HCCH; voir l'article 7 de la Convention HCCH Élection de for de 2005, l'article 3(1)(b) de la Convention HCCH Jugements de 2019 et l'article 1(3) de la Convention HCCH Preuves de 1970.

3. En dehors du champ d'application des règlements de l'Union européenne et des conventions internationales, ce sont les règles nationales qui s'appliquent (article 203(1)). Les règles nationales

²¹⁵ Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) (Genève 1956).

peuvent également être pertinentes lorsqu'une convention internationale s'applique dans des systèmes doubles, comme dans les pays scandinaves, ou pour mettre en œuvre des règles spécifiques de la convention qui sont laissées au droit national. Le droit national diverge quant à la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en général. En ce qui concerne l'exécution des mesures provisoires, l'exigence du caractère définitif des décisions peut limiter ou empêcher l'exécution, comme c'est le cas par exemple en Angleterre, en Italie et dans de nombreux autres pays.

4. En outre, les exceptions générales incluses dans les régimes internationaux et nationaux de reconnaissance et d'exécution s'appliquent, notamment l'exception d'ordre public et le droit à un procès équitable. Les exigences procédurales incluses dans les présentes Règles visent à fournir des orientations sur ces questions.

5. En ce qui concerne l'article 203(1) et (2), la juridiction est, au minimum, tenue de tenir compte des mesures provisoires et conservatoires accordées dans un autre État en conséquence de, et pour favoriser la coopération judiciaire internationale. Cela peut nécessiter la reconnaissance de ces mesures (article 203(2)). Le cas échéant, les tribunaux devraient également coopérer afin de veiller à l'effectivité des mesures provisoires et conservatoires ordonnées dans d'autres États. Il convient de noter que l'article 203(2) est conforme aux Principes 30 et 31 ALI/UNIDROIT et aux Principes 18-20 des Principes d'Helsinki.

PARTIE XI – ACTIONS COLLECTIVES

Introduction

1. Cette Partie présente des mécanismes pour les instances en réparation collective. Elle adopte une approche large et non sectorielle, conforme à celle de nombreux systèmes juridiques européens et reflétant l'approche de la Commission européenne en 2013 ²¹⁶. Elle reste globalement cohérente avec la ligne suivie par l'Union européenne en 2013 et 2018 ²¹⁷. Cette Partie est divisée en quatre sections, dont chacune traite de différentes formes d'instances: la première concerne les injonctions dans un intérêt collectif (articles 204-206); la seconde concerne les actions de groupe en réparation et les jugements déclaratoires (articles 207-220, 221-228); la troisième fournit un mécanisme permettant de déclarer obligatoire un accord amiable conclu par les parties en cours de procédure (articles 221 à 226); et la dernière traite d'un mécanisme d'accord amiable en dehors d'une procédure d'action de groupe (articles 229-232).

2. À la différence de la Recommandation 2013/396 de l'Union européenne et de sa Proposition de 2018, cette Partie ne considère pas qu'une action de groupe soit nécessaire pour prononcer une injonction dans un intérêt collectif. En effet, l'injonction rendue sur l'action même intentée par un seul demandeur agissant uniquement en son nom propre aura pour conséquence que le défendeur devra cesser tout fait illicite, et ce dans un intérêt collectif et non pas au seul bénéfice du demandeur. Afin de garantir l'effectivité de ce mécanisme, la qualité pour agir est nécessaire, mais suffisante (voir la Section 1 de la Partie XI).

²¹⁶ Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violations de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE).

²¹⁷ Recommandation 2013/396/UE; et la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs et abrogeant la directive 2009/22/CE (la Proposition 2018).

3. En règle générale, les actions de groupe en réparation devraient être soumises au régime de l'inclusion, à moins que le juge ne décide que le régime du retrait serait plus approprié en l'espèce (article 215). Cela permettra de traiter différemment les actions concernant des réclamations individuelles de montants moyens ou élevés et celles portant sur des dommages individuels faibles, peu susceptibles de susciter une participation active au litige de la part des membres du groupe (on parle d'"apathie rationnelle"). L'approche retenue ici permettra d'opter pour le régime du retrait s'agissant par exemple d'une action de groupe fondée sur le moyen du *account of profits* à l'encontre d'un demandeur qui a réalisé des gains de façon illicite, qui sera le moyen le plus efficace pour assurer l'indemnisation individuelle des victimes. En même temps, cette approche comporte le risque que des bénéficiaires ne réclament pas l'indemnisation lorsque celle-ci est de faible valeur. Dans de tels cas, les Règles permettent au juge, le cas échéant, d'accepter des solutions équivalentes dans les accords amiables de règlement, à condition toutefois que celles-ci soient fondées sur le droit matériel, cette question dépassant le champ d'application des présentes Règles. Les parties sont libres de convenir dans l'accord amiable de toute modalité de distribution du fonds d'indemnisation à condition qu'elle soit équitable et appropriée, et approuvée par le juge (articles 224 et 232).

4. Les Règles adoptent des critères larges pour la reconnaissance de la qualité pour agir, tout en fournissant des protections pour les défendeurs et les membres du groupe contre une utilisation abusive des actions de groupe en réparation. La qualité pour agir en tant que "demandeur qualifié" est reconnue aux membres individuels du groupe, aux entités spécialement constituées et aux organisations habilités par le droit national pour représenter les intérêts des membres du groupe dans un domaine particulier, par exemple les consommateurs ou les investisseurs. Les demandeurs qualifiés doivent satisfaire à certaines conditions (article 209). Afin d'éviter une "course au palais de justice", le critère de nomination par le juge du demandeur qualifié habilité à agir au nom des membres du groupe ne sera pas celui du "premier arrivé, premier servi". Avant de statuer sur la recevabilité de l'action de groupe, le juge doit permettre à tout demandeur qualifié éventuel de demander à être nommé, et le juge décidera lequel des candidats est le plus approprié pour être nommé (article 213(2) et (3)). Le juge peut également désigner plusieurs demandeurs qualifiés pour agir conjointement dans l'intérêt du groupe.

5. Des règles semblables s'appliquent à la qualité pour conclure un accord amiable en dehors d'une action de groupe en réparation et pour demander l'homologation rendant l'accord contraignant, de sorte que l'article 208(a) et (b) est applicable. Comme il est peu probable qu'une entité potentiellement responsable d'un dommage collectif négocie un accord amiable avec un seul membre individuel du groupe, cette possibilité n'a pas été incluse dans l'article 229. Dans la pratique, seules les entités ou organisations qui peuvent prétendre représenter un grand nombre de membres du groupe auront la possibilité de négocier un accord amiable.

6. La conduite efficace des instances en réparation collective exige que le juge dispose de solides pouvoirs de mise en état et puisse tenir compte des particularités de chaque affaire. Outre les règles générales concernant les mesures de mise en l'état des articles 49, 50 et 62, la présente Partie fournit des règles particulières pour la situation des demandes complexes d'actions de groupe en réparation.

SECTION 1 – Injonctions dans un intérêt collectif

Article 204. Champ d'application.

1) Les dispositions de la présente section s'appliquent à la décision par laquelle le juge, dans un intérêt collectif, enjoint à toute personne de cesser tout fait illicite.

2) Une injonction dans un intérêt collectif ne peut prendre la forme d'une mesure provisoire au sens de la Partie X des présentes Règles.

Commentaires:

1. Les injonctions d'intérêt collectif ou les ordonnances de cessation et d'abstention peuvent être des décisions provisoires ou définitives de l'instance. Par exemple, le droit de la consommation, le droit de la responsabilité extracontractuelle ou le droit de la concurrence d'un certain nombre de systèmes juridiques européens prévoient que de telles décisions doivent être définitives afin de mettre fin à des violations persistantes de la loi ²¹⁸. Du fait qu'elles concernent des intérêts collectifs, elles ne relèvent pas de la Partie X, c'est-à-dire qu'elles n'entrent pas dans le champ d'application des règles générales relatives aux mesures provisoires. Elles sont traitées au début de cette Partie des Règles: contrairement aux actions de groupe en réparation qui visent à apporter une justice corrective pour les parties représentées devant la juridiction, les injonctions dans un intérêt collectif visent à profiter à l'ensemble de la société: elles servent à mettre fin à un comportement contraire à l'intérêt public en général, par exemple dans le domaine de la protection des consommateurs ou celui de la concurrence.

2. Les injonctions dans un intérêt collectif peuvent également être rendues à titre de mesures provisoires. Elles peuvent être sollicitées par des individus, par exemple dans des cas de préjudice corporel ou pour obtenir réparation du fait d'une clause contractuelle abusive dans un contrat déterminé entre le demandeur et le défendeur. Elles peuvent également être engagées dans un intérêt collectif par exemple à l'encontre d'entreprises qui contractent sur la base de clauses types abusives, ou commettent des violations réitérées du droit de la concurrence. Dans ce dernier type de cas, une ordonnance de cesser et de s'abstenir peut être accordée à titre de mesure provisoire (article 205). Lorsqu'elles sont engagées dans un intérêt collectif, ces actions sont généralement intentées par des associations de consommateurs ou des entités d'intérêt public similaires habilitées à intenter de telles actions en vertu du droit national. Lorsqu'une action formée par une telle entité donne lieu à une injonction et que le défendeur s'y conforme, l'action profite tant au plan individuel qu'à la société dans son ensemble. En conséquence, ces ordonnances, en fait sinon en droit, ont une application *erga omnes*.

3. Cet article et l'article 205 complètent les règles générales relatives aux parties de la Partie II ainsi que les règles générales concernant les mesures provisoires de la Partie X; ils ne traitent par conséquent que de la portée, de la valeur juridique et de l'effet contraignant de ces injonctions.

Article 205. Qualité pour demander une injonction dans un intérêt collectif

1) Toute entité autorisée, en vertu du droit national, à exercer une action dans un intérêt collectif peut solliciter une injonction du juge en vue de la cessation d'un fait illicite.

2) Le cas échéant, le juge peut ordonner des mesures complémentaires telles que la publication de la décision afin de mettre fin aux effets persistants du manquement.

Commentaires:

1. Le fondement juridique des injonctions dans un intérêt collectif est une question controversée. Le droit de solliciter de telles injonctions ne devrait pas, en raison de leur nature, être limité aux particuliers, mais devrait inclure des entités agissant au nom du public ou d'un intérêt collectif.

2. Dans l'Union européenne, la Directive sur les actions en cessation de 2009 exige que les entités qui ont la capacité pour agir dans un État membre se voient accorder le même droit dans d'autres États membres. Cependant, les fondements conceptuels de la qualité pour intenter l'action en cessation

²¹⁸ Voir par exemple, le Code de la consommation (CC) français, articles L-621-7 et suivants; voir aussi la Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (version codifiée) (Directive sur les actions en cessation).

varient entre les États membres: pour certains, comme la France, la capacité d'entités particulières d'intenter une action en cessation relève de la question procédurale de la recevabilité, tandis que dans d'autres États, comme l'Allemagne et l'Autriche, la loi de mise en œuvre de la Directive a adopté un concept de droit matériel, limitant le droit d'intenter l'action aux seules associations de consommateurs et autres entités énumérées dans des règles spéciales.

3. Indépendamment de l'approche suivie par les États membres de l'Union européenne, de par la nature de ces actions, leurs effets sont cependant semblables. En conséquence, l'article 205 ne choisit pas entre les deux approches, mais laisse au droit national le soin de déterminer comment autoriser les entités à solliciter de telles injonctions.

Article 206. Effet de l'injonction dans un intérêt collectif

L'injonction dans un intérêt collectif s'impose au défendeur dans toute procédure ultérieure.

Commentaires:

Sans préjudice des règles en matière de litispendance et de chose jugée, il est approprié que les particuliers qui ont pu bénéficier d'une injonction dans un intérêt collectif puissent se prévaloir dans des procédures ultérieures d'une décision établissant que le défendeur avait violé la loi.

SECTION 2 – Action de groupe en réparation

A. Dispositions générales

Article 207. Définition

Une action de groupe en réparation est une action exercée par un demandeur qualifié en lieu et place d'un groupe de personnes, identifiées comme les membres du groupe, victimes d'un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature. Ces personnes ne sont pas parties à la procédure.

Commentaires:

1. L'article 207 établit la règle de base pour les actions collectives en réparation (les "actions de groupe en réparation"), à savoir que les membres du groupe, quoique n'étant pas et ne pouvant devenir parties à la procédure, sont liées par le jugement ou par l'accord amiable.

2. L'expression "dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature" n'est pas limitée à des domaines particuliers du droit et peut résulter de tout événement causant un préjudice à deux personnes au moins. Si ce nombre peut sembler bas, c'est celui retenu par l'Union européenne et un certain nombre de systèmes juridiques européens. Cela permet au juge de déterminer au cas par cas si l'action de groupe en réparation est le mécanisme le plus efficace pour garantir l'accès à la justice des membres du groupe et des défendeurs ²¹⁹. Si un autre seuil était établi, il serait difficile de le justifier, tout autre nombre pouvant sembler arbitrairement choisi. On notera également qu'un petit nombre minimal n'implique pas qu'une action de groupe en réparation serait le mécanisme approprié par exemple pour un accident de la route impliquant trois personnes. Dans un tel cas, la jonction des

²¹⁹ Voir par exemple l'article 3(b) de la Recommandation 2013/396/UE; l'article 3(3) de la Proposition de 2018.

actions sera probablement plus appropriée. Il reviendra au juge d'apprécier si, dans un cas particulier, face à une ou plusieurs demandes, l'action de groupe en réparation est la procédure la plus appropriée (voir l'article 212). Le juge devra également tenir compte du nombre maximal de membres du groupe admis dans le cadre de l'action de groupe en réparation ²²⁰.

3. Les actions collectives traitées dans cette Partie sont exclusivement celles qui sont exercées par, ou en lieu et place des demandeurs. Il s'agit de la même approche que celle adoptée par l'Union européenne dans la Recommandation 2013/396 et la Proposition de 2018. Ce choix, qui n'est pas repris dans tous les systèmes juridiques européens, a une justification pratique: en général, un groupe de défendeurs n'a pas besoin d'être représenté par un défendeur collectif. Dans de rares cas, tels que les affaires de violation du droit d'auteur où de nombreux défendeurs sont poursuivis en même temps, leur nombre ne nécessitera normalement pas de règles de procédure particulières allant au-delà des règles en matière de jonction d'instances (voir les articles 36 à 38).

4. L'expression "demandeur qualifié" a été choisie afin d'éviter "représentant". Les Règles n'utilisent pas non plus les termes "action représentative" dans le contexte des actions collectives bien que ce soit la terminologie utilisée dans l'Union européenne et, par exemple, dans la tradition de la *common law*. Il y a plusieurs raisons à cela: premièrement, le concept de représentation peut être confondu avec la représentation des parties qui n'ont pas la capacité pour agir (voir les articles 30 et 31), ou encore avec la représentation des parties par un avocat. Deuxièmement, elle évite une autre confusion possible tenant à l'expression "action en représentation", laquelle, dans certains systèmes juridiques européens, comme la France ou l'Italie, a une signification particulière, les personnes représentées étant parties à la procédure. Les actions collectives dans les présentes Règles reposent sur l'idée centrale qu'il n'y a qu'une seule partie, ou un nombre limité de parties, comme demandeurs, afin de réduire la complexité du litige et de permettre au juge d'instruire la procédure plus efficacement.

5. Dans les présentes Règles, le demandeur qualifié représente les intérêts collectifs de tous les membres du groupe, mais il ne les représente pas à proprement parler ²²¹.

Article 208. Demandeurs qualifiés pour exercer l'action de groupe en réparation.

A qualité pour exercer l'action de groupe en réparation:

- a) toute organisation habilitée à cette fin en vertu du droit national et dont l'objet a un lien direct avec le fait dommageable;**
- b) toute entité formée à seule fin d'obtenir réparation du dommage causé aux membres du groupe remplissant les conditions prévues à l'article 209; ou**
- c) tout membre du groupe qui remplit les conditions prévues à l'article 209(a) à (c).**

Commentaires:

1. L'approche générale de la qualité pour agir de l'article 208 reflète celle adoptée dans un certain nombre de systèmes juridiques européens et par l'Union européenne en 2013. Trois catégories d'entités pourraient être autorisées à être des demandeurs qualifiés: les organisations constituées de longue date représentant les intérêts des consommateurs, des investisseurs ou d'autres victimes potentielles (article 208(a)); des entités privées spécialement créées pour représenter les victimes d'un fait

²²⁰ Dans l'affaire anglaise de droit de la concurrence *Walter Merricks v MasterCard* [2017] CAT 27 le groupe était composé d'environ 46,2 millions de personnes.

²²¹ Article 3(3) de la Proposition de 2018.

dommageable particulier (article 208(b)); et des personnes physiques qui sont elles-mêmes membres du groupe de victimes (article 208(c)). En vertu de l'article 208, ces trois catégories de demandeurs qualifiés potentiels ont la qualité pour former une action de groupe en réparation.

2. L'article 208(a) comprend des instances publiques de régulation ou les organismes publics autorisés en vertu du droit national à engager de telles actions. Comme les règles relatives à la qualité pour agir se trouvent souvent non pas dans les codes de procédure civile mais dans d'autres sources, aucune précision ultérieure n'est nécessaire ici. Certains systèmes juridiques européens, ainsi que l'article 4 de la Proposition de 2018 de l'Union européenne, ont adopté une approche différente, selon laquelle seules ont qualité pour agir certaines entités préexistantes comme les associations de consommateurs ou le médiateur public. Une telle approche est appropriée pour les actions collectives qui ont un champ d'application matériel limité ou sectoriel, comme les actions de consommateurs et les actions d'associations représentatives ou d'organismes d'intérêt public qui existent depuis des décennies et sont considérés comme étant habilités à intenter de telles actions (par exemple, les associations de consommateurs). Étant donné que la présente Partie ne limite pas les actions de groupe en réparation à des secteurs ou types de réclamations spécifiques, il n'existe probablement pas un éventail suffisant d'organisations remplissant ces critères pour justifier une approche aussi restrictive. C'est pour cette raison que l'article 208(b) reconnaît également la qualité pour agir aux organismes spécialement constitués qui satisfont aux conditions de l'article 209. Le terme général "entité" a été choisi afin de préciser que la personnalité juridique n'est pas requise.

3. Il peut être difficile de créer une entité aux fins de l'action dans certains systèmes juridiques européens. Il apparaît donc nécessaire de permettre à des personnes physiques d'agir en qualité de demandeurs qualifiés. Afin d'éviter les litiges suscités par les avocats, l'article 209(d) interdit aux avocats d'être demandeurs qualifiés dans les actions de groupe en réparation. Cette exception ne s'applique pas lorsqu'un avocat ou toute personne exerçant une profession juridique est victime d'un préjudice collectif et membre du groupe. C'est pourquoi l'article 208(c) fait référence à l'article 209(a) - (c) et non à l'alinéa (d).

Article 209. Exigences concernant le demandeur qualifié

Seule a qualité pour agir la personne ou l'entité remplissant les conditions suivantes:

- a) absence de conflit d'intérêts avec un membre du groupe;**
- b) aptitude suffisante à mettre en œuvre l'action de groupe en réparation. Pour apprécier si cette condition est remplie, le juge tient compte des moyens, notamment financiers et humains, du demandeur. Le cas échéant, le juge peut exiger une garantie pour frais du procès conformément à l'article 243;**
- c) être représentée en justice par un avocat; et**
- d) ne pas être avocat ni exercer aucune autre profession juridique.**

Commentaires:

1. En raison des risques d'abus dans l'exercice des actions de groupe en réparation, les présentes Règles adoptent l'approche généralement acceptée dans les systèmes juridiques européens et dans l'Union européenne soumettant la qualité de demandeur qualifié à certains critères²²². Afin de protéger les intérêts des membres du groupe et des défendeurs dans de telles actions, l'article 209 exige donc

²²² Voir par exemple les considérants 13, 15, 21 de la Recommandation 2013/396/UE et le considérant 4 de la Proposition de 2018.

que les personnes physiques et les personnes morales remplissent certaines conditions pour se voir reconnaître la qualité juridique pour engager une action de groupe en réparation.

2. Toutefois, l'article 209 n'exige pas qu'un demandeur qualifié soit un organisme sans but lucratif pour protéger les deux intérêts. Il ne reprend pas cette approche qui est adoptée par exemple par l'Union européenne dans sa Proposition de 2018, car il est peu probable qu'un nombre significatif d'acteurs privés s'implique dans la défense des intérêts d'un groupe de victimes d'un même dommage si toute sorte d'incitation financière est exclue.

3. L'article 209(a) exige d'un demandeur qualifié qu'il soit exempt de conflit d'intérêts avec les membres du groupe. Cependant, de tels conflits ne seront pertinents que s'ils peuvent influencer sur la façon dont le demandeur exerce l'action de groupe en réparation ou sur toute négociation ou résolution amiable dans le cadre de cette action. Dans une affaire d'entente, par exemple, le groupe peut être composé de petites et moyennes entreprises (PME) qui ont toutes acheté des produits surfacturés aux défendeurs par suite d'une entente sur les prix. Même si les PME sont concurrentes sur le même marché, il n'y a pas nécessairement de conflit d'intérêts au sens de l'article 209(a) si l'une des PME agit en tant que demandeur qualifié. Tous les membres du groupe auront un intérêt commun. Des conflits pourraient par exemple survenir dans des cas de responsabilité du fait des produits, ou des affaires pharmaceutiques, si certains membres du groupe qui ont subi un préjudice s'apprêtent à intenter une action en réparation tandis qu'une autre partie du groupe, en vue du préjudice que ses membres pourraient subir à l'avenir, cherche seulement à obtenir un jugement déclaratoire. Dans une telle situation, il peut être nécessaire de former des sous-groupes, chacun avec son propre demandeur qualifié.

4. L'article 209(b) exige du demandeur qualifié qu'il dispose de moyens financiers suffisants pour mettre en œuvre l'action de groupe en réparation. Cette condition protège également et surtout les défendeurs, en garantissant que le demandeur qualifié sera en mesure de faire face aux frais de l'instance si le jugement lui est défavorable. Lorsque le juge doute que le demandeur qualifié dispose de moyens suffisants, l'article 209(b) lui permet d'exiger une garantie pour frais du procès.

5. Les actions de groupe en réparation peuvent entraîner des coûts élevés pour les deux parties. Compte tenu de l'application de la règle européenne du "perdant-payeur" (voir les articles 239 et 241), les défendeurs s'exposent au risque qu'un demandeur qualifié ne puisse pas faire face aux frais du procès qui lui est défavorable. Afin d'éviter de placer un montant d'accès à la justice trop élevé, la garantie pour frais du procès ne devrait pas être une exigence systématique pour ces demandeurs. Pour former sa décision sur la garantie, le juge fera la part des intérêts des parties, évaluera les moyens financiers du demandeur qualifié et pourra également prendre en compte les perspectives de l'affaire sur le fond. Lorsque, sur la base de son estimation sommaire, le juge envisage une forte probabilité de succès pour le groupe, aucune garantie ne devrait être demandée car le risque du défendeur concernant les frais du procès est faible. Il ne sera pas non plus nécessaire de protéger le(s) défendeur(s) par exemple dans une action en matière d'entente qui fait suite à la décision contraignante d'une autorité compétente établissant la réalité de la participation du ou des défendeurs à l'entente. La garantie peut, par exemple, consister en un dépôt ou une garantie bancaire. Les précisions quant à la nature de la garantie devraient être indiquées dans la décision du juge.

6. L'article 209(c) précise que, comme les actions de groupe en réparation impliquent toujours un certain niveau de complexité, la représentation par avocat devrait être obligatoire.

7. La formulation de l'article 209(c) vise non seulement à exclure les avocats, mais également les notaires, les juges, etc. Les juristes universitaires ne sont pas concernés par cette exclusion.

Article 210. Conditions relatives à la demande en réparation collective

1) La demande en réparation collective comporte toutes les informations pertinentes et disponibles concernant:

- a) l'évènement à l'origine du dommage;
- b) le groupe;
- c) le lien de causalité entre l'évènement à l'origine du dommage et le préjudice subi par les membres du groupe;
- d) la similarité entre les réclamations des membres du groupe en droit et en fait;
- e) les dommages et intérêts réclamés ou les autres formes de réparation recherchées;
- f) les moyens, en particulier financiers, dont dispose le demandeur qualifié pour conduire l'instance en réparation collective;
- g) la tentative préalable de résolution amiable à laquelle il a été procédé.

2) Avant que soit introduite l'instance en réparation collective, le juge peut, à la demande du demandeur qualifié, interdire à tout défendeur éventuel d'exercer une action concernant l'évènement à l'origine du dommage dont la réparation est demandée.

Commentaires:

1. L'article 210 exige d'un demandeur qualifié qu'il divulgue toutes les informations pertinentes dont le juge a besoin pour lui permettre de rendre un jugement de recevabilité en vertu de l'article 213.

2. L'article 210(1)(a)-(d) expose les informations essentielles qu'un demandeur qualifié devrait fournir pour permettre au juge de déterminer s'il lui est possible de rendre un jugement de recevabilité. Ces informations comprennent la description de l'évènement à l'origine du dommage sur lequel se fonde l'action de groupe en réparation et du groupe de personnes qui en aurait été affecté. Si possible, le demandeur doit indiquer les noms et adresses de tous les membres du groupe. Si le groupe est composé de personnes non identifiées, il doit donner suffisamment de détails pour décrire le groupe exactement.

3. L'article 210(1)(e) implique que le demandeur qualifié peut solliciter toute décision ou mesure du juge qui serait disponible dans le cadre d'une procédure ordinaire. Ce serait le cas des actions en dommages-intérêts, ainsi que par exemple, des actions en remboursement du prix payé, en réparation des biens achetés, en remplacement des produits défectueux, etc. En conséquence, le demandeur peut solliciter toute forme d'exécution par le défendeur. Il existe un large éventail de mesures disponibles en Europe²²³. Les instances en réparation collective peuvent également prendre la forme d'une décision déclaratoire ou d'une injonction dans un intérêt collectif. Toute combinaison de ces mesures est également possible.

4. L'article 210(1)(f) concerne le financement de l'instance en réparation collective. Seul le demandeur qualifié peut être redevable des frais d'un procès défavorable. Aussi, il est probable que l'action sera supportée sous une forme ou une autre par des fonds publics ou de tiers. Conformément aux règles générales concernant la coopération des parties et la conduite efficace de l'instance ainsi que le financement par des tiers, les présentes Règles autorisent le financement par des tiers des actions de groupe en réparation, mais elles exigent de toute partie qui bénéficie d'un tel financement qu'elle ait une conduite transparente à cet égard (voir les articles 6, 9, 49, 237 et 245). Dès lors, le demandeur qualifié doit fournir au juge et au défendeur des informations sur les financements, en particulier sur

²²³ Voir par exemple l'article 6(1) de la Proposition de 2018.

tout financement de tiers. Il s'agit de garantir que le demandeur qualifié dispose de moyens financiers suffisants pour faire face à l'action de groupe en réparation. Le cas échéant, l'information peut se limiter à faire état du financement par un tiers et de l'identité du tiers financeur, ce qui permettra au juge d'évaluer si le financeur sera en mesure de faire face à une éventuelle décision imputant les frais du procès au demandeur qualifié. Aucun détail sensible sur les conditions de financement ne doit être donné au défendeur, afin d'éviter que les défendeurs puissent utiliser ces informations pour construire leur stratégie procédurale (voir cependant l'article 237 et le commentaire 1). En l'absence des informations requises, le juge ne devrait pas autoriser un demandeur qualifié à intenter une action en réparation collective. Cette approche diffère de celle de l'Union européenne ²²⁴. En effet, les présentes Règles marquent l'importance des financements par des tiers pour que les actions de groupe en réparation soient des mécanismes procéduraux effectifs et non pas purement théoriques, l'absence de ressources financières étant une faiblesse fondamentale pour le développement et l'utilisation de ces actions. La réglementation du financement par des tiers n'entre pas dans le champ d'application des présentes Règles mais il pourrait être nécessaire que les systèmes juridiques européens y pourvoient. Si un demandeur qualifié ne dispose pas de ressources suffisantes pour faire face à une éventuelle condamnation aux dépens, le juge peut exiger de lui une garantie à cet effet (articles 209(b) et 243).

5. L'article 210(1)(g) vise à empêcher la prolifération de contentieux et l'ouverture de procédures inutiles. Il marque une application spécifique des obligations des parties avant l'ouverture de l'instance et de l'obligation de chercher à résoudre les différends de manière consensuelle (voir les articles 3 et 9). Il oblige donc tout demandeur qualifié à échanger avec les défendeurs éventuels avant l'introduction de l'instance en réparation collective et à tenter de régler le différend à l'amiable (voir également l'article 229). Les preuves de ces tentatives doivent être documentées dans la demande. Pour les délais concernant les tentatives de résolution amiable, voir l'article 212(1)(d). Cette exigence pourrait cependant augmenter le risque d'une action dite "torpille" d'un défendeur éventuel qui, ayant connaissance d'une possible action collective, introduirait une demande de jugement déclaratoire. Selon que le concept d'identité d'objet et de cause à l'article 142 est interprété de façon large ou restrictive, cette règle pourrait même encourager de telles actions torpilles. Aussi, une deuxième juridiction saisie d'une action de groupe devrait-elle sursoir à statuer. Cela pourrait avoir pour effet de retarder la décision de condamnation au paiement de dommages-intérêts avec le risque que celle-ci soit inopérante en cas d'insolvabilité du défendeur. L'article 210(2) permet donc au juge de rendre une injonction "anti-procès" (telles que les "*anti-suit injunctions*" de droit anglais) afin d'interdire au défendeur d'exercer des actions torpilles. Ce type d'injonction peut intervenir dans des contextes purement nationaux, mais il peut être particulièrement important dans les affaires transnationales où les actions torpilles engagées devant une autre juridiction européenne, y compris des États membres de l'Union européenne, peuvent retarder considérablement les actions de groupe. La possibilité de rendre des injonctions *anti-suit* dans les situations transnationales devrait en fait être résolue au regard du Règlement Bruxelles Ibis. Alors que la jurisprudence actuelle de l'Union européenne n'autorise pas les injonctions *anti-suit* dans les procédures auxquelles le Règlement s'applique, dès lors que le Règlement ne fournit pas de solution claire et que son application est limitée aux pays européens de l'Union européenne, les présentes Règles modèles peuvent aider à cet égard. Cependant, il convient de noter que la possibilité de joindre les instances (article 146) peut empêcher l'effet de torpille.

6. Pour l'article 210(1)(d), voir le commentaire 4 à l'article 212(1)(c).

²²⁴ Voir par exemple l'article 7(2) de la Proposition de 2018.

Article 211. Enregistrement de l'action de groupe en réparation

- 1) Dès réception de la demande émanant du demandeur qualifié, la juridiction inscrit celle-ci dans un registre public électronique.**
- 2) Une fois la demande enregistrée, toute autre juridiction saisie rejette pour irrecevabilité toute autre demande ayant le même objet et formée contre les mêmes défendeurs.**

Commentaires:

1. L'article 211 établit les modalités de divulgation des informations relatives aux actions de groupe en réparation. Le moyen le plus simple est l'inscription dans un registre électronique partiellement accessible au public, qui peut être consulté par tous les demandeurs potentiels qualifiés, avocats, membres du groupe, etc.

2. L'enregistrement ne vise pas seulement à fournir des informations. L'article 211(2) a pour effet d'empêcher des actions de groupe parallèles ayant le même objet. Les règles traditionnelles en matière de litispendance ne peuvent pas empêcher qu'une deuxième action de groupe soit engagée contre le même défendeur par un autre demandeur qualifié, car les parties aux instances seront différentes. Dans les petits pays européens, il est possible qu'une juridiction ait compétence exclusive pour statuer sur les actions de groupe, mais ce n'est pas le cas d'autres pays où il est nécessaire qu'une règle fasse obstacle aux actions parallèles introduites devant une autre juridiction du même pays. Lorsque les demandes ont le même objet et la même cause, et impliquent les mêmes parties, l'article 142(1) donne la priorité à la demande introduite en premier lieu. Si le demandeur qualifié n'est pas le même dans la deuxième action de groupe, l'article 142 ne s'appliquera pas, et étant donné que l'article 144 qui traite des demandes connexes n'exige pas que les parties concernées soient les mêmes, une suspension de la deuxième procédure ne sera pas obligatoire. Pour protéger les défendeurs dans les actions de groupe, l'article 211(2) interdit toute autre demande ayant le même objet et formée contre les mêmes défendeurs. Un contre-argument évident serait qu'une telle règle encourage une "course au palais de justice" par des demandeurs qualifiés. Cela n'est cependant pas applicable dans le contexte des présentes Règles. Tout demandeur qualifié qui entend poursuivre une action de groupe en réparation doit respecter la procédure prévue à l'article 213(2) et (3), qui n'est pas fondée sur une règle de priorité. En outre, les demandeurs qualifiés doivent tenter de régler le différend à l'amiable avant d'intenter une action de groupe (voir l'article 210(1)(g)).

3. Le registre à établir en vertu de l'article 211 peut être la même plate-forme électronique que celle prévue à l'article 220. Certaines sections peuvent être accessibles au public et d'autres réservées aux parties et aux membres du groupe. On pourrait aussi établir un registre électronique au niveau européen qui serait utilisé pour enregistrer les actions de groupe en réparation intentées devant toutes les juridictions des pays européens ou de l'Union européenne.

B. Recevabilité de l'action de groupe

Article 212. Conditions de recevabilité

- 1) Le juge déclare recevable l'action de groupe si:**
 - a) elle permet de résoudre le litige plus efficacement que la jonction des actions individuelles des membres du groupe;**
 - b) toutes les demandes formées dans le cadre de l'action de groupe découlent du même événement ou d'une série d'événements connexes ayant causé le même type de dommage aux membres du groupe;**
 - c) les demandes de réparation sont similaires en fait et endroit; et,**

d) excepté en cas d'urgence, le demandeur qualifié a laissé au défendeur un délai d'au moins trois mois pour se prononcer sur une proposition d'accord amiable;

2) Saisi d'une demande en ce sens, le juge peut décider qu'une action individuelle ayant le même objet se poursuive sous la forme d'une action de groupe.

Commentaires:

1. Saisi d'une demande en ce sens, le juge doit déterminer si la procédure est recevable en tant qu'action de groupe. Une telle décision de recevabilité en vertu de l'article 212 peut faire l'objet d'un appel.

2. Les articles 210 et 212 établissent des conditions relativement à la recevabilité de l'action. Examinant le nombre de membres du groupe, il évaluera si des actions formées individuellement pourraient le cas échéant permettre une résolution plus efficace du litige (voir les articles 2, 3, 5 et 6). L'article 212(1)(a) applique donc lui aussi le critère du "meilleur moyen" qui est commun à presque tous les types d'actions de groupe dans le monde. Au regard de l'objectif de bonne administration de la justice, le juge doit tenir compte de la complexité de l'affaire et de ses pouvoirs généraux d'administration de la procédure (voir les articles 49 et 50). En particulier, il pourra prendre en considération les coûts probables pour les membres du groupe de faire valoir individuellement leurs demandes et la valeur de la demande d'indemnisation de chaque membre du groupe. Les membres du groupe n'étant pas parties à l'action collective, les frais de procédure ne leur seront pas imputés (voir l'article 238(1)). Les actions individuelles seront donc plus coûteuses et peuvent ne pas être une option réaliste pour les membres individuels du groupe. Cela sera particulièrement le cas lorsque les montants en jeu de la réparation pour chaque membre du groupe sont faibles.

3. En outre, l'action de groupe n'est recevable que si toutes les demandes de réparation découlent du même événement et soulèvent donc des questions de fait et de droit communes. Le même événement pourrait être un événement unique causant un dommage collectif ou de masse, par exemple, un accident d'avion, une explosion d'usine chimique, etc., ou il pourrait s'agir d'une série d'événements connexes, avec un préjudice collectif ayant une cause unique, comme l'utilisation de clauses contractuelles abusives, les cas de responsabilité du fait des produits ou la responsabilité pour informations trompeuses dans les transactions sur les marchés financiers, etc.

4. L'article 212(1)(c) pose une exigence connue de la plupart des formes d'actions collectives dans les États de l'Union européenne. Volontairement, le degré de proximité entre les demandes n'est pas précisé. La terminologie dans la plupart des approches de l'Union européenne se réfère à des demandes "similaires", ou encore "connexes"²²⁵. Les demandes de réparation connexes peuvent donner lieu à une action de groupe, aussi le juge devra-t-il décider au cas par cas le degré de proximité requis pour une telle procédure. La similitude des demandes peut résulter des mêmes faits à la base de chaque réclamation, mais également de la loi applicable. Dans les cas où, selon les règles de conflit de lois, différentes lois substantielles s'appliquent mais où toutes les demandes sont fondées sur le même événement, l'action de groupe devrait être recevable en principe (article 236). Le juge peut toutefois diviser le groupe en sous-catégories conformément à la loi applicable (article 218(1)(d)).

5. L'article 212(1)(d) promeut le devoir des parties de chercher à régler à l'amiable les différends (voir l'article 9(1)). Une période de négociation d'au moins trois mois est donc nécessaire avant que la procédure collective puisse être engagée.

²²⁵ Voir par exemple au Royaume-Uni, section 47B(6) *Competition Act 1998* (UK) et *Rules of the Competition Appeals Tribunals*, règles 79(1)(b) et 73(2): "same, similar or related issues of fact or law"; et en France, article L. 623-1 du CC (dans la version de la publication de la loi No. 2018-1021, 23 novembre 2018, remplaçant l'ancien article L-423-1): "une situation similaire ou identique".

Article 213. Le jugement de recevabilité

1) Le jugement de recevabilité prononcé en application de l'article 212 indique:

- a) le nom, l'adresse et toute autre information pertinentes relatives au demandeur qualifié;
- b) une description concise de l'évènement ayant causé le dommage à l'origine de l'action de groupe;
- c) les noms ou les caractéristiques de toutes personnes dont il est allégué qu'elles sont victimes du dommage. Ces caractéristiques doivent être suffisamment précises pour permettre à toute personne estimant avoir subi le même dommage de déterminer si elle fait partie du groupe;
- d) le régime d'action de groupe choisi au sens de l'article 215.

2) Avant de statuer sur la recevabilité, le juge procède ou fait procéder à la publicité du projet de jugement et fixe le délai dans lequel tout éventuel demandeur qualifié au sens de l'article 207 peut former une demande.

3) À partir des critères énoncés, notamment, à l'article 209, le juge décide, lequel des éventuels demandeurs qualifiés est habilité à occuper cette position. Si le juge désigne plusieurs demandeurs qualifiés, ceux-ci agissent conjointement.

4) Le jugement de recevabilité est l'objet d'une publicité susceptible d'attirer l'attention de toute victime éventuelle. Cette publicité invite les victimes éventuelles à adhérer à l'action de groupe et précise les modalités pour y procéder.

5) Le jugement statuant sur la recevabilité de l'action de groupe est susceptible d'appel par le demandeur qualifié et le défendeur.

Commentaires:

1. Pour se prononcer sur la recevabilité de l'action de groupe, le juge rend une décision à cet effet. Elle doit clairement identifier les informations clés requises par l'article 213(1). Ceci est particulièrement important pour les membres du groupe, car cela leur permet de décider de participer ou non à la procédure (voir l'article 215(2)).

2. L'article 213(2) et (3) est basé sur l'expérience des Pays-Bas où, à la suite de certains événements à l'origine d'un dommage, un grand nombre de fondations spécialement constituées se sont affrontées pour obtenir le soutien des victimes. Cela a abouti à des situations dans lesquelles il était difficile pour les membres du groupe de décider qui soutenir et pour le défendeur de choisir avec qui chercher à conclure un accord amiable. De telles situations ne sont propices ni à une résolution amiable ni au déroulement efficace de la procédure. Afin d'éviter que des cas semblables se produisent en vertu des présentes Règles, en cas de pluralité de demandeurs qualifiés le juge déterminera lequel ou lesquels d'entre eux seront autorisés à intenter l'action.

3. Les critères à appliquer pour déterminer qui des demandeurs qualifiés potentiels est habilité à occuper cette position sont énoncés aux articles 208 et 209. Le choix n'a pas à se porter sur le premier qui s'est manifesté. Le critère est celui de l'adéquation et non de la priorité ²²⁶.

²²⁶ Voir par exemple l'article 1018e (4) du CPC des Pays-Bas (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*).

4. L'article 213(4) impose au juge d'assurer la publicité du jugement de recevabilité (voir l'article 219). Il peut choisir toute forme de publicité qu'il estime appropriée pour informer toutes les victimes éventuelles. Si les membres du groupe sont connus et que leurs noms et adresses sont disponibles, ils pourront être avertis personnellement ou via la plateforme électronique sécurisée prévue à l'article 220. En cas de retrait des victimes, l'article 215(2)-(4) s'applique.
5. Pour l'article 213(5), voir l'article 179(2)(f).

Article 214. Obligation du demandeur qualifié

Le demandeur qualifié agit en toutes circonstances dans l'intérêt de l'ensemble du groupe ou, le cas échéant, de son sous-groupe.

Commentaires:

1. L'un des principes fondamentaux sur lesquels reposent les actions collectives est que le demandeur qui représente le groupe, ou agit en lieu et place du groupe, doit agir en toutes circonstances dans l'intérêt de l'ensemble du groupe. L'article 214 prévoit une règle expresse en ce sens et permet dès lors au juge d'imposer des sanctions au demandeur lorsqu'il viole ces intérêts.
2. Les règles applicables aux actions de groupe doivent protéger contre les abus. Des conflits d'intérêts sont susceptibles de se présenter à trois niveaux: au sein du groupe; entre le demandeur qualifié et l'ensemble du groupe; et entre le groupe et/ou le demandeur qualifié d'un côté et l'avocat représentant les demandeurs de l'autre.
3. Le premier conflit potentiel peut être résolu en établissant des sous-groupes conformément à l'article 218(1)(d). Le deuxième conflit potentiel relève de l'article 214, avec l'obligation expresse au demandeur qualifié d'agir dans l'intérêt du groupe ou du sous-groupe. Étant donné que les membres du groupe sont absents de la procédure, c'est-à-dire qu'ils ne sont présents que par représentation, le juge doit superviser dans une certaine mesure le demandeur qualifié. Pour permettre un contrôle efficace, le juge doit avoir le pouvoir d'intervenir si le demandeur qualifié n'agit pas ou cesse d'agir dans l'intérêt du groupe ou du sous-groupe. Le cas échéant, le juge pourra procéder au remplacement du demandeur qualifié (voir l'article 218(1)(a)). Le troisième conflit potentiel est traité par des dispositions particulières, concernant par exemple la procédure d'homologation par le juge de l'accord amiable dans les actions collectives (voir les articles 224, 225 et 226) et celles concernant les mécanismes spécifiques de financement des frais du procès (voir les articles 237, 238 et 245).

Article 215. Types d'action de groupe en réparation

- 1) À moins que le juge ne mette en œuvre la procédure prévue au paragraphe suivant, l'action de groupe est soumise au régime de l'inclusion.**
- 2) Le juge peut ordonner que l'action inclue tous les membres du groupe qui n'ont pas manifesté la volonté de s'en retirer par application du paragraphe suivant, s'il estime que:**
 - a) au regard de leur faible enjeu, les membres du groupe ne justifient pas d'un intérêt suffisant pour présenter leurs prétentions dans le cadre d'actions individuelles; et**
 - b) de nombreux membres du groupe sont susceptibles de ne pas adhérer à l'action de groupe.**

3) Lorsque le juge prononce une décision sur le fondement du paragraphe précédent, il fixe le délai dans lequel les membres du groupe doivent notifier leur volonté de se retirer de l'action de groupe. En cas de circonstances exceptionnelles, le juge peut autoriser les membres du groupe à se retirer après l'expiration du délai.

4) Le juge détermine à qui et de quelle manière la notification prévue au paragraphe précédent doit être effectuée.

Commentaires:

1. Pendant de nombreuses années, l'une des questions les plus controversées dans le débat sur les actions de groupe concernait la modalité de participation des membres du groupe, pouvant être basée soit sur le mécanisme traditionnel du retrait de l'action ("*opt-out*"), soit sur un système d'inclusion par consentement exprès ("*opt-in*") permettant aux membres de mieux contrôler l'avancement de leur cause à l'encontre du défendeur. Dans un environnement faisant la part belle au principe d'autonomie des parties dans la procédure civile européenne, les actions de groupe devraient normalement reposer sur le système de l'inclusion. Les membres du groupe ne seront donc liés par le jugement final que s'ils ont expressément et activement informé le juge qu'ils se sont joints à l'action collective. La notification sera généralement effectuée au moyen d'une plateforme électronique sécurisée telle que prévue aux articles 219 et 220.

2. Le régime de l'inclusion pourrait toutefois ne pas être approprié lorsque les membres du groupe n'ont subi qu'une perte minime et du fait qu'ils n'y ont pas un intérêt suffisant, s'abstiendraient d'adhérer positivement à l'action, selon un phénomène décrit comme "apathie rationnelle". Afin de garantir l'effectivité des règles en matière de responsabilité qui est un bien public, des exceptions au régime de l'inclusion doivent donc être autorisées, basées sur le concept qu'il est dans l'intérêt de la justice de permettre la participation à l'action de tous les membres du groupe qui n'ont pas manifesté la volonté de s'en retirer. Ce système d'organiser le groupe est celui qui est le moins coûteux et qui, selon les analyses de l'économie comportementale, tend à générer un groupe beaucoup plus important que le système d'inclusion volontaire. Un argument souvent émis à son encontre est le risque plus élevé d'utilisation inappropriée et de réclamations non nécessaires. Cependant, dans la pratique, les systèmes juridiques européens qui autorisent ce type de participation comme la Belgique, la Bulgarie, le Danemark, la Norvège ou le Portugal, n'ont pas connu un nombre excessivement élevé d'actions de groupe. À condition que soient en place des procédures pare-feu telles que l'autorisation par le juge des actions de groupe et des demandeurs qualifiés, une administration efficace de l'instance, la règle européenne du perdant-payeur et l'interdiction d'allouer des dommages-intérêts punitifs, il n'y a pas lieu de s'attendre à ce que le régime du retrait exprès donne lieu à une multiplication des actions de groupe collectives non fondées.

3. Une préoccupation qui a plus de poids, cependant, est que du fait de leur manque d'intérêt, les membres du groupe s'abstiendront souvent de réclamer leur indemnisation obtenue par le succès de l'action de groupe. La distribution des fonds peut donc s'avérer difficile, voire impossible. Afin de résoudre ce problème, une solution alternative aux actions de groupe basées sur le régime du retrait pourrait être la mise en place de mécanismes visant à ponctionner les gains illicitement obtenus par le défendeur ou instituant le reversement des profits obtenus par l'auteur du fait illicite à des entités publiques ou privées (selon les "*disgorgement proceedings*" de la *common law*). Une telle approche est suggérée par l'article 6(1)(b) de la Proposition de l'Union européenne de 2018. Elle constate qu'il serait disproportionné d'accorder réparation lorsque les pertes sont mineures, concluant que la réparation vise un but public qui sert les intérêts collectifs des consommateurs (ou plus largement des membres du groupe). Ainsi, bien que la Proposition ne mentionne pas les procédures de reversement des profits, l'article 6(3)(b) accepte expressément des procédures équivalentes d'affectation d'indemnités non réclamées (telle que le permet la doctrine "*cy-près*" de *common law*). De telles procédures présentent l'avantage qu'il n'est pas nécessaire de procéder à la répartition du fonds d'indemnisation aux membres

du groupe, le but n'étant pas d'indemniser les victimes du dommage collectif. L'argent payé par le défendeur ne sera généralement pas versé aux membres du groupe afin d'éviter d'énormes ressources administratives pour distribuer de petites sommes d'argent, mais pourra être reversé au budget de l'Etat ²²⁷, à un organisme de bienfaisance ²²⁸ ou à des fonds spécialement constitués.

4. Par rapport aux procédures de reversement des profits, les actions de groupe basées sur le retrait offrent la possibilité d'obtenir une indemnisation au moins pour certains membres du groupe. Les propositions de résolution amiable peuvent inclure des solutions équivalentes, permettant de retourner au défendeur la part non réclamée du fonds d'indemnisation ou de verser celle-ci à des institutions à but non lucratif ayant un objet particulier, comme la protection des consommateurs, le financement d'intérêts publics futurs ou les actions de groupe en réparation. Les systèmes juridiques apportent des solutions différentes pour cette question qui relève également du droit matériel. Aussi les présentes Règles ne proposent-elles pas d'approche spécifique. Les accords amiables doivent être soigneusement examinés par le juge conformément aux articles 223 et 224. Ce faisant, le juge peut également tenir compte du fait que, selon la nature du dommage, les intéressés pourraient ne pas demander d'indemnisation du fait qu'ils ont des difficultés à prouver qu'ils sont effectivement membres du groupe et peuvent prétendre à une indemnisation, par exemple, dans les affaires d'entente illicite, les consommateurs ne possèdent souvent pas de documents ou de reçus prouvant qu'ils ont acheté un produit surfacturé pendant la période pertinente. Dans ces cas, une solution adéquate pourrait consister à utiliser l'argent payé par le défendeur d'une manière qui se rapprocherait d'une indemnisation à chacun des membres du groupe ²²⁹.

5. La question de savoir lequel des régimes, entre l'inclusion et le retrait, constitue un mécanisme adéquat dépend du nombre de réclamations individuelles concernées et de la motivation des membres à adhérer au groupe. La décision revient au juge qui est le mieux placé pour apprécier au cas par cas tous les éléments pertinents tels que le montant estimé des prétentions individuelles, la taille du groupe, la possibilité d'informer tous ou presque tous les membres du groupe, etc. Le juge devrait également déterminer si les membres du groupe ont une possibilité réaliste d'intenter des actions individuelles.

Article 216. Régime de l'inclusion

- 1) Selon le régime de l'inclusion, les membres du groupe souhaitant adhérer au groupe doivent le notifier au juge selon les modalités fixées par celui-ci.**
- 2) Le juge s'assure que les notifications des membres du groupes sont correctement enregistrées dans le registre public susceptible d'être établi en application de l'article 220.**

Commentaires:

1. Il est important d'établir clairement quels sont les membres qui ont adhéré au groupe, tant pour ce qui est de l'autorité de chose jugée d'un jugement rendu dans le cadre de l'action de groupe (article 227) que de l'effet contraignant d'un accord amiable homologué par le juge (voir les articles 225 et suivants et l'article 232(d)). Cela est particulièrement pertinent lorsqu'un membre du groupe, ou une personne qui aurait pu être membre du groupe, cherche à engager une action individuelle distincte. Cela est également essentiel pour toute distribution des dommages-intérêts résultant de l'instance.

²²⁷ Comme en Allemagne, voir Section 10 de la Loi sur la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*).

²²⁸ Comme au Royaume-Uni, voir Section 47C(5) de la Loi sur les entreprises de 1998.

²²⁹ Voir par exemple l'article 6(3)(b) de la Proposition de 2018.

2. Par conséquent, le juge peut proposer aux membres du groupe différents moyens de l'informer de leur souhait d'adhérer à l'action de groupe, par exemple par des déclarations écrites soumises au tribunal ou par un enregistrement sur la plateforme électronique sécurisée. Si le demandeur qualifié a invité les membres du groupe à s'inscrire auprès de lui pour préparer l'action de groupe, cette liste pourra également être soumise au juge et équivaut à une déclaration d'adhésion, si le demandeur qualifié en a préalablement informé les membres du groupe. Dans tous les cas, le juge doit s'assurer qu'il existe un registre qui identifie les membres du groupe qui ont adhéré (article 216(2)).

Article 217. Actions individuelles

1) Les membres du groupe qui ont adhéré au groupe conformément à l'article 216 ou qui ne s'en sont pas retirés par application de l'article 215(3) ne peuvent exercer d'action individuelle contre un défendeur à l'action de groupe ayant pour objet la réparation du même dommage.

2) Dans les cas visés à l'article 215(2), tout membre du groupe qui exerce une action individuelle contre le défendeur à l'action de groupe pendant le délai ouvert pour s'en retirer est considéré comme ayant renoncé à l'action de groupe.

3) Le délai de prescription prévu par le droit national pour les actions individuelles portant sur un préjudice identique à celui qui est l'objet de l'action de groupe est suspendu dès l'introduction de celle-ci. La suspension prend fin:

a) avec le désistement de l'action de groupe en réparation ou lorsque l'action est déclarée irrecevable; ou

b) si le membre du groupe concerné décide de se retirer en application de l'article 215 (2)-(4).

4) Dans le cas où l'alinéa a) ou b) du paragraphe précédent s'applique, le délai de prescription restant à courir pour exercer l'action individuelle reprend son cours six mois après le désistement, la décision d'irrecevabilité ou le retrait de l'action de groupe.

Commentaires:

1. Afin de protéger un défendeur contre des procédures parallèles résultant du même dommage, l'article 217 interdit aux membres du groupe d'engager des actions individuelles. Il est nécessaire d'avoir une règle expresse car, selon les règles générales sur la litispendance, les actions individuelles pourraient ne pas être automatiquement irrecevables, par exemple au motif que les parties à l'action de groupe et à l'action individuelle ne sont pas les mêmes dès lors que les membres du groupe ne sont pas parties à l'action collective. L'article 144 autorise la juridiction à sursoir à statuer lorsque des demandes connexes sont pendantes, mais pour les actions de groupe, une règle plus stricte semble nécessaire afin de protéger le défendeur contre des actions multiples ainsi que pour protéger le système judiciaire d'une utilisation disproportionnée de ses ressources. Les actions individuelles parallèles sont donc interdites pour les membres du groupe qui ont opté pour l'action de groupe. Ils ne peuvent intenter des actions individuelles que s'ils se sont retirés de l'action de groupe. Lorsque l'action de groupe repose sur le régime du retrait prévu à l'article 215(2), les membres du groupe ne seront pas personnellement connus du demandeur qualifié ou du juge saisi de la procédure. S'ils engagent une action individuelle sans s'être retirés de l'action de groupe, le défendeur saura que le demandeur à l'action individuelle fait partie du groupe tel que décrit dans l'action de groupe et pourra en informer le juge. Ainsi, le demandeur à l'action individuelle sera considéré comme s'étant retiré de l'action de groupe.

2. Selon l'article 217(3), les délais de prescription pour les actions individuelles sont suspendus à compter de l'introduction de l'action de groupe, qui peut être soit le dépôt soit la notification de l'acte

introductif d'instance.

3. L'article 217(4) concerne les cas de désistement, de décision d'irrecevabilité ou de retrait de l'action de groupe. Dans ces cas, le délai de prescription des actions individuelles reprend à courir. Cependant, pour ne pas soumettre un demandeur à des temps excessivement courts pour faire valoir sa demande individuelle de réparation, cet article pose une période minimale de six mois.

C . Mise en état de l'instance en réparation collective

Article 218. Pouvoirs de mise en état

1) Dans le cadre d'une action de groupe en réparation, le juge dispose de pouvoirs complémentaires de mise en état. Il peut notamment:

- a) démettre un demandeur qualifié s'il ne remplit plus les conditions prévues par les articles 208 et 209 ou s'il n'agit pas dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupe;**
- b) autoriser, avec l'accord des membres du groupe, un nouveau demandeur qualifié;**
- c) modifier la définition du groupe;**
- d) diviser un groupe en sous-groupes et autoriser, avec l'accord des membres du groupe, un demandeur qualifié pour chaque sous-groupe;**
- e) radier l'action de groupe ou ordonner qu'elle se poursuive sous forme d'actions individuelles s'il n'y a plus de demandeur qualifié;**
- f) ordonner toute modification sur le registre du groupe visé aux articles 216(2) et 220.**

2) Avant de prononcer une décision de mise en état en vertu du présent article, le juge peut entendre toute personne qu'il considère justifier d'un intérêt à la préparation de la solution du litige.

Commentaires:

1. L'article 218(1)(a) traite du cas où un demandeur qualifié remplissant les conditions des articles 208 et 209 a été identifié et a déposé un acte introductif d'action de groupe en réparation. Le juge supervisera cependant les activités du demandeur qualifié dans l'intérêt des membres absents du groupe. Il le fera tout particulièrement s'agissant du régime du retrait, où les membres du groupe n'ont pas expressément adhéré à l'action. Dans ce cadre, le juge aura le pouvoir de démettre le demandeur qualifié s'il ne remplit plus les conditions pour cette fonction, ou s'il n'agit pas dans l'intérêt de l'ensemble des membres du groupe (voir l'article 214).

2. L'article 218 confère au juge un large pouvoir pour agir dans l'intérêt des membres absents du groupe. Il oblige le juge à superviser les activités du demandeur qualifié à cet égard. Cela n'entre pas nécessairement en conflit avec le rôle neutre et indépendant du juge, bien que celui-ci soit dans une position différente par rapport aux actions individuelles. La situation des membres absents du groupe nécessite une implication plus active de la part du juge.

3. Étant donné que les membres du groupe ne seront généralement pas en mesure ou disposés à superviser eux-mêmes le demandeur qualifié, le juge peut le démettre d'office. Cette décision n'est pas soumise à ce qu'un autre demandeur qualifié ait fait une demande pour remplir cette fonction. Si le demandeur qualifié est une personne physique membre du groupe (article 208(c)), il ne satisfera par exemple plus aux exigences de l'article 208 s'il cède ou transfère ses droits pendant la procédure. Comme il n'aura plus d'intérêt personnel dans l'issue du litige, on ne peut plus supposer qu'il agira dans

l'intérêt du groupe. Afin d'éviter que l'action collective s'effondre dans un tel cas, le juge doit être en mesure de le remplacer par un nouveau demandeur qualifié, qui devra satisfaire aux exigences des articles 208 et 209. Si le groupe ou l'avocat représentant le groupe ne peut pas identifier un nouveau demandeur qualifié, l'action doit être rejetée. Il en va de même s'agissant du remplacement d'un demandeur qualifié de tout sous-groupe.

Article 219. Publicité

1) Dans le cadre de l'action de groupe dont il est saisi, le juge procède ou fait procéder à la publicité dans les cas suivants:

- a) désignation ou démission d'un demandeur qualifié;
- b) modification du groupe ou division du groupe en sous-groupes;
- c) proposition d'un accord amiable collectif;
- d) chaque fois qu'une décision est prononcée;
- e) aux fins d'information relative à la plateforme électronique prévue à l'article 220; et
- f) en cas d'irrecevabilité ou de désistement de l'action de groupe.

2) La publicité est réalisée selon les modalités considérées par le juge comme susceptibles d'attirer l'attention de toute victime éventuelle, et dans un délai suffisant pour donner aux victimes éventuelles une possibilité raisonnable de participer à l'action de groupe comme elles le jugent approprié.

Commentaires:

1. Le public et les membres non identifiés du groupe devraient avoir accès aux informations essentielles concernant l'action de groupe. L'article 219 énonce une règle impérative portant sur les informations devant faire l'objet de publicité.
2. Afin que la publicité de ces informations soit adaptée à l'action dont il est saisi, le juge exerce ses pouvoirs de mise en état pour en déterminer les modalités et le contenu. Cette publicité pourra être effectuée via la plateforme électronique sécurisée (voir l'article 220).

Article 220. Communication – Plateforme électronique sécurisée

Le juge crée ou autorise la création d'une plateforme électronique sécurisée permettant d'assurer une bonne administration de l'instance en réparation collective.

Commentaires:

1. L'article 211 exige qu'une action de groupe soit inscrite dans un registre. Ce même registre peut être utilisé comme plateforme électronique sécurisée prévue à l'article 220, constituant ainsi un moyen simple et économique de communication entre le juge, les parties et/ou les membres du groupe. Il peut également permettre la diffusion d'informations concernant l'instance, qui pourront aussi faire l'objet d'autres formes de publicité telle que prévue par l'article 219, ainsi des annonces dans les journaux et sur Internet ou d'autres médias. Le cas échéant, l'accès aux informations pourra être limité aux parties et aux membres du groupe.
2. La plateforme doit permettre au juge et aux parties d'identifier les membres du groupe. En particulier, elle pourra être utilisée pour communiquer des informations aux membres du groupe telles que les moyens et conclusions des parties, l'annonce des audiences, les décisions du juge, etc. Elle

pourra également être utilisée pour inscrire les déclarations d'adhésion ou de retrait des membres du groupe.

3. L'article 220 ne précise pas qui devrait être responsable de la mise en place et de la maintenance de la plateforme électronique. Les systèmes juridiques européens suivent des approches différentes pour ce qui est de la responsabilité de la publicité des procédures judiciaires. Aussi, la responsabilité de l'exploitation de la plateforme et de son contenu pourrait incomber au juge ou, sur autorisation du juge, au demandeur qualifié.

D . Accord amiable en cours de procédure

Article 221. Homologation du juge

Les membres du groupe ne sont liés par un accord amiable mettant fin en tout ou partie à l'action de groupe que si cet accord est homologué par le juge.

Commentaires:

1. C'est une règle générale des actions de groupe que les accords amiables doivent être approuvés par le juge. Les accords négociés entre un demandeur qualifié et les défendeurs ne constituent pas des accords amiables ordinaires entre les parties parce qu'ils sont destinés à lier les membres du groupe qui ne sont pas impliqués dans le processus de négociation. L'homologation par le juge est donc nécessaire pour protéger les intérêts des membres du groupe et pour veiller à l'absence de conflits d'intérêts au sein du groupe ou entre le groupe et le demandeur qualifié ou entre le groupe et l'avocat représentant le demandeur qualifié.

2. L'homologation par le juge n'est requise que s'il y a un accord amiable collectif dans l'intérêt de l'ensemble du groupe ou d'un sous-groupe. Si un membre du groupe conclut un accord amiable individuel avec le(s) défendeur(s), l'homologation du juge n'est pas nécessaire. Il en va de même si un demandeur qualifié, qui est un membre du groupe, négocie un accord seulement en son nom.

Article 222. Demande d'homologation de l'accord amiable

1) Toute partie au projet d'accord peut demander au juge son homologation en application de l'article 221.

2) La demande d'homologation comporte:

- a) la description du groupe dont les membres sont susceptibles d'être liés par l'accord;**
- b) une copie du projet d'accord. Cet accord inclut le montant total des dommages et intérêts dus ainsi que les critères de répartition de ce montant à chaque membre du groupe;**
- c) la manière dont les fonds seront administrés et dont les sommes seront distribuées aux membres du groupe; et**
- d) un exposé concis des motifs justifiant en quoi l'accord est équilibré et approprié.**

Commentaires:

1. Pour que le juge procède à l'examen d'une demande d'homologation d'un projet d'accord amiable, le groupe doit être précisément décrit (article 222(2)). La demande doit également contenir toutes les informations requises par l'article 222(2)(a)-(d), et en particulier les informations requises

par l'article 222(2)(d) sans lesquelles le juge ne pourra pas apprécier si l'accord amiable est équilibré et approprié (article 223(1)(a)). Le juge peut exiger que soient fournies toutes autres informations lui permettant d'examiner l'accord amiable proposé (article 223(1)(a)).

2. Cet article, non plus que les présentes Règles en général, ne pose pas l'exigence que soient fournies des informations concernant l'administration des fonds d'indemnisation. Il appartient aux parties à l'accord amiable de déterminer le mécanisme par lequel les fonds seront administrés. Dans les cas complexes, il peut être approprié de créer un conseil d'administration à cette fin, qui pourrait alors, comme c'est le cas aux Pays-Bas, comprendre au moins un juriste et un expert économique.

3. L'article 208(b) et (c) ne doit pas être interprété, dans le cadre d'une action fondée sur le régime du retrait, comme empêchant la répartition en vertu de la règle 222(2)(b) de tout reliquat de fonds ²³⁰.

Article 223. Procédure d'homologation de l'accord amiable

1) Avant d'homologuer l'accord, le juge peut

- a) prendre toute mesure nécessaire en vue d'obtenir les informations permettant d'apprécier si le projet d'accord est équilibré et approprié;**
- b) nommer un expert pour l'assister à cet effet.**

2) Le juge:

- a) procède, conformément à l'article 219, à la publicité de l'accord proposé, en indiquant qu'il ne s'est pas encore prononcé sur son caractère équitable et équilibré;**
- b) fixe un délai au cours duquel des observations peuvent être formulées; et**
- c) examine les observations formulées par les membres du groupe et les parties.**

3) Le juge peut prendre en considération toute autre observation pertinente portée à sa connaissance.

Commentaires:

1. L'article 223(1) permet au juge d'obtenir les informations complémentaires qu'il juge utiles ou nécessaires pour apprécier le caractère équilibré et approprié du projet d'accord amiable. Le juge peut, par exemple, ordonner la production de documents par les parties ou par des membres du groupe. En particulier, le juge peut fixer une audience à cet effet avec les parties et les membres du groupe. Il peut également solliciter l'avis d'experts, par exemple, un économiste ou un comptable (voir les articles 119 à 120).

2. Le juge ne devrait approuver aucune proposition d'accord amiable tant que les membres du groupe n'ont pas eu la possibilité de présenter des observations (article 223(2)(c)). Le juge doit veiller à ce que la publicité donnée à l'accord proposé fasse clairement apparaître que l'homologation n'a pas encore été donnée, de telle façon que les membres du groupe ne soient pas induits en erreur et s'abstiennent de présenter des observations.

²³⁰ Voir par exemple les dispositions de la Section 47C(5) de la Loi sur la concurrence du Royaume-Uni de 1998 (*Competition Act 1998 (UK)*), "les montants d'indemnisation qui ne sont pas réclamés par les personnes représentées dans un certain délai seront versés à une institution de bienfaisance".

3. Tous les membres du groupe devraient avoir une juste opportunité de formuler des observations sur l'accord amiable proposé. Le juge peut utiliser la plateforme électronique sécurisée à cet effet (article 220). Il n'est pas requis que les membres du groupe soient représentés par un avocat pour présenter leurs observations. Des observations peuvent également être faites par toute organisation ou groupe d'intérêt, dont le but est étroitement lié à l'événement qui a causé le dommage (voir aussi l'article 43).

Article 224. Homologation de l'accord amiable

Le juge n'homologue pas l'accord si:

- a) le montant des dommages et intérêts prévus pour le groupe ou un sous-groupe est manifestement inéquitable;**
- b) les termes de tout autre engagement souscrit par le défendeur sont manifestement inéquitables;**
- c) l'accord amiable est manifestement contraire à l'ordre public; ou**
- d) les dispositions relatives au paiement des frais du procès, qu'elles figurent dans l'accord proposé ou dans un acte séparé, sont manifestement inappropriées.**

Commentaires:

1. Il est généralement admis dans les actions de groupe que l'accord amiable ne peut être homologué par le juge que si celui-ci estime que les conditions qu'il établit sont équitables et appropriées pour l'ensemble des membres du groupe. L'accord amiable ne doit pas non plus enfreindre l'ordre public. Néanmoins, il peut être difficile pour le juge d'apprécier les termes de l'accord. Le demandeur qualifié et le défendeur ayant conclu un accord ne lui soumettront pas d'arguments allant à l'encontre de l'homologation. Les membres du groupe ne seront souvent pas en mesure d'évaluer eux-mêmes les conditions de l'accord, du moins pas sans consulter un avocat. En outre, si le montant d'indemnisation individuel est faible, les membres du groupe pourraient ne pas être intéressés ou en mesure de s'engager à cet égard. Le juge doit donc faire usage de toutes les sources d'information pertinentes pour identifier d'éventuels conflits d'intérêts ou des conditions d'accord abusives (article 223).

2. L'article 224(a) oblige le juge à examiner si le montant de toute indemnisation prévue par l'accord amiable proposé est manifestement inéquitable compte tenu de l'issue possible du litige. Dans ce contexte, le juge devrait se limiter à une appréciation sommaire considérant la situation au moment de l'accord. Il devrait également examiner si les termes de l'accord résultent d'une collusion entre le demandeur qualifié et le défendeur.

3. L'article 224(b) vise également à garantir que les termes de l'accord ne sont pas manifestement inéquitables. Les conditions posées dans l'accord peuvent par exemple avoir des répercussions sur l'ensemble du marché ou sur les concurrents du défendeur, par exemple si le défendeur accepte dans l'accord de fixer les prix d'un produit à un certain montant pour une période donnée. S'agissant de modalités particulières d'accords, ainsi les "transactions par bons d'achat" (les "*coupon settlements*" nord-américains) ou des systèmes de versement à des entités tierces, le juge peut consulter des experts économiques sur les effets de tels systèmes.

4. L'article 224(d) permet au juge par exemple de déterminer dans les cas de petites créances individuelles qu'il est inéquitable d'imposer des frais aux membres du groupe.

5. S'il conclut que l'accord amiable proposé n'est pas équitable et approprié ou ne satisfait pas aux exigences de l'article 224, avant de rejeter la demande le juge doit informer les parties de ses préoccupations et peut leur fixer un délai pour modifier l'accord proposé ou présenter une autre proposition d'accord amiable.

Article 225. Homologation de l'accord amiable dans le régime de l'inclusion

L'accord homologué s'impose aux membres ayant adhéré au groupe au moment de l'approbation de l'accord par le juge.

Commentaires:

1. Lorsque l'action est basée sur le régime de l'inclusion, logiquement tout accord amiable négocié pendant le litige ne sera effectué qu'au nom des membres du groupe qui ont choisi d'adhérer à l'action. Aussi, l'article 225 précise-t-il que seuls les membres qui avaient adhéré au groupe au moment de l'approbation de l'accord par le juge sont liés par celui-ci.

2. Quoiqu'une règle plus souple pourrait être adoptée permettant au juge d'autoriser d'autres membres à adhérer au groupe après la conclusion de l'accord et ainsi d'élargir ses effets, elle présenterait un certain nombre d'inconvénients: elle ferait perdre aux membres du groupe l'incitation à adhérer à l'action à l'origine; elle modifierait la base sur laquelle le défendeur a négocié l'accord; en outre, lorsque l'accord porte sur un montant forfaitaire global d'indemnisation, elle aurait pour effet de diminuer le montant d'indemnisation auquel pourrait prétendre les membres qui avaient adhéré au groupe avant l'accord. Pour ces différentes raisons, une telle règle n'a pas été adoptée.

Article 226. Homologation de l'accord amiable en cas de retrait

L'accord homologué s'impose à tous les membres du groupe n'ayant pas exercé leur droit de retrait avant l'approbation de l'accord par le juge.

Commentaires:

1. Lorsque l'action de groupe repose sur le régime du retrait, un accord homologué par le juge s'imposera à tous les membres du groupe qui n'ont pas exercé leur droit de retrait.

2. Il n'est pas approprié de donner aux membres du groupe la possibilité de se retirer de l'accord amiable. Si c'était le cas, le défendeur ne serait pas en mesure de calculer correctement les implications de l'accord. Les défendeurs ont besoin de sécurité juridique concernant le montant des créances qui seront indemnisées. Le meilleur moyen de protéger les intérêts des membres du groupe n'est pas de leur offrir une seconde opportunité de se retirer, mais plutôt de soumettre l'accord amiable à l'approbation du juge qui pourra mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition lui permettant d'apprécier le caractère équitable et approprié de l'accord.

3. Voir l'article 235(2) sur l'effet des accords amiables dans les situations transnationales.

E. Le jugement en réparation collective

Article 227. Effet du jugement définitif

- 1) **Le jugement définitif rendu dans le cadre de l'action de groupe s'impose à:**
 - a) **toutes les parties et tous les membres du groupe qui ont adhéré à l'action de groupe; ou**
 - b) **toutes les parties et tous les membres du groupe résidant dans l'État de la juridiction saisie, qui n'ont pas exercé leur droit de retrait dans le délai fixé par le juge en application de l'article 215(3).**
- 2) **Est irrecevable toute nouvelle action de groupe en réparation ayant pour objet des prétentions sur lesquelles le jugement définitif a déjà statué.**

3) Le jugement définitif peut être mis à exécution par le demandeur qualifié. Si ce dernier ne met pas à exécution le jugement définitif dans un délai raisonnable, tout membre du groupe peut y procéder à sa place avec l'autorisation du juge.

Commentaires:

1. L'article 227(1) interdit aux parties et aux membres du groupe qui ont adhéré à l'action ou n'ont pas exercé leur droit de retrait d'intenter une nouvelle action de groupe en réparation ou une autre demande individuelle, basées sur la même cause. Les règles générales en matière de chose jugée pourraient ne pas permettre un tel effet (article 151). L'article 227(1)(b) limite l'effet contraignant du jugement aux membres du groupe résidant dans l'État de la juridiction saisie qui n'ont pas exercé leur droit de retrait étant donné qu'en vertu de l'article 235 les membres se trouvant à l'étranger sont soumis au régime de l'adhésion volontaire au groupe.

2. L'article 227(2) protège les défendeurs contre la possibilité qu'un autre demandeur qualifié puisse engager une nouvelle action de groupe ayant pour objet des prétentions sur lesquelles le jugement définitif a statué. Les règles générales en matière de chose jugée pourraient ne pas suffire à faire obstacle à une telle éventualité car les parties à une procédure ultérieure ne seront pas les mêmes. En outre, une action basée sur le régime de l'inclusion pourrait être introduite par un autre demandeur qualifié dans l'intérêt de membres du groupe qui n'auraient pas adhéré à l'action antérieure.

3. L'article 227(3) dispose qu'il appartient au demandeur qualifié de mettre à exécution le jugement rendu dans le cadre de l'action de groupe. Si le demandeur qualifié ne le fait pas, le juge peut autoriser un membre du groupe à mettre le jugement à exécution soit au nom du groupe, soit en son nom propre.

Article 228. Montant des dommages et intérêts

Les dommages et intérêts accordés par le jugement définitif sur l'action de groupe en réparation comprennent:

- a) **le montant total des dommages et intérêts dus au groupe ou par sous-groupe. Si un calcul exact est impossible ou excessivement difficile, le juge peut procéder à une estimation du montant dû;**
- b) **les critères de répartition des sommes entre les membres du groupe, ainsi que les modalités de gestion des fonds.**

Commentaires:

1. Dans les actions de groupe, il est souvent difficile et parfois impossible de procéder à un calcul exact des dommages et intérêts dus à chacun des membres du groupe. Dans ces cas, le juge peut estimer sur la base du droit matériel le montant d'indemnisation pour l'ensemble des membres du groupe, puis répartir les fonds selon les critères établis. Aussi, l'article 228 prévoit simplement que le jugement fixe le montant total des dommages et intérêts et les critères de répartition des sommes entre les membres du groupe ainsi que les modalités de gestion des fonds. Ce dernier point peut inclure la nomination d'un administrateur des fonds. Le juge pourrait imposer des conditions particulières au demandeur qualifié qui agit comme administrateur des fonds, par exemple en soumettant son activité au contrôle du tribunal, d'un régulateur public ou d'un expert juridique ou économique.

2. L'article 228(b) confère au juge un large pouvoir de décision en ce qui concerne la gestion des fonds. En cas d'accord amiable, les parties à l'accord pourront convenir des modalités de gestion des fonds.

3. Lorsque le droit national permet au juge d'évaluer le préjudice, il aura ce même pouvoir pour les actions de groupe en réparation.

F. Accord amiable en dehors d'une procédure d'action de groupe

1. En cas d'événement causant des dommages collectifs, les demandeurs et défendeurs à une action de groupe éventuelle devraient pouvoir conclure un accord amiable indépendamment de toute procédure contentieuse.

2. Lorsqu'un défendeur éventuel admet en principe sa responsabilité, il ne devrait pas être nécessaire d'engager une action de groupe en réparation pour régler l'affaire. Dans ces cas, une procédure spéciale doit pouvoir être mise en œuvre pour protéger les intérêts des membres du groupe, permettant également à l'accord amiable obtenu selon un processus simplifié de devenir contraignant. Aux Pays-Bas, la loi sur le règlement collectif de dommages de masse de 2005 (*Wet collectieve afwikkeling van massaschades* (WCAM)) fournit un modèle réussi pour une telle procédure. Ce modèle a été adopté dans d'autres pays en Europe comme la Belgique, le Royaume-Uni et la Slovaquie, et des propositions en ce sens sont à l'étude depuis 2018 en Suisse.

3. Compte tenu de son utilité, le modèle néerlandais a été adopté comme base des dispositions pertinentes des présentes Règles. Cependant, alors que les accords amiables dans le cadre d'actions de groupe en réparation sont généralement basés sur le régime du retrait, les accords qui interviennent en dehors des actions collectives contentieuses reposent sur le choix des parties, et peuvent être placés aussi bien sous le régime de l'inclusion que sous celui du retrait (voir les articles 230 et 231). Quelle que soit l'approche que les parties souhaitent adopter, l'accord est soumis à l'approbation du juge.

4. Les accords amiables en dehors d'une procédure d'action de groupe peuvent être conclus sur la base de négociations entre un demandeur qualifié et le défendeur. Ils peuvent également être facilités par un médiateur ou une organisation de mode alternatif de résolution des conflits. Cette section des Règles ne traite que des procédures d'homologation par le juge de ces accords amiables.

Article 229. Qualité pour conclure un accord

1) Nonobstant l'absence de tout jugement de recevabilité de l'action de groupe en réparation, toute entité remplissant les conditions prévues à l'article 208(a) et (b) pour être demandeur qualifié, peut conclure un accord amiable au bénéfice d'un groupe.

2) L'accord est négocié de bonne foi au bénéfice de l'ensemble des membres du groupe.

Commentaires:

1. La loi néerlandaise WCAM permet aux associations préexistantes et aux associations spécialement constituées à cet effet de négocier des accords amiables avec des personnes ou des entités qui seraient responsables de dommages collectifs. Elle ne pose cependant pas d'exigences concernant la représentativité des associations qui peuvent négocier au nom de victimes sans mandat exprès. C'est la Cour d'appel d'Amsterdam, chargée d'approuver l'accord amiable, qui décide si l'association représente de façon appropriée les intérêts des victimes. Dans la pratique, pour suppléer au silence de la loi néerlandaise, un code est souvent utilisé pour guider le processus d'approbation. Ce document a été rédigé par un groupe d'avocats et dans sa forme actuelle prévoit des règles concernant la structure et la gouvernance des associations et fondations. Il s'agit cependant d'un instrument non contraignant qui s'applique sur une base volontaire. Pour combler cette lacune dans l'approche néerlandaise de l'accord amiable, l'article 229 applique les critères prévus à l'article 208. Dès lors, toute personne,

autorité de régulation publique ou entité privée qui entend négocier un accord amiable dans l'intérêt des membres du groupe doit satisfaire aux mêmes conditions que celles qui s'appliquent à un demandeur qualifié.

2. Cependant, l'article 229 n'autorise pas les personnes physiques qui sont membres du groupe (article 208(c)) à négocier un accord amiable car il existerait un certain risque que le défendeur choisisse un membre spécifique pour négocier l'accord. Indépendamment de ces cas d'utilisation manifestement impropre, il est peu probable que des défendeurs traitent avec des particuliers. Ils préféreraient régler l'affaire avec une entité ou association décrite à l'article 208(a) et (b) qui jouira du soutien d'un grand nombre de membres du groupe.

Article 230. Demande d'homologation de l'accord collectif

1) La demande d'homologation de l'accord conclu en application de l'article 229 est formée auprès du juge par toutes les parties à cet accord.

2) La demande comporte toutes les informations requises par l'article 222(2). Elle précise en outre si l'accord est placé sous le régime de l'inclusion ou du retrait.

Commentaires:

1. L'article 230 permet aux parties de présenter conjointement la demande d'homologation de l'accord amiable, à savoir généralement le demandeur qualifié et le ou les défendeurs potentiels à l'action de groupe. La demande doit comporter les informations requises par l'article 222.

2. Dans de nombreux systèmes juridiques européens, la procédure d'approbation par le juge est basée sur le régime du retrait, qui permet à un grand nombre ou à tous les membres du groupe de participer et d'être liés par l'accord. Avec un mécanisme d'adhésion, les membres du groupe seront généralement moins nombreux. L'accord amiable présentera donc moins d'attrait pour un défendeur potentiel qui cherche une solution globale lui permettant de régler l'ensemble des réclamations grevant sa situation financière. Nonobstant ces considérations, l'article 230 adopte une approche différente qui met l'accent sur le principe dispositif et laisse aux parties à l'accord le choix du régime sous lequel elles se placent, à savoir le régime de l'inclusion ou du retrait. Il pourrait par exemple y avoir de bonnes raisons de préférer le mécanisme de l'inclusion dans les affaires internationales où un défendeur pourrait craindre que les effets d'un accord amiable fondé sur le régime de retrait ne soient pas reconnus dans d'autres pays. Les difficultés à communiquer avec tous les membres du groupe par voie d'annonces publiques peuvent également être un argument en faveur de l'adoption du régime de l'inclusion.

3. Les défendeurs pourraient cependant souvent préférer le régime du retrait afin que l'effet contraignant de l'accord s'applique au plus grand nombre possible de membres. Si le juge estime en revanche qu'un mécanisme d'adhésion est plus approprié, il peut refuser d'homologuer l'accord, auquel cas il devrait donner aux parties la possibilité de soumettre une nouvelle proposition d'accord amiable.

Article 231. Procédure d'homologation

Lorsqu'il se prononce sur une demande d'homologation formée selon l'article 230, le juge applique les dispositions de l'article 223.

Commentaires:

1. Les mêmes règles qui s'appliquent pour l'homologation d'un accord amiable négocié pendant une action de groupe en réparation peuvent s'appliquer à un accord en dehors d'une telle action. Aussi

le juge prend toute mesure nécessaire en vue d'obtenir les informations permettant d'apprécier si le projet d'accord est équilibré.

2. Tout accord amiable proposé doit faire l'objet de publicité conformément à l'article 219, précisant le délai dans lequel des observations peuvent être formulées. Lorsqu'il divulgue le projet d'accord, le juge doit établir clairement qu'il ne s'est pas encore prononcé sur son caractère équilibré, afin d'éviter que les membres du groupe soient induits en erreur et s'abstiennent de présenter des observations ou de soulever des objections.

Article 232. L'ordonnance d'homologation et le régime d'inclusion ou de retrait

Le juge homologue le projet d'accord conformément à l'article 224.

- a) **Si le juge refuse d'homologuer le projet d'accord, il indique les motifs de son refus et restitue le projet aux parties.**
- b) **Le juge procède à la publicité de l'accord homologué conformément à l'article 219(2), indique si l'accord s'impose aux parties en vertu du régime de l'inclusion ou de celui du retrait, et fixe le délai, qui ne saurait être inférieur à trois mois, dans lequel les membres du groupe doivent adhérer au groupe ou s'en retirer. Le juge précise à qui et sous quelle forme est notifiée l'adhésion ou le retrait. Le cas échéant, il indique également, de manière explicite, si les termes de l'accord requièrent que ce dernier soit accepté par un nombre minimal précis ou un pourcentage des membres du groupe.**
- c) **À l'expiration du délai pour adhérer ou se retirer du groupe, et, le cas échéant, si le seuil requis d'adhésion ou de non-retrait a été atteint, le juge constate l'effet obligatoire de l'accord. Dans le cas contraire, le juge constate que la procédure d'homologation a pris fin sans accord obligatoire.**
- d) **L'accord homologué s'impose à tous ceux qui, selon le cas, y ont adhéré ou ne s'en sont pas retirés.**

Commentaires:

1. L'homologation de l'accord amiable est soumise aux mêmes critères que ceux qui s'appliquent à un accord amiable négocié dans le cadre d'une action de groupe prévue à l'article 224. Si l'accord proposé ne satisfait pas aux conditions de l'article 224, avant de rejeter la demande le juge doit informer les parties de ses considérations et peut leur fixer un délai pour présenter une autre proposition d'accord amiable. À défaut de nouvelle proposition, la demande doit être rejetée. Il en va de même si le juge considère que le régime proposé d'inclusion ou de retrait est inapproprié ou inéquitable dans les circonstances.

2. Une fois seulement que le juge a approuvé les termes de l'accord amiable, les membres du groupe concernés peuvent décider s'ils veulent ou non accepter l'accord. À cet effet, tout accord homologué doit faire l'objet de publicité donnant toutes les informations utiles sur le montant total d'indemnisation, les montants dus à chacune des victimes ou chaque groupe de victimes et le mécanisme de répartition des fonds. Si les membres du groupe ou les victimes ont été auparavant identifiés par leurs noms et adresses, le juge veille à ce que les informations requises leur soient fournies individuellement. Les membres du groupe ont un délai minimum de trois mois pour décider s'ils entendent ou non accepter l'accord.

3. Certains systèmes juridiques européens exigent que l'accord amiable soit accepté par un nombre minimal précis ou un pourcentage de membres du groupe, soit en y adhérant soit en ne se

retirant pas ²³¹. Cette question n'appelle pas une solution spécifique dans les présentes Règles et pourrait être laissée au choix des parties à l'accord. Les défendeurs auront intérêt à ce qu'un grand nombre de membres du groupe acceptent l'accord et formuleront leur proposition en conséquence. S'il existe un seuil requis d'adhésion ou de non-retrait pour que l'accord soit obligatoire, cela devrait être clairement indiqué dans les informations fournies aux membres du groupe, car cela peut avoir une incidence sur leur décision d'accepter ou de refuser l'accord amiable proposé.

4. Enfin, à l'expiration du délai pour que les membres communiquent au juge leur adhésion ou leur retrait du groupe, et le cas échéant au regard du seuil requis d'adhésion ou de non-retrait, le juge constate l'effet obligatoire de l'accord ou l'absence d'accord obligatoire.

SECTION 3 – Litiges transnationaux au sein de l'Union européenne

Article 233. Reconnaissance du demandeur qualifié

La décision d'admission d'un demandeur qualifié conformément à l'article 213(1)(a) est reconnue par toute juridiction d'un État membre de l'Union européenne sans qu'aucune procédure ne soit nécessaire.

Commentaires:

1. L'article 233 reprend l'approche de l'article 3 de la Directive sur les actions en cessation qui impose la reconnaissance mutuelle des demandeurs qualifiés entre les États membres de l'Union européenne.

2. Lorsque plusieurs actions concernent des dommages découlant du même événement dans plusieurs États membres, l'article 233 évite qu'un demandeur qualifié doive demander une autorisation dans chaque État. Cet article permet aussi d'éviter que des interprétations divergentes concernant les critères d'autorisation du demandeur qualifié mènent à des jugements contradictoires rendus dans différents États membres.

Article 234. Coordination judiciaire

1) En cas de dommage transnational, les données enregistrées pour chacune des actions de groupe exercées sont disponibles sur le portail européen e-justice ou toute autre plateforme équivalente.

2) Les juridictions des États membres de l'Union européenne s'efforcent de coordonner aux mieux les actions de groupe dont elles sont saisies en vue d'éviter que ne soient rendus des jugements ou des décisions d'homologation inconciliables.

Commentaires:

1. La diffusion d'informations sur les actions de groupe en cours peut être très utile pour les membres du groupe et d'autres demandeurs qualifiés potentiels dans d'autres États membres de l'Union européenne. À l'inverse, il faut reconnaître que la divulgation de l'identité des défendeurs pourrait leur

²³¹ Voir par exemple la Section 17 de la loi allemande sur la procédure modèle en faveur de l'investissement financier (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtliche Streitigkeiten* (KapMuG)), qui exige que moins de 30% des membres du groupe se soient retirés.

porter préjudice si leur responsabilité n'a pas encore été établie. En conséquence, cet article se réfère à la publicité des actions de groupe collectives déjà engagées: les actions envisagées ou futures ne peuvent donc pas être enregistrées. De plus, avant qu'un demandeur qualifié n'intente l'action de groupe, il devra tenter de régler l'affaire à l'amiable, donnant ainsi aux défendeurs l'opportunité d'éviter l'instance contentieuse. Les juridictions ou les personnes ou institutions responsables du registre doivent également veiller à ce que la renonciation ou le rejet de l'action soient inscrits au registre de la même manière que l'ouverture de la procédure.

2. L'article 234(2) exige la coordination des actions de groupe entre juridictions. En cas d'actions de groupe parallèles pour des dommages causés par un même événement il pourrait être envisagé de procéder à la jonction des actions au niveau transnational, telle que prévue à l'article 146. Toutefois, et indépendamment des questions de compétence, compte tenu que les règles applicables à l'instance, à la preuve et aux frais du procès diffèrent considérablement entre pays européens, la jonction des instances pourrait n'être pas une possibilité pratique. Même la jonction des instances à la seule fin de de l'administration de la preuve suivant les principes du panel judiciaire américain sur les litiges multi-districts (*US Judicial Panel on Multi-district Litigation (28 USC section 1407)*) est un instrument pour l'avenir.

Article 235. Membres du groupe extérieurs à l'État de la juridiction saisie

- 1) Le juge veille à ce que les membres du groupe se trouvant en dehors de l'État de la juridiction saisie, soient informés de l'action de groupe conformément à l'article 219.**
- 2) Les décisions prononcées en application de l'article 215(2) ne s'imposent pas aux membres du groupe se trouvant en dehors de l'État de la juridiction saisie.**
- 3) Sur leur demande, les membres du groupe qui se trouvent en dehors de l'État de la juridiction saisie, sont autorisés à adhérer à l'action de groupe.**
- 4) Le présent article s'applique également à la procédure d'accord collectif prévue aux articles 229 à 232.**

Commentaires:

1. L'article 235(1) souligne que des efforts particuliers de publicité s'appliquent aux actions de groupe en réparation ou aux procédures de résolution amiable lorsque les membres du groupe sont en dehors de l'État de la juridiction saisie. Il ne précise cependant pas la manière dont la publicité est assurée. Lorsque les membres du groupe peuvent être identifiés et que leurs adresses sont disponibles, une communication peut leur être personnellement adressée ou même une notification formelle effectuée. Lorsque le groupe est composé d'individus non identifiés, tout type de publicité peut être utilisé, par exemple sur des sites Web, dans des journaux ou tout autre média constituant le moyen de diffusion le plus efficace. Cette règle ne précise pas qui doit informer les membres du groupe: le juge pourrait prendre les mesures nécessaires, ou ordonner au demandeur qualifié de le faire.

2. L'article 235(2) et (3) reflète le fait que la procédure de retrait n'emporte pas l'unanimité et qu'il peut être difficile de fournir des informations aux membres absents du groupe en dehors de l'État du for. Aussi, le mécanisme de retrait ne s'applique qu'aux membres du groupe au sein de l'État de la juridiction saisie. Pour les personnes vivant en dehors de l'État du for, un jugement rendu dans une action de groupe n'aura d'effet obligatoire que si le membre du groupe a expressément adhéré à l'action (voir les articles 227 et 235(2)). Dans ce contexte, le juge doit veiller à ce que tous les membres du groupe en dehors de l'État de la juridiction saisie aient la possibilité d'adhérer.

3. L'article 235(4) applique les principes énoncés à l'article 235(1) à (3) aux accords amiables collectifs faisant l'objet des articles 229 et suivants. Selon l'article 230, les parties à une proposition d'accord amiable doivent indiquer dans leur demande si l'accord est placé sous le régime de l'inclusion ou du retrait.

4. Au sein de l'Union européenne, la reconnaissance d'une décision d'homologation d'un accord collectif découle du Règlement Bruxelles Ibis et il n'est pas nécessaire de le préciser ici. L'une des conséquences juridiques les plus importantes d'un accord collectif est qu'il s'oppose à ce que les membres du groupe intentent des actions individuelles contre le défendeur afin de recevoir une indemnisation plus élevée. Dans un contexte transnational européen, tous les types de décisions approuvant des accords collectifs, tant celles se prononçant sur des actions de groupe que celles qui résultent d'une transaction judiciaire au sens de l'article 2(b) du Règlement Bruxelles Ibis, seront reconnues dans les États membres de l'Union européenne. Selon les articles 58 et 59, seule l'objection d'atteinte à l'ordre public peut faire obstacle à la reconnaissance dans un État membre.

5. Lorsqu'une action de groupe est en cours et qu'un accord collectif a été approuvé par le juge, l'article 235(2) précise que les membres du groupe résidant en dehors de l'État du juge saisi lors de l'introduction de l'action ne sont pas liés par l'accord si l'action est placée sous le régime du retrait tel que prévu à l'article 215(2). En revanche, les membres du groupe résidant dans l'État du juge saisi seront liés par l'accord et, en vertu du Règlement Bruxelles Ibis – sauf application de l'exception d'ordre public –, ils ne pourront pas engager de poursuites individuelles dans un autre État membre. Il en va de même pour d'un accord collectif en dehors de toute action de groupe en cours.

Article 236. Pluralité de lois applicables

1) La pluralité des lois substantielles applicables aux différents participants à la procédure collective ne constitue pas un obstacle à leur participation à la même procédure.

2) Dans ce cas, le juge peut toutefois diviser le groupe en sous-groupes conformément à l'article 218(1)(d).

Commentaires:

1. Les dommages collectifs sont souvent transnationaux. Selon les Règlements Rome I et Rome II, les règles de droit matériel de différents États peuvent être applicables aux réclamations des membres du groupe. Les procédures collectives intéressant plusieurs États peuvent donc être complexes. Le juge pourrait conclure à l'irrecevabilité de l'action de groupe si les demandes de réparation des membres du groupe ne sont pas similaires, comme l'exige l'article 212(1)(c).

2. L'article 236(1) énonce que la pluralité des lois substantielles n'est pas un motif suffisant pour que le juge refuse d'autoriser une procédure collective ou la déclare irrecevable. Dans ces cas, le juge devrait envisager de diviser le groupe en sous-groupes (voir l'article 218(1)(d)).

SECTION 4 - Frais du procès et financement de l'action de groupe

Article 237. Financement par un tiers

1) Les demandeurs qualifiés peuvent avoir recours à un financement du procès par un tiers.

2) L'article 245 est applicable à tout accord de financement du procès par un tiers. Le juge peut exiger du demandeur qualifié qu'il lui révèle ainsi que, le cas échéant, aux parties, tout élément de l'accord utile au regard de l'instance en cause.

Commentaires:

1. L'article 237 énonce le principe selon lequel le financement par des tiers ne devrait pas être interdit en tant que tel ²³². En revanche, le demandeur qualifié doit divulguer le fait qu'il est financé par de tels moyens, et fournir l'identité du tiers financeur dès le début de la procédure. Les détails de l'accord de financement sont souvent confidentiels et ne devraient donc être révélés qu'à la demande du juge et ne devraient pas être accessibles au public ou au défendeur (voir les articles 209(b) et 210(1)(f)). Cela semble être une approche équitable car elle permettra à un défendeur d'avoir une meilleure compréhension des moyens de son adversaire (voir également l'article 51 et les articles 57 et suivants). Néanmoins, il faut souligner que les détails de la relation entre le tiers financeur et le demandeur qualifié n'ont pas à être divulgués au défendeur car ils concerneront généralement des éléments sensibles de la stratégie procédurale de la partie, par exemple, une analyse juridique des risques du litige ou certaines limites des fonds disponibles, dont la connaissance donnerait au défendeur un avantage stratégique inéquitable.

2. L'approche de la Commission européenne en matière de financement par des tiers dans les procédures collectives adoptée en 2013, et dans une moindre mesure en 2018, a été clairement influencée par des considérations politiques qui ont notamment pris en compte les intérêts des défendeurs potentiels dans de telles procédures, à savoir les entreprises. Cette approche n'est pas équilibrée. Elle soumet en outre les mécanismes de financement publics et privés des actions collectives à des conditions différentes ²³³. L'approche adoptée dans les présentes Règles vise à appliquer des critères communs à tous les défendeurs et à établir un équilibre plus juste entre les demandeurs et les défendeurs.

3. Voir aussi les articles 238 et 245.

Article 238. Frais du procès

1) Les frais du procès incombent au demandeur qualifié en cas d'échec de l'action.

2) Si l'action est jugée bien fondée, le montant total des dommages et intérêts alloués au demandeur qualifié constitue un fonds commun.

3) Les frais du procès déboursés par le demandeur qualifié pour engager la procédure lui sont remboursés sur le fonds commun avant toute répartition entre les membres du groupe conformément à l'article 228. Le cas échéant, il est fait application de l'article 245(4).

Commentaires:

1. L'article 238 applique le principe européen du perdant-payeur aux actions de groupe. Seul le demandeur qualifié en tant que partie sera responsable des frais. Si l'action est couronnée de succès, tous les membres du groupe doivent accepter que les frais de litige du demandeur qualifié soient payés à partir du fonds commun, sous réserve que les frais puissent effectivement être recouverts auprès de

²³² Voir aussi la Recommandation 2013/396/UE et l'article 7(1) de la Proposition de 2018.

²³³ Voir aussi la Recommandation 2013/396/UE et l'article 7(2) de la Proposition de 2018.

la partie perdante. Le juge peut toutefois tenir compte du cas où l'accord de financement serait inéquitable ou inapproprié.

PARTIE XII – FRAIS DU PROCÈS

Introduction

1. Les avocats considèrent généralement que les frais du procès sont de nature assez technique. Par conséquent, ce sujet est surtout discuté par les praticiens des différents pays plutôt que dans une perspective comparative et politique²³⁴. Les frais du procès, en particulier les dispositions concernant leur recouvrement dans le cadre d'une procédure, sont beaucoup plus importants pour la procédure dans son ensemble que ce qui peut sembler être le cas au départ. Cela s'explique par deux raisons principales. Premièrement, les frais potentiels et la possibilité de les récupérer auprès d'une partie adverse sont souvent des incitations très importantes concernant le comportement procédural des parties à la procédure. Ces incitations ne sont pas toujours prises en compte par les législateurs nationaux. En particulier, les questions de coûts sont très souvent au cœur même de l'accès des parties à la justice, car elles peuvent être déterminantes pour la décision d'engager, de défendre, de poursuivre ou de régler une procédure. Deuxièmement, les demandes de recouvrement des frais représentent très souvent un pourcentage important de l'intérêt économique des parties au litige, c'est-à-dire du montant du litige. En conséquence, les présentes Règles énoncent un certain nombre de règles uniformes ou de meilleures pratiques concernant principalement, mais pas exclusivement, le recouvrement des frais du procès.

2. Cette Partie des Règles est relativement concise et contient sept articles. Ils se situent au niveau général, en raison de l'impact du droit national et de la structure de la profession juridique dans les pays européens sur ce domaine de la procédure civile au sens technique. Les questions de coûts sont également liées aux choix politiques de chaque pays concernant le financement du système judiciaire, c'est-à-dire la question de savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, celui-ci doit être financé par les parties plutôt que par l'impôt général. Alors que certains pays ont créé un système dans lequel les frais de justice couvrent presque entièrement les dépenses de l'État pour le système judiciaire civil, d'autres pays ont opté pour un système qui est essentiellement gratuit pour les parties. Ces différences auront inévitablement un impact sur la convergence future potentielle dans l'approche des coûts de la procédure civile européenne.

3. Une autre différence importante entre les pays européens, qui a un impact significatif sur les coûts des litiges, est la différence d'approche des honoraires à payer pour la représentation en justice dans les procédures. Ces règles sont étroitement liées à l'organisation de la profession juridique. Même lorsque ce n'est pas le cas, il existe certaines traditions nationales concernant les honoraires des avocats qui sont profondément ancrées dans les cultures juridiques respectives à travers l'Europe. Ces différences de culture juridique ne peuvent pas être simplement éliminées par la mise en place de Règles modèles de procédure civile. Au contraire, ces Règles modèles doivent tenir suffisamment compte de ces traditions de longue date. Par exemple, alors que certains systèmes, comme celui de la Belgique, prévoient des taux forfaitaires pour le recouvrement des frais de représentation par un

²³⁴ Mais, voir C. Hodges, S. Vogenauer, M. Tulibacka, (eds.) *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective [2010]; Study on the Transparency of Costs of Civil Judicial Proceedings in the European Union* (OUP, 2007), disponible à : https://e-justice.europa.eu/content_costs_of_proceedings-37-en.do; les parties pertinentes dans P. Taelman (ed.), *International Encyclopaedia for Civil Procedure*, <<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=CIVI>>; M. Reimann (ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. A Comparative Study*, (Springer, 2012); et, W. van Boom (ed.), *Litigation, Costs, Funding and Behaviour: Implications for the Law*, (Routledge, 2017).

avocat²³⁵, d'autres systèmes, comme celui de l'Allemagne, sont basés sur des approches qui prévoient des taux forfaitaires pour certaines parties de la procédure ²³⁶. Une autre approche différente est celle adoptée, par exemple, en Autriche, où des taux forfaitaires sont prévus pour des services individuels rendus dans le cadre de la procédure ²³⁷. D'autres systèmes ne prévoient aucun tarif fixe ou réglementé pour la représentation juridique, laissant la question à la libre concurrence du marché limitée uniquement par la réglementation professionnelle, c'est-à-dire l'éthique professionnelle juridique, et ce qui est considéré comme un honoraire raisonnable par le tribunal au cas par cas. Tout cela entraîne des problèmes juridiques complètement différents en ce qui concerne le recouvrement des frais de justice dans les procédures civiles.

4. Enfin, les règles relatives à l'organisation des tribunaux s'appliquent également aux frais de justice. Alors que certains systèmes prévoient que tous les aspects des décisions concernant les frais, y compris le calcul de montants spécifiques de certains éléments du travail effectué par les représentants légaux, doivent être décidés par la juridiction elle-même, c'est-à-dire par un juge, d'autres systèmes transfèrent cette responsabilité, à des degrés divers, à des auxiliaires de justice ou greffiers spécifiques. Les Règles de la présente Partie n'interfèrent pas avec ces décisions législatives. Les références au tribunal dans cette Partie doivent donc être interprétées comme incluant une référence à ces auxiliaires de justice.

5. Une conséquence de ce qui précède est que les Règles de cette Partie ne sont pas aussi spécifiques qu'elles peuvent l'être dans les codes de procédure nationaux. Elles sont cependant aussi précises que possible. À cet égard, il convient de noter deux points importants. Le législateur qui traite des coûts doit décider si, et dans quelle mesure, le système prévoit un pouvoir judiciaire discrétionnaire dans ce contexte ou s'il doit prévoir des règles juridiques spécifiques et techniques. En lien étroit avec cette décision, le législateur doit également décider si, et dans quelle mesure, les parties doivent disposer de recours contre les décisions de justice. Si un degré très élevé de réglementation, par exemple par des règles très techniques plutôt que par un pouvoir discrétionnaire du juge, était choisi, et que cela était combiné avec les moyens de recours contre les décisions de justice lorsque les parties estiment que les règles régissant le recouvrement des coûts ont été appliquées de manière erronée par la juridiction inférieure, la possibilité de concevoir un ensemble uniforme de règles serait limitée, pour les raisons exposées ci-dessus. Les règles suivantes sont toutefois fondées sur l'idée que des règles très techniques concernant le recouvrement des coûts n'augmentent pas la satisfaction des parties quant au résultat de ces décisions. Au contraire, les présentes Règles sont fondées sur l'idée qu'un système qui donne à la juridiction un large pouvoir d'appréciation en matière de recouvrement des coûts est optimal. Une telle approche est la mieux adaptée pour rendre justice dans des cas individuels en tenant compte des différences qui apparaissent dans la grande diversité des affaires. Elle constitue donc un meilleur moyen pour que justice procédurale soit faite dans ce contexte. En conséquence, les recours contre les décisions de recouvrement des coûts devraient être, et sont également, limités. Cette dernière approche concernant les recours n'est toutefois pas motivée par l'idée qu'elle offre une base plus efficace ou plus facile pour parvenir à une harmonisation ou à une unification des procédures.

²³⁵ Voir, par exemple, article 1022 du CPC belge.

²³⁶ Voir, par exemple, §91 para. 2 du CPC autrichien, et les taux respectifs en vertu de la *Rechtsanwaltsvergütungsgesetz* (Loi sur la rémunération des avocats).

²³⁷ Voir, par exemple, §41 para. 2 du CPC autrichien et les taux respectifs en vertu de la *Rechtsanwaltstarifgesetz* (Loi sur les honoraires des avocats).

Article 239. Décision sur les frais du procès

- 1) Sauf accord contraire des parties, le juge qui prononce un jugement définitif ou qui met fin à la procédure de toute autre manière détermine la partie tenue de rembourser à l'autre partie ou aux autres parties les frais du procès. Seuls les frais raisonnables et proportionnés peuvent donner lieu à remboursement.**
- 2) Si les parties concluent une transaction ou tout autre accord amiable, elles supportent leurs propres frais, à moins qu'elles n'en conviennent autrement.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. L'article 239 prévoit le pouvoir du juge de décider dans quelle mesure une partie peut récupérer les frais de procédure auprès de l'autre. Toutefois, la règle ne se limite pas à cela; elle prévoit également les choix supplémentaires suivants.
2. Comme toutes les autres règles relatives aux coûts prévues ici, cette disposition vise à une simplicité maximale. En conséquence, il est prévu que le tribunal ne rende qu'une seule décision concernant les frais de justice, et ce à la fin de la procédure. Il ne devrait donc pas y avoir plusieurs décisions relatives aux frais, chacune étant prise après des étapes spécifiques de la procédure. Une telle approche favorise le déroulement efficace, économique et proportionné de la procédure, car elle garantit que les juridictions sont tenues de faire moins de travail que si elles devaient rendre des décisions sur les frais tout au long de la procédure. Elle permet également au juge d'exercer son pouvoir discrétionnaire sur la base d'une analyse de l'ensemble de la procédure conformément à l'article 241. Contrairement à cette approche, de nombreuses législations nationales permettent, de manière générale ou dans certains cas, de prendre des décisions multiples sur les frais tout au long de la procédure ²³⁸.
3. L'article précise également que les frais peuvent être soumis à l'accord des parties (principe dispositif). En règle générale, le tribunal rendra une décision concernant le remboursement des frais à la fin de la procédure; si les parties conviennent toutefois qu'aucune décision de ce type ne sera prise, cette décision est contraignante pour le tribunal.
4. Le principe dispositif est également reflété dans l'article 239(2) qui traite des situations où les parties concluent un accord amiable. Par défaut, il est prévu que chaque partie supporte ses propres frais lorsque cela se produit, mais cela est soumis au choix des parties. Les parties peuvent donc convenir de résoudre les questions relatives aux frais d'une manière différente, cette décision liant le tribunal.

Article 240. Nature et montant des frais du procès

- 1) Les parties peuvent demander le remboursement des frais du procès, notamment:**
 - a) les frais raisonnables et proportionnés occasionnés par leur représentation en justice,**

²³⁸ Voir, par exemple, l'approche des dépens en Angleterre et au Pays de Galles, exposée dans ses RPC; article 104 du CPC suisse, selon lequel le tribunal, "en règle générale", tranchera les questions relatives aux frais de procédure dans sa décision finale, mais peut également le faire à certains moments de la procédure avant la décision finale ("*Zwischenentscheid*") en vertu de l'article 237 du Code; ou, § 52(1) du CPC autrichien, qui prévoit également un certain nombre de cas dans lesquels le tribunal peut statuer sur les frais avant la décision finale.

- b) les frais judiciaires et autres frais tels que ceux des experts judiciaires, des interprètes, des sténographes,**
 - c) les autres dépenses raisonnables résultant de la conduite de la procédure, telles que les frais des experts nommés par les parties, les frais de déplacement et les frais de notification.**
- 2) Les frais du procès visés au paragraphe précédent peuvent également comprendre les frais raisonnables engagés avant l'introduction de l'instance en vue de la préparation de la procédure.**
- 3) Seuls peuvent être recouverts les frais raisonnables et proportionnés eu égard à la valeur du litige, à la nature et à la complexité des questions et à l'importance de l'affaire pour les parties.**
- 4) Lorsque le droit national prévoit des tarifs pour le recouvrement de certains frais, tels que, le cas échéant, les frais judiciaires, les frais de représentation juridique des parties, les frais d'expertise extrajudiciaire ainsi que d'interprétariat, la décision du juge relative aux frais doit néanmoins être conforme aux dispositions de la présente Partie.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. L'article 240 traite de l'étendue et du montant des frais qui peuvent être remboursés sur la base d'une décision prise en vertu de l'article 239. Les deux articles ne prévoient pas de mécanisme précis pour calculer le montant spécifique des frais récupérables. Ces mécanismes sont, comme indiqué ci-dessus, étroitement liés aux règles spécifiques d'une juridiction concernant les frais de justice et, le cas échéant, les tarifs des avocats. Malgré cette réserve, un certain nombre de principes généraux régissant le remboursement peuvent être correctement énoncés dans les présentes Règles.
2. Le grand principe général, qui est énoncé à l'article 240(1)(a), est que seuls les "frais raisonnables et proportionnés" font l'objet d'un remboursement. Cette formulation est tirée de l'article 69(1) de l'Accord de 2003 relatif à une juridiction unifiée du brevet et reflète le fait que les frais encourus ne peuvent faire l'objet d'un remboursement que s'ils sont conformes à ce qu'une partie pourrait encourir dans le cadre d'une procédure raisonnable et diligente, c'est-à-dire que les frais ne sont pas excessifs à cet égard et qu'ils sont proportionnés à la valeur du litige. L'article reflète donc le principe général de procédure énoncé à l'article 8.
3. L'article 240(1) énumère les frais et dépenses qui peuvent généralement faire l'objet d'une demande de remboursement. Il n'est qu'indicatif et ne se veut pas exhaustif, d'où l'inclusion du terme "notamment" et, dans l'article 240(1)(c), la référence à "autres dépenses raisonnables".
4. L'article 240(1)(b) ne fait pas référence à des frais judiciaires "raisonnables et proportionnés" car il est prévu que les frais énumérés dans cette disposition seront, par leur nature même, "raisonnables et proportionnés", puisqu'il s'agit de frais générés par la juridiction elle-même.
5. Les frais visés à l'article 240(1) découlent tous de situations dans lesquelles une partie a dû effectuer des paiements réels à, par exemple, son avocat (a), au tribunal ou à d'autres personnes ou entités (b). Il en va de même pour les "autres dépenses" visées à l'article 240(1)(c).
6. L'article 240 ne fait pas référence aux coûts internes des parties engagés dans la conduite du litige, c'est-à-dire les coûts internes qui découlent du recours à un avocat interne ou du travail effectué sur le litige par d'autres personnes employées par une partie. Il ne le fait pas, même si dans certains pays européens, tels que l'Angleterre, la Finlande, la République tchèque et la Suède, le remboursement

de ces coûts est autorisé²³⁹. D'autres pays, comme l'Allemagne et la Suisse, adoptent une position plus restrictive en limitant ce remboursement soit au coût du temps passé au tribunal ou du voyage pour s'y rendre, soit au travail effectué par les parties qui ne sont pas représentées par des avocats dans les affaires qui le justifient²⁴⁰. Bien qu'il puisse y avoir de bonnes raisons de prévoir le remboursement de ces frais, par exemple, il se peut que ce ne soit qu'une coïncidence que la recherche juridique sur une certaine question soit menée par l'avocat externe ou interne d'une partie²⁴¹, il n'y a guère eu de discussion générale sur la question dans les juridictions européennes. Toutefois, étant donné que le recouvrement de ces frais internes peut impliquer l'examen et l'évaluation par le tribunal de questions complexes concernant le mode de calcul de ces coûts et la question de savoir si ces coûts peuvent être considérés comme résultant de la conduite de la procédure, par exemple, si la partie a encouru des frais en raison d'un manque à gagner du fait qu'elle a dû affecter des employés à la procédure, les Règles ne prévoient pas spécifiquement de tels frais. L'exclusion générale peut toutefois faire l'objet d'une exception spécifique qui pourrait à juste titre entrer dans le champ d'application de l'article 240. Cette exception est la possibilité pour un avocat de récupérer ses frais de représentation²⁴².

7. Conformément à l'article 240(2), les frais récupérables peuvent également comprendre les frais raisonnables engagés au cours de la période précédant l'introduction de l'instance. La question de savoir si et dans quelle mesure ces frais doivent pouvoir être recouverts est un sujet de désaccord dans un certain nombre de pays. Les termes fréquemment utilisés dans le droit national, tels que "frais de justice", "frais de procédure" ou "frais de contentieux", suggèrent qu'il doit y avoir un certain lien avec la procédure pour justifier la possibilité de remboursement. Ces termes laissent toutefois place à un débat sur la question de savoir dans quelle mesure le lien avec la procédure doit être étroit, notamment en termes de temps, avant que ces frais ne puissent être recouverts en principe. Étant donné l'accent mis dans les présentes Règles sur la promotion d'un comportement préalable à l'ouverture de la procédure (articles 9(1) et 51), la meilleure approche est que ces frais, raisonnablement engagés dans l'intérêt de la procédure avant son ouverture, devraient pouvoir être recouverts.

8. L'article 240(3) prévoit que les coûts des questions autres que celles prévues à l'article 240(1) sont soumis aux principes généraux de recouvrement qui visent également à garantir que le recouvrement est raisonnable et proportionné.

9. Les présentes Règles n'ont pas pour objet, comme indiqué ci-dessus, d'écarter ou de remplacer les lois nationales prévoyant certains tarifs ou honoraires tels que les frais de justice, les honoraires d'avocats ou les honoraires d'experts ou d'interprètes. Par conséquent, l'article 240(4) comporte une réserve expresse indiquant que ces règles nationales peuvent être applicables. Néanmoins, l'existence de tels barèmes nationaux devrait être conforme avec les Règles contenues dans la présente Partie. Cette disposition n'a cependant pas pour but d'encourager les législateurs nationaux à introduire de nouveaux tarifs. Elle reconnaît simplement le fait que de tels systèmes existent déjà et qu'ils sont étroitement liés aux règles concernant la gouvernance de la profession juridique.

²³⁹ Voir, par exemple, la section 137 para. 1 du CCP tchèque; le Chapitre 21, § 8 du CPJ finlandais); le Chapitre 18, § 8 du CJP suédois; *Re Nossen's Letter Patent* [1969] 1 WLR 638, 643, *Bridge UK. Com Ltd v Abbey Pynford plc* [2007] EWHC 728 (TCC) ou le *Litigants in Person (Costs and Expenses) Act 1975* (Angleterre et Pays de Galles).

²⁴⁰ Voir, § 91(1) du CPC allemand et la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 31 juillet 2008, 2 BvR 274/03 NJW 2008, 3207; article 95 para. 3(c) du CPC suisse.

²⁴¹ Voir, par exemple, *Henderson v Merthyr Tydfil Urban Council* [1900] 1 QBD 434 (Angleterre et Pays de Galles).

²⁴² Voir, par exemple, § 91(2) du CPC allemand.

Article 241. Disposition générale

- 1) Lorsqu'il décide quelle partie est tenue de rembourser les frais du procès en vertu de l'article 239, le juge tient compte des circonstances de la procédure, en particulier du sort réservé aux demandes des parties.**
- 2) Le juge peut également tenir compte du comportement des parties, en particulier de la bonne foi dont elles ont fait preuve dans la conduite de l'instance, ainsi que de leur contribution à un règlement équitable, efficient et rapide du litige.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. L'article 241 contient la disposition la plus importante de ces règles sur les frais. Alors que l'approche adoptée aux Etats-Unis d'Amérique (la Règle américaine) prévoit que chaque partie doit supporter ses propres frais, le large consensus européen (la Règle européenne ou règle qui veut que le perdant paie) est que la partie qui obtient gain de cause, au sens général, dans un litige devrait avoir le droit de recouvrer ses frais de justice auprès de la ou des parties qui n'ont pas eu gain de cause. Dans ce contexte, et en l'absence de toute raison impérieuse d'adopter la Règle américaine, la Règle européenne est adoptée et énoncée à l'article 241(1).

2. Alors que certaines juridictions nationales, comme l'Allemagne ou l'Estonie, adoptent des dispositions détaillées concernant le calcul exact des frais récupérables²⁴³, d'autres, comme l'Angleterre ou la France, adoptent une approche qui laisse une large marge d'appréciation au tribunal²⁴⁴. Une approche fondée sur un large pouvoir discrétionnaire est également devenue la norme dans l'arbitrage international²⁴⁵. Il n'est pas évident qu'une approche strictement "mathématique" soit préférable à une approche large, structurée et discrétionnaire. L'article 241(2) adopte un large pouvoir discrétionnaire structuré, en précisant les éléments dont le juge doit tenir compte pour déterminer l'évaluation de la possibilité de recouvrement. Les éléments à prendre en considération se rapportent au respect par les parties des obligations imposées par les principes généraux de procédure (articles 2-3, 6, 8-9) et la gestion des affaires (articles 47 et 51), et soulignent ainsi l'importance de ce respect. Cette approche offre une grande souplesse dans l'éventail des ordonnances relatives aux frais qui peuvent être rendues en fonction de la variété des circonstances qui peuvent survenir dans le cadre de la poursuite de la procédure. Elle permet ainsi au tribunal d'adapter ces ordonnances de manière plus efficace que par l'application de règles mathématiques strictes, de sorte que la juridiction pourrait, par exemple, condamner une partie à payer "une partie" des frais d'une autre partie.

3. Le point de départ de toute évaluation en vertu de l'article 241(1) est le résultat de la procédure, c'est-à-dire si et dans quelle mesure une partie a obtenu gain de cause en ce qui concerne ses demandes de réparation. Cette approche se justifie non seulement à la lumière de son adoption générale dans les pays européens et au sein de l'Union européenne²⁴⁶, mais aussi parce que les parties ont, et devraient avoir, une attente justifiée que l'issue de la procédure sera de nature décisive en ce qui concerne le

²⁴³ Voir, par exemple, les §§ 91(1) et 92(1) du CPC allemand; les §§ 162 et 163 du CPC estonien.

²⁴⁴ Voir, par exemple, l'article 44.1 et l'article 44.2 des RPC anglaises; l'article 696 et l'article 700 du CPC français. Le présent article ne prévoit cependant pas, comme en France, de tenir compte de la situation financière des parties pour déterminer la possibilité de recouvrement. Ces questions devraient être dûment prises en compte dans toute évaluation de l'aide judiciaire, de sorte qu'une partie en faveur de laquelle une condamnation aux dépens est prononcée ne devrait pas subir de perte en raison de la situation financière de l'autre partie.

²⁴⁵ Voir, l'article 38(5) du Règlement d'arbitrage de la CCI (2017).

²⁴⁶ Voir, par exemple, l'article 16 du Règlement RPL; l'article 69(1) de l'Accord de 2013 relatif à une juridiction unifiée du brevet.

recouvrement des coûts. En formulant l'issue de la procédure par référence à la mesure dans laquelle les demandes de réparation des parties ont abouti, garantit que le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, tient compte du fait qu'il peut y avoir des demandes reconventionnelles et/ou des revendications multiples et que les deux parties peuvent avoir "eu gain de cause" sur des points spécifiques. Cela permet au tribunal d'adopter une approche nuancée pour déterminer la mesure dans laquelle les frais d'une partie devraient être recouvrables. Elle le fait sans avoir à recourir à un calcul mathématique.

4. Si le résultat est le point de départ de l'évaluation de la possibilité de recouvrement, il ne doit pas être le seul élément à prendre en compte. Le pouvoir discrétionnaire du juge doit tenir compte d'autres facteurs, notamment du comportement des parties au cours de la procédure (voir les articles 2-3, 6, 8-9, 47 et 51). En conséquence, l'article 241(1) prévoit la règle générale selon laquelle, comme point de départ, le sort réservé aux demandes des parties dans la procédure est pertinent pour la décision sur le recouvrement des frais, tandis que l'article 241(2) contient une disposition supplémentaire qui guide l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge et le fait spécifiquement en lui demandant de tenir compte du comportement des parties.

5. L'article 241(2) renvoie également à la question de savoir si les parties ont agi de bonne foi et contribué à un règlement équitable, efficient et rapide du litige (articles 2 et 6). Il s'agit de deux éléments différents qui peuvent, mais ne doivent pas nécessairement, être liés l'un à l'autre. La question de savoir si une partie a agi de bonne foi ne se réfère pas seulement à ses choix procéduraux dans des situations spécifiques, comme les demandes qu'elle a présentées concernant des étapes spécifiques de la procédure ou les preuves qu'elle a présentées. Elle concerne également la question plus fondamentale de savoir si la partie a entamé la procédure, ou a soulevé une défense contre une demande, de bonne foi. Il est important de noter que les procédures diffèrent sensiblement les unes des autres à cet égard. D'une part, il y a des cas où une partie savait ou devait savoir que ses demandes de réparation ne seraient pas satisfaites, comme c'est souvent le cas dans une simple procédure de recouvrement de créances. Dans de tels cas, il n'est que juste que la Règle européenne s'applique et que le perdant paie les frais de la partie qui a obtenu gain de cause. Contrairement à ces situations, il existe de nombreuses procédures dans lesquelles les deux parties sont convaincues dès le départ, et même en cours de procédure, que leur position est fondée et que ce n'est qu'à un stade ultérieur de la procédure, ou lors du prononcé du jugement définitif, qu'elles découvrent que leurs suppositions de bonne foi sur des questions de droit ou de fait étaient non fondées. Cette dernière situation peut se produire lorsque l'issue de la procédure dépend d'un témoignage d'expert nommé par le tribunal, dont le contenu ne pouvait raisonnablement pas être vu par les parties avant, ou lorsque des questions de droit qui ne sont pas claires ou qui ne sont pas soumises à une jurisprudence établie sont pertinentes pour l'issue de la procédure. Dans de tels cas, et au moins dans une certaine mesure, il est souvent plus juste de répartir les frais de procédure afin de reconnaître que la partie "perdante" avait également de bonnes raisons de croire à l'origine que ses demandes de réparation étaient fondées²⁴⁷.

6. La question de savoir si les parties ont contribué à la résolution équitable et efficiente du différend, comme l'exige l'article 2, concerne le comportement spécifique des parties au cours de la procédure. Les parties peuvent préparer tous leurs arguments et preuves avec diligence, de sorte qu'elles contribuent de manière significative à la conduite rapide de la procédure, ou elles peuvent conduire la procédure de manière fragmentaire ou dilatoire, ce qui entraîne un retard de procédure. La prise en compte de ces éléments est non seulement un moyen équitable de répartir rétrospectivement les frais de procédure, mais aussi un moyen important d'inciter les parties à promouvoir un comportement qui contribue à la conduite équitable et efficace de la procédure. Cette approche se

²⁴⁷ Certains Etats adoptent une approche générale selon laquelle, dans ces circonstances, chaque partie doit supporter ses propres frais: voir, par exemple, le Chapitre 18, § 3(2) du CPJ suédois; le Chapitre 21, § 8(a) du CPJ finlandais; l'article 107(1)(a) et (b) du CPC suisse; l'article 394 du CPC espagnol. L'approche exposée ici permet d'adopter une telle approche au cas par cas lorsque les faits le justifient.

retrouve dans le Principe 17.3 des Principes ALI/UNIDROIT, bien qu'elle y soit axée sur les sanctions en cas de non-respect des obligations procédurales. Dans les présentes Règles, le principe est plus correctement ciblé en tant qu'incitation positive.

7. Le présent article ne contient pas de disposition analogue à celle prévue à la Partie 36 des RPC anglaises ou à celle de l'article 163(2) du CPC estonien, c'est-à-dire une règle qui prive une partie du droit au recouvrement des dépens lorsque la partie qui a eu gain de cause dans la procédure a refusé une offre de règlement de la procédure faite par la partie qui n'a pas eu gain de cause ou suggérée par le tribunal lorsque le jugement définitif était moins favorable pour cette partie que le règlement proposé. Une telle règle constituerait une nouveauté pour la majorité des pays européens, mais elle n'a pas été incorporée sur la base du fait qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles une partie a agi de bonne foi mais n'était simplement pas en mesure de conclure un accord pour des raisons justifiées. Un principe général à cet effet établirait une approche trop stricte. Conformément à l'approche discrétionnaire de cet article, le juge peut, en vertu de l'article 241(2), prendre en compte un tel comportement dans le cadre de son analyse globale visant à déterminer si les parties ont agi de bonne foi et ont contribué à la conduite équitable et efficace de la procédure. Cette approche est également soutenue par le Principe 24.3 de l'ALI/UNIDROIT, qui prévoit que "Dans sa décision sur les frais de procédure, le tribunal peut tenir compte du refus déraisonnable d'une partie de coopérer ou de son comportement de mauvaise foi lors des tentatives de conciliation ou transaction".

Article 242. Recours

- 1) La décision du juge sur les dépens est susceptible d'appel.**
- 2) La juridiction d'appel se borne à vérifier si le juge a exercé de façon appropriée les pouvoirs qui lui sont conférés par les articles 240 et 241.**
- 3) La décision rendue sur appel en vertu du paragraphe précédent est définitive et exécutoire. Elle n'est pas susceptible de pourvoi final.**

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. Comme indiqué ci-dessus, dans de nombreux cas, le coût des procédures représente un pourcentage important de l'impact économique du jugement. Par conséquent, dans un système procédural régi par l'État de droit, il doit y avoir des moyens de faire appel de la décision d'une juridiction inférieure sur les dépens.

2. Alors que certaines législations nationales prévoient qu'une décision sur les coûts doit être examinée par un tribunal de première instance avant un recours devant une juridiction supérieure ²⁴⁸, les présentes Règles ont adopté l'approche selon laquelle il devrait y avoir une seule possibilité de contester une telle décision. Ce recours devrait être formé par appel à une juridiction supérieure et être limité de telle sorte que, contrairement à l'approche générale des recours prévue dans la Partie IX, il ne devrait y avoir qu'un seul appel. Cette approche a été adoptée pour assurer un contrôle efficace par le biais d'un recours en appel, tout en évitant la possibilité de litiges longs et onéreux sur les coûts.

3. Comme pour l'approche générale des recours (voir l'article 155), les recours contre les décisions relatives aux coûts se limitent à un réexamen de la décision de première instance. Cela est conforme à la large marge d'appréciation accordée à la juridiction inférieure en matière de dépens, tant en ce qui

²⁴⁸ Voir, par exemple, les articles 704-714 du CPC français.

concerne l'article 240 et sa norme de "caractère raisonnable" que, en particulier, la "Règle européenne" énoncée à l'article 241. Il est particulièrement important d'adopter cette approche pour la révision en appel afin d'éviter de longs litiges sur les questions de coûts et de garantir que ces procédures d'appel ne remettent pas en cause la décision de la juridiction de première instance à tous égards. En tant que tel, le contrôle doit se limiter à l'examen de la question de savoir si la juridiction inférieure a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière appropriée. Par conséquent, seul un défaut d'application des bonnes normes en vertu des articles 240 et 241 ou l'application excessive de ces normes peut entraîner l'annulation de la décision de première instance et la prise d'une nouvelle décision par la juridiction d'appel (voir l'article 170(1)) et il convient de noter ici que la juridiction d'appel est tenue de prendre la décision elle-même, elle ne peut pas renvoyer l'affaire à la juridiction de première instance pour qu'elle prenne une nouvelle décision (en tant que telle, cette règle exclut l'application de l'article 170(2) et (3)).

Article 243. Garantie pour frais de justice

1) Une partie peut demander à l'autre partie de fournir une garantie raisonnable pour les frais du procès.

2) Lorsqu'il statue sur une demande de garantie pour frais du procès, le juge tient compte:

- a) de la probabilité que le requérant bénéficie d'une décision favorable sur les frais du procès,**
- b) des ressources financières des parties, ainsi que des perspectives de recouvrement des frais du procès auprès de l'autre partie,**
- c) de la compatibilité de cette garantie avec le droit des parties à l'accès à la justice et à un procès équitable.**

Commentaires:

1. La question de savoir si les Règles doivent inclure une disposition sur la garantie pour les frais est difficile. On pourrait faire valoir qu'une partie a un intérêt légitime à obtenir une garantie pour les frais lorsqu'une décision sur le recouvrement des frais pourrait être futile parce que la perspective de recouvrer ces frais dans le cadre de la procédure d'exécution de l'autre partie est contestable. On pourrait également faire valoir que le fait d'exiger d'une partie qu'elle fournisse une garantie pour les frais comme condition préalable à la poursuite de la procédure peut directement affecter son droit d'accès à la justice. Cela est particulièrement pertinent dans les cas où la partie défenderesse fait valoir que le demandeur ne dispose pas des fonds nécessaires pour rembourser ses propres frais après la procédure. Il n'est pas facile de concilier ces deux objectifs contradictoires et, par conséquent, certains États, comme c'est le cas pour le Code de procédure civile français, ne prévoient aucune garantie particulière pour le paiement des frais encourus dans le cadre d'un litige.

2. Cet article vise à tenir compte des deux arguments concurrents, en laissant au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour accorder une garantie pour les frais. Elle vise en outre à équilibrer les arguments contradictoires en énonçant un certain nombre d'éléments que le tribunal doit examiner pour décider de prendre ou non une telle décision.

3. Une décision de constitution de garantie pour frais ne peut être rendue dans les cas où elle se fonde sur le fait que la partie défenderesse est un ressortissant ou un domicilié d'un autre Etat membre de l'Union européenne ²⁴⁹. En outre, les traités internationaux peuvent empêcher un tribunal d'ordonner

²⁴⁹ Voir, par exemple, l'arrêt de la CJUE du 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Forsberg* (C-43/95, Recueil 1996 p. I-4661) ECLI:EU:C:1996:357; l'arrêt du 20 mars 1997, *Hayes / Kronenberger* (C-323/95, Recueil

une garantie pour frais dans certaines situations (par exemple, l'article 14 de la Convention HCCH du 25 octobre 1980 sur l'accès international à la justice). En tout état de cause, lors de l'examen d'une demande de constitution de garantie pour frais, le juge doit tenir compte du fait que le droit international et le droit national respectif offrent une possibilité équitable d'exécuter la décision relative aux frais à l'encontre du défendeur.

4. À la lumière de ce qui précède, la perspective d'obtenir une garantie pour les frais sera plus grande dans les situations où les fonds du défendeur sont situés dans un pays non membre de l'Union européenne et où le demandeur est basé dans un pays de l'Union européenne, et le défendeur ne peut pas démontrer qu'il dispose de fonds suffisants pour payer les frais de procédure ²⁵⁰. La constitution d'une garantie pour les frais en faveur d'un plaideur domicilié dans l'Union européenne contre un défendeur qui est également domicilié dans l'Union européenne mais qui ne dispose pas des fonds nécessaires ne sera possible que dans des cas exceptionnels. Toutefois, il est possible d'envisager de tels cas, par exemple, des situations où le demandeur ne dispose pas des fonds nécessaires, mais où sa société mère en dispose, ou lorsqu'il apparaît que le défendeur est un simple "moyen du processus", c'est-à-dire une entité fondée dans le seul but de limiter l'exposition financière résultant d'une perte potentielle du défendeur "réel".

5. Il convient de noter que cette règle ne peut pas s'appliquer à des cas spécifiques dans lesquels un demandeur individuel peut généralement faire supporter à un défendeur des coûts importants dans les cas où le demandeur agit dans l'intérêt d'autres personnes, des intérêts collectifs et/ou aux fins de "l'application du droit privé", par exemple dans le cadre de procédures collectives découlant du droit des ententes ou de certaines affaires de droit des sociétés, comme la contestation d'une résolution des actionnaires. De telles situations pourraient être traitées de manière appropriée dans le cadre d'une législation spécifique.

Article 244. Aide juridictionnelle

1) Les parties ont droit à l'aide juridictionnelle, conformément au droit national, si leur droit d'accès à la justice et à un procès équitable l'impose.

2) Cette aide doit permettre d'assurer de manière raisonnable et proportionnée la représentation en justice des parties lorsque les dispositions légales, la complexité de l'affaire ou la vulnérabilité d'une partie le requièrent.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. L'article 244 n'énonce pas une réaffirmation des approches européennes en matière d'aide juridictionnelle. Il fournit une règle générale et large, articulant le droit de recevoir une assistance juridictionnelle. Cette approche a été adoptée parce que le droit à l'assistance juridictionnelle a été développé par la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme en tant qu'aspect du droit fondamental d'accès à la justice, aux tribunaux nationaux, y compris les cours

1997 p. I-1711) ECLI:EU:C:1997:169; arrêt du 2 octobre 1997, Saldanha et MTS Securities Corporation / Hiross (C-122/96, Recueil 1997 p. I-5325) ECLI:EU:C:1997:458.

²⁵⁰ Voir, par exemple, *Order* 60 des RPC chypriotes; § 196 du CPC estonien; ou § 110 du CPC allemand.

constitutionnelles, et dans le droit de l'Union européenne ²⁵¹.

2. Le fait d'aborder dans les Règles tous les détails pertinents concernant l'aide juridictionnelle dépasserait le champ d'application et l'objectif des Règles et, de même, tendrait à être à la fois superficiel et incomplet. En outre, étant donné les différences nationales dans l'organisation du financement de l'aide juridictionnelle, qui vont au-delà des règles de procédure, il ne serait pas approprié de tenter de définir une approche unifiée dans le cadre des présentes Règles. Par exemple, dans de nombreux pays, comme l'Allemagne, la France, l'Italie et les Pays-Bas, les avocats reçoivent directement de l'État, au titre de l'aide juridictionnelle, une rémunération pour représenter une partie qui était (partiellement) exemptée du paiement des honoraires d'avocat. Dans d'autres pays, comme l'Autriche, les avocats sont tenus de fournir une représentation en tant qu'obligation découlant de leur appartenance au barreau et sont ensuite remboursés de toute dépense financière engagée à la suite de cette représentation ²⁵².

3. Compte tenu de ce qui précède, l'article 244(1) précise qu'une partie a droit à l'aide juridictionnelle "si [son] droit d'accès à la justice et à un procès équitable l'impose". Toutefois, une partie n'a droit à l'aide juridictionnelle pour ces motifs que s'il n'existe pas d'autres moyens de financer le litige, c'est-à-dire si elle ne peut pas s'autofinancer, s'assurer de la protection juridique, financer un tiers ou obtenir des honoraires. Le financement par le contribuable des litiges privés ne devrait toujours être qu'un moyen subsidiaire de garantir le droit d'accès à la justice et à un procès équitable.

4. Si de nombreux systèmes juridiques nationaux précisent que la représentation par un avocat n'est pas nécessaire, que ce soit de manière générale (comme en Angleterre et au Pays de Galles, en Finlande, en Suède ou en Suisse) ou pour des types de demandes spécifiques, comme les demandes de faible importance, on pourrait penser qu'une aide juridictionnelle doit être mise à disposition pour ces demandes. L'article 244(2) vise à préciser que ce n'est pas le cas et que la disponibilité d'une représentation juridique est une caractéristique essentielle de l'accès à la justice et à un procès équitable, car elle constitue un moyen essentiel de garantir l'égalité des moyens. Elle offre donc aux parties démunies une possibilité équitable de financer une représentation juridique pour les aider dans leur poursuite ou leur défense d'une demande, et devrait être disponible de manière générale, sous réserve de satisfaire aux exigences énoncées dans le présent article.

Article 245. Financement du procès par un tiers et honoraires de résultat

1) Dès le début de l'instance, une partie dont l'action est financée par un tiers investisseur professionnel ou par un mécanisme de financement participatif en informe le juge et la partie adverse auxquels elle communique l'identité du tiers financeur. Les détails de l'accord de financement ne sont toutefois pas soumis à cette obligation de révélation.

2) Un tel accord doit être conforme au droit applicable et ne doit pas prévoir une rétribution inappropriée du tiers financeur, ni lui permettre d'exercer une influence injustifiée sur le déroulement de la procédure.

3) Les parties peuvent conclure des accords d'honoraires de résultat avec un avocat ou un tiers financeur. Ces accords doivent respecter le droit applicable, l'accès des parties à une représentation en justice équitable ainsi que la légalité de la procédure.

²⁵¹ Directive 2002/8/CE du Conseil du 27 janvier 2003 visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire accordée dans le cadre de telles affaires; article 47, troisième alinéa, de la Charte européenne des droits fondamentaux.

²⁵² Voir l'article 64(1)(1)(f) du CPC autrichien. L'État verse ensuite une contribution forfaitaire annuelle aux fonds de pension de l'Ordre des avocats.

4) La partie se prévalant du financement par un tiers ou d'un accord d'honoraires de résultat ne peut se voir opposer une violation des paragraphes précédents du présent article comme motif de rejet de sa demande. Cependant, après avoir rendu sa décision sur le fond du litige, le juge peut requérir toute information pertinente au regard de l'instance sur les accords financiers conclus avec un tiers ou un avocat et, après consultation des parties, il peut tenir compte de tout manquement au droit applicable ou du caractère inéquitable de ces accords lorsqu'il se prononce, dans sa décision sur les frais du procès, sur la part des frais du demandeur à rembourser.

5) Sous réserve des dispositions des articles 237 et 238(3), le présent article ne s'applique pas aux actions de groupe en réparation.

Sources:

Principes ALI/UNIDROIT 3.3, 17.3, 24.3 et 25.

Commentaires:

1. L'article 245 traite de deux questions importantes qui ont fait l'objet d'intenses discussions internationales au cours des dernières décennies. Il s'agit de la disponibilité du financement des procédures civiles, soit par le biais d'un financement par des tiers, soit par le biais d'un accord d'honoraires de résultat (contingent). Dans les deux cas, le débat n'a pas permis de dégager un consensus européen sur l'approche appropriée à adopter en ce qui concerne les aspects les plus pertinents des questions respectives.

2. Dans ce contexte, l'article 245 pourrait bien être considéré comme une approche trop prudente ou trop ambitieuse. Il vise toutefois à énoncer des principes qui pourraient être considérés comme généralement acceptables, tout en fournissant une base pour un développement futur positif et optimal.

3. L'article 245(1) et (2) traite de la question du financement par un tiers. On pourrait faire valoir que la source du financement d'une partie au litige n'est pas une question qui relève du tribunal ou d'autres parties au litige. Bien que l'existence de tiers financeurs professionnels soit relativement récente, il y a toujours eu des situations où des tiers ont financé des procédures. Ces financeurs professionnels ont été, et continuent d'être, des compagnies d'assurance, des syndicats, des banques, des sociétés mères. Les législateurs n'ont jamais jugé nécessaire de soumettre ces situations à des règles régissant ou limitant ce type de financement par des tiers. On pourrait donc faire valoir que cette approche de laisser-faire devrait également être appliquée à d'autres formes plus récentes de financement professionnel par des tiers, qui, en substance, ne fournissent que des services financiers aux parties à un litige. Cela pourrait également suggérer que toute réglementation de ce type devrait relever de la réglementation des marchés financiers, et donc relever des pouvoirs des autorités des marchés financiers, plutôt que de la législation en matière de procédure civile. On pourrait toutefois également faire valoir que les activités des tiers financeurs professionnels pourraient nuire à l'équité de la procédure. On pourrait, par exemple, faire valoir que ces financeurs pourraient encourager des stratégies procédurales agressives tant au début de la procédure, lorsque la décision d'engager une procédure est prise, que dans les situations où il faut décider si une partie souhaite conclure un accord. Par ailleurs, on pourrait faire valoir que le financement par des tiers est injuste, car il n'est normalement accessible qu'aux demandeurs et non aux défendeurs, ces derniers n'ayant aucune incitation financière à proposer un tel financeur en échange du financement.

4. Nonobstant les préoccupations concernant le financement par un tiers, il devrait être salué comme un moyen valable d'accroître les possibilités des parties d'obtenir un accès équitable et efficace à la justice. Si la disponibilité d'un tel financement peut encourager les parties à engager des procédures qui n'auraient pas été engagées autrement, ou que ces financeurs puissent exercer une certaine

influence sur le déroulement de la procédure pour, par exemple, empêcher la partie financée de conclure un accord par ailleurs raisonnable, ces considérations peuvent également s'appliquer lorsqu'un autre financement est disponible. Il existe, par exemple, de nombreuses autres raisons pour lesquelles les parties adoptent une stratégie de litige plus ou moins agressive, ou pour lesquelles elles peuvent refuser de régler la procédure. Les parties qui ont les moyens de financer leur propre litige ont toujours le choix d'agir de manière plus agressive sans qu'un tiers financeur ne soit impliqué. De même, la disponibilité d'un tel financement facilitant l'introduction de demandes fondées qui, autrement, ne pourraient pas être engagées ou poursuivies, favorise un accès efficace à la justice, tout en réduisant la possibilité qu'une partie soit autrement amenée à minimiser sa demande en raison du déséquilibre financier entre les parties. Un tel financement peut donc également promouvoir une égalité effective des moyens. En outre, le fait que seul un demandeur puisse normalement utiliser un financement par un tiers n'est pas en soi une raison de ne pas autoriser son utilisation. Cela est simplement une conséquence du fait que seuls les demandeurs ont un actif, la valeur du litige, à offrir en échange du financement. Il s'agit simplement d'un fait normal du fonctionnement des marchés financiers, et non d'une caractéristique inéquitable et spécifique du financement des procédures par un tiers.

5. Un accord de financement par un tiers pourrait potentiellement contenir des clauses abusives au détriment de la partie qui reçoit ce financement, c'est-à-dire lorsque le montant promis au financeur en contrepartie du financement est trop élevé (le retour à la partie qui finance est donc inadéquat), ou lorsque le financeur exerce une influence indue sur le déroulement de la procédure (et pourrait donc empêcher la partie de conclure un accord qui soit dans le meilleur intérêt de la partie financée). Pour protéger les intérêts des parties financées, l'article 245(2) précise que les accords de financement ne doivent pas contenir de telles conditions. Il convient toutefois de noter qu'en vertu de l'article 245(4), l'existence de telles clauses abusives ne constitue pas une base permettant à l'autre partie au litige de les soulever comme moyen de défense contre la demande de la partie financée. Permettre aux termes d'un accord de financement par un tiers de constituer la base d'une défense contre la demande au fond serait abusif; l'interdiction de telles clauses n'est qu'un moyen de protéger la partie financée.

6. L'article 245(3) concerne les accords d'honoraires. Comme l'a fait remarquer à juste titre l'Association internationale du barreau, ces accords sont autorisés dans certaines juridictions, alors qu'ils sont interdits dans d'autres pour des raisons d'ordre public²⁵³. Le Conseil des barreaux européens va jusqu'à interdire expressément de tels arrangements²⁵⁴. Bien qu'une telle approche ne reflète sans doute pas correctement un acquis de l'Union européenne à cet égard, ni l'approche adoptée par tous les pays européens, par exemple l'Angleterre et le Pays de Galles, permettent l'utilisation d'accords d'honoraires de résultat²⁵⁵. La teneur générale de ces considérations suggère qu'il convient d'adopter une approche prudente. Bien que les approches du droit des contrats et la réglementation de la profession juridique diffèrent d'une juridiction européenne à l'autre, il semble raisonnable d'aborder la question des accords d'honoraires de résultat comme n'étant pas considérés comme quelque chose d'illégal en soi dans toute l'Europe. Au contraire, la plupart des juridictions européennes adoptent une approche sélective, où tous les accords d'honoraires de résultats ne sont pas légaux, et certaines formes sont interdites.

7. Dans ce contexte, il peut sembler difficile de prévoir une règle spécifique pour les accords sur les honoraires de résultat. Néanmoins, étant donné le potentiel que ces accords de financement ont pour l'amélioration de l'accès à la justice²⁵⁶, leur approbation dans les présentes Règles est une attitude

²⁵³ Association internationale du Barreau, *Principes internationaux de déontologie de la profession juridique*, (2011) à [10.3], < <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=F9D51CDB-4D4D-4258-8098-CD38DE874513> >.

²⁵⁴ Le Conseil des barreaux européens, *Charte des principes essentiels de l'avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*, (2019) à [3.3.1] < https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DEONTOLOGY/DEON_CoC/FR_DEON_CoC.pdf >

²⁵⁵ *Courts and Legal Services Act 1990* (Angleterre et Pays de Galles) s.58.

²⁵⁶ Voir, par exemple, l'approche adoptée par la Cour constitutionnelle allemande dans sa décision du 12 décembre 2006 1 BvR 2576/04 BVerfGE 117, 163, où elle a estimé qu'une interdiction absolue des honoraires de

appropriée. Compte tenu de la nécessité de refléter les différentes approches adoptées en Europe, les Règles prévoient toutefois que le droit national peut limiter la portée et le contenu de ces accords. Cette réserve est également faite afin de refléter le point général, évoqué ci-dessus, selon lequel les Règles relatives aux frais devraient préserver l'intégrité de la réglementation nationale de la profession d'avocat. Ces dispositions limitant l'accessibilité des parties aux accords relatifs aux honoraires de résultat devraient toutefois être fondées sur des considérations d'équité procédurale, c'est-à-dire qu'elles devraient en tout état de cause protéger l'accès des parties à une représentation juridique équitable ainsi que la légalité de la procédure.

8. L'article 245 doit être lu conjointement avec les articles 237 et 238 concernant l'application du financement par des tiers aux actions collectives. Un tel financement est typique de ce type de procédure. L'approche adoptée dans la Partie XII relative aux coûts et au financement dans les actions collectives, vise à établir un équilibre raisonnable entre la promotion de l'accès à la justice par le biais de recours collectifs et les intérêts légitimes des défendeurs à ces procédures. L'article 237(2) prévoit que les détails de l'accord de financement doivent être révélés, à titre confidentiel, au tribunal. Si cette approche est appropriée pour les actions collectives, elle n'est pas appropriée sur le plan général. En dehors des actions collectives, ni le défendeur ni le tribunal n'ont de base pour enquêter sur les affaires internes d'une partie financée, voir l'article 245(1).

résultat était contraire à l'article 12 de la *Grundgesetz* allemande. L'interdiction ne prévoyait pas d'exceptions pour les cas où les circonstances spécifiques d'un client signifiaient que sans la possibilité de conclure un tel accord avec un avocat, il n'aurait pas pu faire valoir ses droits.