

LES PRAGUE RULES : OU COMMENT LE VENT D'EST POURRAIT INSUFFLER UNE DYNAMIQUE VERTUEUSE À L'ARBITRAGE

par

Marc HENRY

Docteur en droit – Président de l'AFA

Avocat Associé FTMS

RÉSUMÉ

Les Prague Rules constituent un corps de règles élaborées par des juristes de tradition civiliste essentiellement originaires des pays de l'Est. Elles sont destinées à accroître l'efficacité des procédures arbitrales et à répondre ainsi aux reproches de lenteur et de coût qui ont été élevés contre l'institution au cours des dernières années. Les arbitres sont invités à faire preuve d'activisme dans la conduite des procédures comme dans le traitement des questions probatoires. Ils sont encore invités à participer au débat juridique en faisant application du principe *jura novit curia* et à promouvoir le règlement amiable des différends dont ils ont à connaître. Si certaines dispositions des Prague Rules évolueront sans doute dans le futur, elles n'en sont pas moins dès à présent une contribution utile et opportune à l'institution arbitrale.

SUMMARY

*The Prague Rules are a set of rules developed by lawyers with a civil law tradition, mainly from Eastern European countries. They are intended to increase the efficiency of arbitral proceedings and thus respond to the accusations of slowness and cost that have been made against the institution in recent years. Arbitrators are encouraged to be proactive in the conduct of proceedings as well as in the handling of evidentiary matters. They are also invited to contribute to the legal debate by applying the principle of *jura novit curia* and to promote the amicable settlement of disputes before them. While some provisions of the Prague Rules may evolve in the future, they are already a useful and timely contribution to the arbitral institution.*

INTRODUCTION

1. Le 14 décembre 2018, dans une salle du Palais Martinicky de Prague, ornée d'une fresque sur laquelle Adam et Eve se couvent d'un regard bienveillant, la genèse d'un texte trouvait son dénouement. Les Prague Rules, dont l'idée revient à des juristes de tradition civiliste essentiellement originaires de pays de l'est, étaient officiellement adoptées. Leur contenu, empreint de tradition et d'originalité,

visé à accroître l'efficacité des procédures arbitrales et à répondre aux reproches de lenteur et de coût qu'il est courant d'élever aujourd'hui à leur propos (1).

2. Les rédacteurs des Prague Rules se défendent d'avoir voulu faire la critique des IBA Rules on the *Taking of Evidence in International Arbitration*, adoptées il y a 20 ans dans leur première version, et encore moins de vouloir leur disparition (2). Il n'en reste pas moins que dans leur note introductive à la version des Prague Rules de mars 2018, le groupe de travail faisait expressément référence aux IBA Rules et considérait que « *from a civil law perspective, the IBA Rules are still closer to the common law traditions as they follow a more adversarial approach with document production, fact witnesses and party-appointed experts* » et d'en déduire que « *These factors contribute greatly to the costs of arbitration, while their efficiency is sometimes rather questionable* ». Les rédacteurs concluaient en estimant que : « *By adopting a more inquisitorial approach, the new rules will help the parties and tribunals to reduce the time and costs of arbitrations* ». Certes ces développements ne figurent plus dans la version finale des Prague Rules mais ils permettent de percevoir la motivation qui animait originellement les rédacteurs du texte.

3. Une dynamique originaire de l'est et visant à proposer une alternative à des pratiques occidentales jugées déviantes n'est pas sans rappeler les origines de la Chute de Rome. La cité était forte de siècles de domination sans partage. Elle administrait un immense territoire occupé par des peuples de cultures les plus diverses. Rien ne semblait pouvoir remettre en cause sa suprématie comme l'ordre établi.

Et pourtant, un vent d'est souffla un jour. Puissant, iconoclaste, réformateur. Ce vent allait détruire les fondations d'un empire vieillissant et obsolète. Il incarnait la modernité. Des idées nouvelles. Ce souffle nouveau triompha de l'immobilisme et des archaïsmes de l'administration romaine.

Les Prague Rules seraient-elles ce vent d'est bienfaisant ? Un souffle nouveau venant libérer l'arbitrage international de l'oppression anglo-saxonne que les IBA Rules symboliseraient ?

4. La réponse sera normande : d'abord parce que les reproches faits à l'arbitrage actuel et aux IBA Rules nous semblent exagérés ; ensuite parce que

(1) Sur les Prague Rules, v. leur site internet <https://praguerules.com> et not. V. Khvalei, « Overview of the Prague Rules Project », 62nd UIA Congress, Porto, Special Session on the Prague Rules, 2 Nov. 2018 ; V. Khvalei, A. Khrapoutski, O. Perepelynska, K. Czech, « The Prague Rules on Conduct of the Taking of Evidence : an Alternative to the IBA Rules ? », *Gessel's Roundtable discussion*, 24 May 2018 ; D. Henriques, « The Prague Rules : a Regression or a Step Towards more Efficiency ? », *NY Disp. Res. Lawyer*, Vol. 12, n° 1 (Spring 2019) ; du même auteur, « The Prague Rules : competitor, Alternative of Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration ? », *Bull. ASA*, 2018.351 ; A. Respondek, « How Civil Law principles Could Help to Make International Proceedings more Time and Cost Effective » ; *Singapore law Gazette*, Febr. 20017, insight, p. 33 ; A. Panov, « Why the Prague Rules May be Needed ? » ; P. Costa e Silva, « Arbitration, Jurisdiction and Culture : A Propos the Rules of Prague », *Kluwer Arbitration Blog*, 16 July 2018 ; M. Kocur, « Why Civil Law Lawyers Do Not Need the Prague Rules », *linkedin.com* ; G. Rizzo Amaral, « Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration : Tilting at Windmills », *Kluwer Arbitration Blog*, 5-6 July 2018 ; W. Newman, D. Zaslowsky, « The Russians Are Coming, and They Want too Change How We conduct International Arbitration », *NY Law Journal*, 23 May 2018.

(2) V. not. en ce sens D. Henriques, art. préc., p. 362.

tout en participant d'une dynamique vertueuse et en prônant des solutions utiles, les Prague Rules ne sont pas exemptes de toutes critiques.

Ce double constat structurera notre analyse. Nous évoquerons les deux conditions que nous croyons nécessaires pour garantir le meilleur accueil aux Prague Rules, à savoir d'une part éviter les sophismes qui pourraient nuire à leur crédit et d'autre part assurer qu'il s'agit de promouvoir une attitude activiste des arbitres mais non autoritaire.

I. – LES PRAGUE RULES : UNE DYNAMIQUE VERTUEUSE À CONDITION D'ÉVITER LES SOPHISMES

5. Parmi les rédacteurs des Prague Rules, certains les ont commentées dans des articles (3). Ils justifient en général leur élaboration par un double constat : l'arbitrage serait devenu trop long, trop cher, trop procédurier ; ces défauts seraient la conséquence d'une approche anglo-saxonne de l'arbitrage que les IBA Rules incarneraient.

Sans être totalement faux, ces postulats ne nous semblent pas pour autant parfaitement exacts.

A) L'arbitrage n'est pas nécessairement plus onéreux que les procédures judiciaires

6. Les Prague Rules débutent par un constat : « *It has become almost common place these days for users of arbitration to be dissatisfied with the time and costs involved in arbitral proceedings* ». Pourtant, beaucoup d'utilisateurs de l'arbitrage en sont toujours pleinement satisfaits. Certes, nous connaissons les études menées sur le marché de l'arbitrage notamment par la School of International Arbitration du Queen Mary University of London. Ces études se font effectivement l'écho des réserves qu'expriment certains utilisateurs de l'arbitrage.

7. Pour autant, les questions sont-elles toujours bien posées dans ces études ? Compare-t-on ce qui est comparable ? Nous savons qu'un utilisateur trouvera toujours trop cher ce qu'il est amené à payer, surtout s'il perd. Mais en réalité, dans de nombreux cas, l'arbitrage est moins cher qu'une procédure judiciaire. Il suffit pour s'en convaincre de faire une analyse financière de l'arbitrage et de ne pas se limiter à une simple étude de coût. La prévisibilité plus grande qu'offre l'arbitrage en termes de délai, de solution, et d'exécution permet de pondérer le coût direct d'un arbitrage.

8. L'alarmisme qui inspire les Prague Rules nous semble donc excessif et les promoteurs des Prague Rules devraient se garder de tout sophisme en la matière, indépendamment de savoir si les IBA Rules sont ou non utilisées. C'est d'autant plus vrai que comme il sera observé ci-après, les IBA Rules ne souffrent pas d'une « américanisation » chronique.

(3) V. articles cités in footnote 1 ci-avant.

B) Les IBA Rules ne souffrent pas d'une « américanisation » chronique

9. Dans la note introductive précitée figurant dans la version de mars 2018 des Prague Rules, il était relevé, à juste titre, que les IBA Rules « *bridged a gap between the common law and civil law traditions of taking evidence* » et que « *The IBA Rules were very successful in developing a nearly standardized procedure in international arbitration* ». Pourquoi alors vouloir ajouter à une situation qui paraissait conforme aux besoins de l'arbitrage international ? Le satisfecit précité était toutefois immédiatement tempéré. La note introductive ajoutait que le succès des IBA Rules était limité aux « *proceedings involving parties from different legal traditions and those with significant amounts at stake* ».

10. La manière de limiter l'intérêt du recours aux IBA Rules a pu sembler contestable. Les développements y afférents ont donc été supprimés dans la version définitive de la note introductive des Prague Rules. En effet, les IBA Rules ont certes été conçues pour satisfaire des parties appartenant à des cultures juridiques différentes. Il n'est donc pas étonnant qu'elles aient, dans un premier temps, été surtout utilisées dans des arbitrages impliquant de telles parties. Toutefois, il s'est avéré qu'en travaillant à gommer les différences culturelles, les IBA Rules ont contribué à élaborer une procédure pouvant prétendre refléter l'essence de l'arbitrage. Ainsi donc, les IBA Rules sont-elles utilisées aujourd'hui dans tous types d'arbitrages et pas uniquement dans les arbitrages internationaux. Au soutien des Prague Rules, il a été observé que pour les arbitrages à enjeux modestes, les parties comme les arbitres ne bénéficieraient pas de guides ou de règles pouvant les inspirer dans la conduite des procédures (4). Pourtant, les IBA Rules contiennent en réalité beaucoup de suggestions de conduite à l'intention des arbitres (5) alors que pour leur part, les Prague Rules se contentent souvent de renvoyer à la décision souveraine des arbitres sans leur proposer de solutions. Suggérer le contraire pourrait donc ne pas rendre justice aux IBA Rules.

En outre, l'intérêt des IBA Rules ne paraît pas limité aux arbitrages impliquant de forts enjeux financiers, autrement dit des enjeux « à l'américaine ». Ces règles sont en effet également utilisées dans les arbitrages dont les enjeux ne sont pas forcément très importants.

Enfin, vouloir redonner aux arbitres la conscience de leur fonction et de leurs pouvoirs, et recentrer ainsi l'arbitrage sur la personne de l'arbitre en en faisant une justice « incarnée » procède en réalité d'une approche beaucoup plus anglo-saxonne et notamment « américanisante » que civiliste.

De plus, soutenir dans la version de mars 2018 de la note introductive des Prague Rules que « *from a civil law perspective, the IBA Rules are still closer to the common law traditions, as they follow a more adversarial approach with document production, fact witnesses and party-appointed experts* » pouvait à nouveau paraître contestable. Cette observation a au demeurant été supprimée de la version définitive. C'était en effet oublier que dans la tradition civiliste, tous ces moyens d'instruction existent et sont à la disposition des parties et de leurs conseils. Certes, en pratique devant les tribunaux français notamment, ces moyens ne sont pas couramment employés mais il n'en reste pas moins qu'ils sont prévus par le code de procédure civile. C'était également oublier que nombre de pays européens (Italie, Allemagne, Pays-Bas notamment) ont

(4) A. Panov, A. Khrapoutski, « The Prague Rules – An alternative Way of Conducting International Arbitration ? », *Arbitration.ru*, sept. 2018, n° 1.

(5) *Contra, ibid.*

introduit des procédures empruntant au système accusatoire, et récemment en France avec la création de la Chambre internationale de la Cour d'appel de Paris.

11. En définitive, les IBA Rules reflètent aujourd'hui tout autant les traditions procédurales civilistes qu'anglo-saxonnes. Les IBA Rules ont le mérite de permettre d'organiser les procédures de manière purement civiliste, purement anglo-saxonne ou neutre. Elles donnent le choix. Leur coloration civiliste ou anglo-saxonne dépend de la manière dont les acteurs de l'arbitrage les utilisent. Cette coloration n'est pas consubstantielle aux IBA Rules.

En cela, les IBA Rules et les Prague Rules défendent une approche commune qui ne peut qu'être approuvée. Les défenseurs des Prague Rules relèvent en effet que « *one of the intended functions of the Prague Rules is to remind the parties that there are different ways to structure their arbitration and that there is no golden standard of one-size-fits-all kind of approach* » (6). Les rédacteurs des IBA Rules n'avaient pas d'autre objectif.

12. L'approche commune des IBA Rules et des Prague Rules explique sans doute les similitudes que l'on peut observer entre ces règles même si les Prague Rules proposent aussi des solutions tout à fait originales. Deux auteurs ont analysé en détail les Prague Rules. Leurs conclusions sont claires. L'un relève que « *The comparison of these two sets of rules leads us to conclude that there are no substantial divergences between them regarding the power that arbitral tribunals enjoy in ordering the production of evidence* » (7). L'autre note que « *From the declaration of purpose of the Prague Rules, we would expect the IBA Rules to take an entirely different stance on these issues. Yet the reality is much different* » et ajoute que « *The approach towards document production, fact witnesses and party-appointed experts is quite similar in the two sets of rules* » (8).

13. Si la stigmatisation des IBA Rules a ainsi pu inspirer les auteurs des Prague Rules dans un premier temps, ils ont finalement su dépasser la logique de l'anathème qui limitait la portée de leurs travaux pour se concentrer, sans discours comparatiste mais tout en revendiquant un ancrage civiliste, sur la recherche de solutions leur paraissant les mieux à même de garantir un règlement efficace des litiges. Cette démarche ne peut qu'être approuvée.

II. – LES PRAGUE RULES : UNE DYNAMIQUE VERTUEUSE À CONDITION DE PROMOUVOIR UNE ATTITUDE ACTIVISTE MAIS NON AUTORITAIRE DES ARBITRES

14. Le sous-titre des Prague Rules a évolué. Dans leur version de mars 2018, elles étaient présentées comme les « *Inquisitorial Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* ». Finalement, elles s'intitulent « *Rules on Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration* ». Cette double évolution n'est pas neutre et doit à nouveau être approuvée. L'abandon du qualificatif « *inquisitorial* » aura permis de ne plus inscrire les règles dans une approche

(6) A. Panov, A. Khtrapoutski, art. préc.

(7) D. G. Henriques, art. préc. p. 358.

(8) V. le tableau des similitudes établi par G. Rizzo Amaral, *in* art. préc.

ouvertement autoritariste par opposition à ce qui serait l'approche laxiste du système accusatoire (« *adversarial* ») anglo-saxon. Par ailleurs, l'accroissement du domaine couvert par les Rules qui sera passé de règles applicables à la seule recherche des preuves à des règles destinées à faciliter la conduite des procédures d'arbitrage dans leur ensemble aura permis de ne plus réduire les Prague Rules à une simple alternative critique aux IBA Rules sur le « *Taking of evidence* ».

15. L'usage du qualificatif « *inquisitorial* » avait pour but d'encourager les tribunaux arbitraux à avoir un rôle actif dans la conduite de la procédure arbitrale (« *to take a more active role in managing the proceedings* ») afin d'augmenter l'efficacité des procédures arbitrales (« *increase efficiency of arbitral proceedings* ») (version de mars 2018 de la note note introductive des Prague Rules). Cet objectif était louable. Mais le qualificatif paraissait impropre tant il est vrai qu'une justice inquisitoriale apparaissait antinomique de l'arbitrage. L'arbitrage suppose le dialogue (9) quand l'inquisition suggère l'autocratie et l'arbitraire. Certes, il ne faut pas assimiler « *inquisitorial* » et « *inquisition* » et l'usage du qualificatif n'avait d'autre fonction que de vouloir démarquer les Prague Rules de la méthode accusatoire (« *adversarial* ») censée caractériser le système anglo-saxon. Mais en réalité, l'opposition stricte entre ce qui serait la méthode inquisitoriale caractérisant le système de droit continental et la méthode accusatoire caractérisant le système de droit anglo-saxon a de moins en moins de sens. Les systèmes judiciaires de droit continental et de droit anglo-saxon correspondent aujourd'hui à un panachage des deux méthodes. La bipolarisation de l'arbitrage entre deux systèmes était contraire à l'essence même de la justice arbitrale comme aux idéaux d'harmonisation de ceux qui ont œuvré à en faire la forme la plus commune de justice dans le commerce international.

C'est tellement vrai qu'à relire attentivement les IBA Rules, il en ressort qu'elles mentionnent souvent le pouvoir décisionnaire des arbitres (« *Within the time ordered by the arbitral Tribunal* » : articles 3.1, 3.2, 4.1, 5.1) quand elles n'interpellent pas directement les arbitres en leur intimant par l'emploi du mot « *shall* » de prendre telle ou telle décision (articles 7, 8.2, 9.1 - l'article 8.2 prévoit que les arbitres « *shall have* [...] *complete control over the Evidentiary Hearing* ») ou lorsqu'elles donnent aux arbitres la possibilité de décider de leur propre initiative (« *in its discretion* », « *on its own motion* » : articles 5.4, 7, 9.2).

Ainsi, comme le relèvent des praticiens, « *Much depends on the arbitral tribunal (not on the IBA Rules per se)* » (Round Table, 24 May 2018, Gessel, The Pragues Rules on conduct of the taking of evidence : an alternative to the IBA Rules ?). Ce ne sont donc pas les règles contenues dans les IBA Rules qui sont de nature accusatoire. C'est en réalité l'usage qu'en font les arbitres qui dictera la forme plus ou moins accusatoire de la procédure qu'ils conduiront. Or, il est tout aussi vrai que sous l'influence des praticiens de culture anglo-saxonne, l'usage qui aura été fait des IBA Rules aura conduit à une complexification des procédures, à leur ralentissement et par voie de conséquence à une moindre efficacité.

La pratique anglo-saxonne est fondée sur un rôle particulièrement actif des conseils par opposition à une attitude plutôt passive des arbitres. En cela, elle est venue à contre-courant de la vision traditionnelle civiliste de l'arbitrage. Au

(9) En ce sens, M. de Boisséson, « Post-scriptum critique sur les principes de la procédure arbitrale en droit français », *Rev. arb.*, 2018.11, qui évoque « *la fonction heuristique du dialogue contradictoire, figure rhétorique fondamentale qui permet à la vérité de se révéler* ».

point que l'implication des arbitres dans la conduite des procédures aura pu être inversement proportionnelle au rôle croissant reconnu aux magistrats judiciaires dans les pays de droit continental. Cette situation paradoxale a préjudicié à l'arbitrage au cours des dernières années et il faut reconnaître tout le mérite aux initiateurs des Prague Rules d'avoir voulu y remédier en prônant le retour à l'efficacité procédurale. Pour notre part, nous sommes convaincus qu'une justice ne peut pas être vertueuse si elle n'est pas efficace et que la meilleure forme de justice pour garantir cette efficacité est l'arbitrage. Encore faut-il toutefois que la justice arbitrale ne soit pas ravinée au point d'être altérée dans son essence ou corrompue par des pratiques importées des systèmes judiciaires.

16. L'efficacité érigée en mantra dans les Prague Rules a pour corollaire le rôle primordial reconnu à l'arbitre dans la conduite de la procédure. Certaines dispositions des Prague Rules incitent l'arbitre à se faire le moteur de la procédure et doivent être approuvées. D'autres dispositions poussent l'interventionnisme de l'arbitre à un point tel qu'elles pourraient susciter des réserves. Cette appréciation ambivalente des règles nous semble se justifier qu'il s'agisse (i) des dispositions purement procédurales des Prague Rules ou (ii) de celles relatives au droit applicable ou encore à la recherche d'un règlement amiable.

B) L'invitation faite aux arbitres de conduire les procédures arbitrales le plus efficacement possible

17. Selon les Prague Rules, l'activisme de l'arbitre doit se manifester dans la conduite de la procédure proprement dite aussi bien que dans la recherche des preuves.

1°) La faveur donnée à l'activisme procédural

18. L'activisme procédural de l'arbitre selon les Prague Rules trouve sa consécration dans le titre de l'article 2 : « *Proactive Role of the arbitral Tribunal* ». L'instrument de cet activisme selon ces mêmes règles est la conférence sur la gestion de la procédure (« *case management conference* »). Le tribunal est invité à l'organiser sans délai (article 2.1) afin de fixer un calendrier procédural aussi vite que possible (article 2.2), sachant que l'objectif clairement affiché dans les règles est que la procédure soit conduite le plus rapidement possible : à cet effet, le tribunal arbitral est habilité à décider dès le stade de cette conférence, et après avoir entendu les parties, de statuer sur des questions de fait ou de droit de manière préliminaire, de limiter le nombre de mémoires échangés ou la longueur de ces mémoires, de fixer une date buttoir impérative pour les déposer et de définir la forme et l'ampleur de la production de pièces (article 2.5). De tels pouvoirs n'ont rien de nouveau mais les Prague Rules ont le mérite d'insister sur la recherche d'efficacité dès le stade introductif de la procédure.

19. Au stade encore de la conférence de gestion de la procédure, le tribunal arbitral est supposé clarifier avec les parties leurs positions respectives, et en particulier, leurs prétentions, les faits non contestés et ceux qui sont litigieux et les fondements juridiques de leurs prétentions (article 2.2). Un tel objectif à un stade par hypothèse très peu avancé de la procédure, pourrait se révéler ambitieux. Il devrait toutefois pouvoir être atteint dans de nombreux cas, à condition que les acteurs de la procédure, au premier chef desquels les arbitres, soient suffisamment disponibles pour se mobiliser sans tarder à cette fin.

20. Dans un objectif d'efficacité encore plus ambitieux, les Prague Rules vont jusqu'à inviter les arbitres, dès la conférence de gestion de procédure ou plus tard, et sans solliciter l'autorisation préalable des parties, à leur indiquer le type de preuve qu'ils considéreraient le plus à même de démontrer le bienfondé des positions respectives des parties outre le type d'initiatives que les parties aient que le tribunal pourraient prendre pour établir les faits et arguments invoqués au soutien de ces positions (10) voire à partager leurs premières impressions sur la charge de la preuve entre les parties, les prétentions des parties, les questions litigieuses et la force probante des éléments produits à ce stade (article 2.5.e). Les Prague Rules ajoutent une précision qui ne figurait pas dans les versions antérieures selon laquelle l'expression par les arbitres de ces premières impressions ne sauraient être invoquées à elles seules (« *by itself* ») pour mettre en cause l'indépendance ou l'impartialité des arbitres (11).

Cette dernière précision apparaissait en effet indispensable tant il est vrai que le fait d'exprimer des premières impressions sans y être sollicités auraient pu servir à remettre en cause l'indépendance et l'impartialité des arbitres comme autant de preuves de préjugés.

Cette faculté donnée aux arbitres a emporté de vives protestations dans la doctrine. Il est apparu illusoire que les arbitres puissent, dès le stade de la conférence de gestion de la procédure, avoir une compréhension du dossier suffisamment approfondie pour leur permettre d'identifier les documents ou témoignages nécessaires à la meilleure analyse du dossier (12) sans parler de prétendre pouvoir partager une vision de ce qui devrait être la répartition de la charge de la preuve entre les parties (13). Il pourrait être soutenu, non sans raison, qu'il serait préférable de limiter la conférence de gestion à son objet essentiel qui est de poser les conditions de la conduite efficace et la plus rapide possible de la procédure arbitrale et que les arbitres ne devraient pas se substituer aux parties dans la recherche des preuves.

Quant à la possibilité donnée aux arbitres de partager leurs premières impressions sur les prétentions des parties, nonobstant la réserve précitée, elle pourrait être source de conflits : il est aisé d'imaginer que la partie envers qui de telles impressions seront favorables ne pourra qu'être satisfaite, mais que penser de l'état de détresse ou de frustration dans lequel ces premières impressions pourront plonger la partie envers qui elles ne seront pas favorables. Pire, que penser de l'état d'une partie envers qui les premières impressions auront pu être favorables et qui découvrira dans la sentence que les arbitres ont finalement décidé de suivre un chemin défavorable.

(10) Sur le sujet, plusieurs dispositions des Prague Rules apparaissent un peu redondantes.

(11) « *Expressing such preliminary views shall not by itself be considered as evidence of the arbitral tribunal's lack of independence or impartiality, and cannot constitute grounds for disqualification* ».

(12) En ce sens, M. Kocur, art. préc. : « *One has to distinguish between the active role of arbitrators in case management, and their active role in establishing the facts of the case. The former is desirable, while the latter is not. Disputes resolved in international arbitration are usually complex. The parties themselves know the facts much better than tribunals [...] For the timely running of proceedings, it is enough that the tribunals identify contentious issues, set out cut-off dates for providing evidence regarding these issues, and then enforce them* ».

(13) En ce sens, v. L. W. Newman, D. Zaslowsky, « *The Russians Are Coming, and They Want to Change How We conduct International Arbitration* », *New York Law Journal*, 28 May 2018.

A vouloir asseoir trop tôt une autorité morale sur la procédure, les arbitres pourraient altérer aussi bien la sérénité de la procédure que les attentes des parties. Les Prague Rules n'imposent pas de telles initiatives aux arbitres et c'est heureux. C'est une possibilité offerte, intéressante certes, mais dont l'usage devrait être extraordinairement prudent et réservé à des cas où des prétentions ou des moyens de preuve d'une partie apparaîtraient manifester fantaisistes. En effet, comment identifier ce qui sera un usage normal et modéré de la faculté donnée aux arbitres d'exprimer leurs premières impressions avec ce qui pourrait constituer un abus ? Comment comprendre l'expression « *by itself* » (14) ? Libérer totalement la parole de l'arbitre pourrait conduire au mieux à des frustrations au pire à du contentieux. Cette parole devra être d'autant plus prudente qu'il faudra en vérifier la validité au regard la *lex arbitrii* et du règlement d'arbitrage comme il est, sous la forme d'une mise en garde générale, sagement rappelé à l'article 1.3 des Prague Rules. En l'occurrence, en droit français au moins, la validité de la renonciation par avance à se prévaloir d'un manquement aux obligations d'indépendance et d'impartialité des arbitres, telle qu'elle figure à l'article 2.4 *in fine* des Prague Rules, pourrait être contestée. S'agissant à notre avis d'impératifs d'ordre public international, il ne devrait pas pouvoir être possible de renoncer par avance à en faire valoir l'éventuelle violation (15).

21. Au-delà de la conférence de gestion de procédure, les Prague Rules appliquent la même recherche d'efficacité dans l'organisation des audiences et des délibérations. S'agissant des audiences, et dans le souci louable de réduire les coûts autant que possible, les arbitres comme les parties sont invités à éviter les audiences et à ne statuer qu'au vu des documents (article 8.1). Il est précisé que si une partie sollicite la tenue d'une audience, il conviendra de rechercher les moyens permettant de réduire autant que possible les coûts en choisissant par exemple de limiter la durée de l'audience et d'utiliser la vidéo pour éviter des déplacements inutiles aux arbitres, aux parties et aux autres intervenants (article 8.2). Nous souscrivons sans réserve à de telles directives. Quant aux délibérations, les Prague Rules insistent sur la nécessité de rendre la sentence dans les meilleurs délais et prévoient qu'à cet effet, les arbitres devront échanger leurs avis sur le dossier dès avant la tenue de l'audience et tenir leurs délibérations dès que possible après l'audience, et en l'absence d'audience, dès que possible après la production des pièces (article 12). Nous souscrivons là encore sans réserve à de telles règles. Les arbitres sont certainement fondés à discuter entre eux de leur vision du dossier avant une audience ou en cours de procédure sans qu'il puisse leur être reproché de préjuger et sachant que de telles impressions préliminaires ne préjudicieront en rien à leur parfaite indépendance et impartialité et aptitude à reconsidérer ces premières impressions à l'issue de leurs discussions avec les coarbitres ou à l'issue de l'audience.

22. Deux dispositions sont enfin prévues pour inciter les parties à respecter les décisions et directives des arbitres. Selon l'article 10, dans l'hypothèse où une partie ne respecterait pas, sans raison légitime, les instructions ou ordonnances des arbitres, ceux-ci sont expressément autorisés à en tirer toutes conséquences défavorables vis-à-vis de ladite partie. Il va de soi que le comportement des parties est toujours susceptible d'avoir un effet sur l'appréciation par le tribunal de leurs

(14) V. citation en footnote n° 11 ci-avant.

(15) En ce sens, v. M. Henry, not., « La connaissance en arbitre de l'indépendance et de l'impartialité », *Rev. arb.*, 2016, 555 ; « le chant de la révélation : de profundis ou gloria de l'arbitrage ? », *Rev. arb.*, 2015, n° 27 p. 174 ; « L'indépendance de l'arbitre au cœur du Juste et de l'Utile », *Cah. arb.*, 2012, n° 8, p. 875 et s.

prétentions respectives. Il n'en reste pas moins que rappeler expressément cette « *adverse inference* » potentielle nous semble pouvoir inciter des parties à coopérer le plus loyalement possible à la procédure arbitrale. L'article 11 des Prague Rules vient par ailleurs rappeler la règle classique selon laquelle les arbitres sont fondés à tenir compte du comportement des parties, et en particulier leur propension à faciliter une conduite efficace et « *cost-efficient* » de la procédure, quand ils statuent sur l'allocation des frais d'arbitrage.

2°) *La faveur donnée à l'activisme probatoire*

23. Selon les Prague Rules, l'activisme des arbitres ne doit pas s'arrêter à la simple organisation de la procédure. La recherche d'efficacité doit également couvrir le processus de production et de recherche de preuves. Les rédacteurs des règles ont souhaité, fort légitimement, que ce processus soit adapté à la nature du litige et aux enjeux. Ils ont observé que dans la pratique arbitrale actuelle existait une propension à reproduire systématiquement un même processus sans égard pour le type de litige en cause. Cette uniformisation procède sans doute d'une tendance naturelle à reproduire les modèles existants sans toujours s'interroger sur leur pertinence, avec pour conséquence dans les procédures arbitrales que des procédures d'origine plutôt anglo-saxonnes sont devenues l'usage, sans que les parties comme les arbitres s'interrogent sur leur légitimité au regard de la nature et des enjeux des litiges. Les initiateurs des Prague Rules ont, à nouveau à juste titre, voulu renverser cette tendance et inciter les arbitres à apprécier l'adéquation raisonnable des moyens de preuve utilisés par rapport à la nature et aux enjeux des litiges.

24. A cette fin, les arbitres sont invités et fondés à assumer un rôle proactif dans la recherche des preuves (article 3.1 : « *The arbitral tribunal is entitled and encouraged to take proactive role in establishing the facts of the case which it considers relevant for the resolution of the case* »). Les règles ajoutent aussitôt, pour éviter tout malentendu, qu'une telle invitation ne dispense pas les parties d'assumer la charge de la preuve des faits invoqués au soutien de leurs prétentions (article 3.1). La directive précitée signifie simplement que les arbitres sont invités à éviter toutes formes de recherche de preuves qui apparaîtraient inadaptées au type de litige, qu'il s'agisse du processus de production des pièces, du recours à la preuve testimoniale ou de la désignation d'experts.

25. Le pouvoir des arbitres sur l'administration de la preuve est clairement affirmé : ils sont fondés (i) à solliciter des parties qu'ils produisent toutes pièces pertinentes ou fassent comparaître tous témoins utiles, (ii) à désigner tout expert en ce compris des experts juridiques, et (iii) à décider des visites sur site et prendre toutes autres mesures appropriées (article 3.2). Les arbitres sont encore fondés à imposer des dates impératives pour la production de toutes preuves et à écarter tous éléments qui seraient produits hors délai (article 3.3).

26. Les parties sont supposées produire leurs pièces le plus tôt possible dans la procédure (article 4.1) et les demandes de production extensive ou pire d'e-discovery sont très fortement déconseillées, même si bien sûr elles ne sont pas interdites (16). Toute demande de production de pièce devra en principe être

(16) Un auteur conteste la critique faite aux systèmes juridiques favorisant les procédures de production extensive de preuves en observant que « *the mere fact that document production may be used can induce the party holding the documents to refrain from making false statements. Document production, therefore, does not need to bring a smoking gun to light in order to be beneficial* » (M. Kocur, art. préc.).

faite au stade de la conférence de gestion de la procédure et ne pourra être présentée ultérieurement que si la partie démontre que cette demande ne pouvait pas être présentée au préalable (article 4.3). La demande de production devra démontrer en quoi tel document « *shall be relevant and material to the outcome of the case* » (article 4.5). De telles dispositions qui visent à limiter les demandes de productions de pièces inutilement larges et à donner aux arbitres les arguments pour les rejeter sereinement ne peuvent à notre sens qu'être approuvées. Elles serviront sans nul doute à accélérer certaines procédures d'arbitrage.

27. Enfin, c'est peu dire que les audiences de témoignages faisant suite à la production des attestations de témoins sont devenues pratique courante en arbitrage au point qu'il est difficile d'imaginer une procédure arbitrale qui ne sacrifierait pas à un tel exercice. Cette situation est à n'en point douter le résultat d'une transposition à l'arbitrage de pratiques judiciaires anglo-saxonnes (même s'il est vrai que le droit de la procédure civile connaît aussi la possibilité de faire témoigner). Certains praticiens de l'arbitrage ne pourraient pas envisager une procédure arbitrale sans une telle audience de témoins, au point qu'ils en font même l'essence de la procédure arbitrale et l'exercice de la cross-examination la raison de leur intérêt pour la matière. Pourtant, il est certainement des cas où de telles audiences de témoins pourraient être évitées ou limitées. C'est la position défendue dans les Prague Rules. Les arbitres se voient donc reconnaître des pouvoirs étendus dans le but d'accroître l'efficacité de la preuve testimoniale.

Selon les Prague Rules, les arbitres peuvent choisir les témoins dont l'audition leur paraît utile en fonction de critères tenant à la pertinence et l'importance de leur témoignage dans l'appréciation des prétentions des parties, au fait qu'un tel témoignage serait trop « *burdensome* » ou encore qu'il serait redondant (article 5.3). Si le tribunal décide qu'un témoignage oral n'a pas d'intérêt, la partie qui souhaiterait invoquer le témoignage pourra produire une attestation. Si une telle attestation est produite et que la partie produisant l'attestation demande à voir entendre le témoin, le tribunal pourra, après avoir entendu les parties, refuser d'entendre le témoin (article 5.6). Au contraire, si une partie insiste pour cross-examiner un témoin de l'autre partie, le tribunal ne pourra pas refuser cette demande sauf circonstances particulières le justifiant (article 5.7). Les règles précisent enfin que le refus du tribunal d'entendre un témoin ayant produit une attestation ne signifie pas qu'il ne sera pas fondé à reconnaître à cette attestation la valeur probante qu'il estimera devoir lui reconnaître (article 5.8).

Enfin, les Prague Rules insistent pour donner aux arbitres la direction et le contrôle des audiences de témoins (article 5.9 : « *At the hearing, the examination of any fact witness shall be conducted under the direction and control of the arbitral tribunal* »). A ce titre, le tribunal se voit reconnaître le droit de rejeter toute question qu'il jugera dénuée de pertinence, redondante ou sans intérêt dans l'appréciation des prétentions des parties. Après avoir sollicité l'avis des parties, le tribunal est autorisé à fixer l'ordre et la durée des auditions ainsi que le type de questions pouvant être posées.

28. Il appartiendra aux arbitres de faire un usage éclairé des pouvoirs de direction et de contrôle qu'ils tiendront en application des Prague Rules sur le principe du recours à la preuve testimoniale et la manière de l'organiser. Les règles prévoient les cas où les arbitres devront consulter les parties avant de prendre des décisions sur les questions probatoires, sans toutefois être liés par leur avis. Nul doute cependant qu'ils sauront trouver la juste mesure pour éviter de substituer l'autoritarisme à la raison. Sous cette réserve, il nous semble que les directives contenues dans les Prague Rules seront à même de privilégier le traitement efficace des questions de preuve dans des arbitrages où l'établissement

des faits ne posera pas de difficulté particulière et où ils pourront être suffisamment étayés par les pièces produites par les parties.

29. Les Prague Rules entretiennent le même objectif d'efficacité à propos des experts. Les règles reconnaissent aux arbitres la possibilité de désigner un expert, après avoir entendu les parties sur le sujet (article 6.1). La même possibilité est bien entendu reconnue aux parties. Deux mesures sont prévues pour accroître l'intérêt et faciliter l'analyse des rapports des experts : le tribunal peut demander aux experts de dresser une liste commune des points leur paraissant devoir être traités (article 6.6) de même qu'il peut demander aux experts d'établir un rapport commun listant les points d'accord et de désaccord des experts ainsi que si possible les raisons des désaccords (article 6.7). Dans ces deux cas, l'avis des parties est sollicité préalablement à la décision des arbitres.

C) L'invitation faite aux arbitres de régler les différends le plus efficacement possible

30. Afin de faciliter le règlement des différends, les Prague Rules invitent les arbitres à se montrer proactifs dans l'analyse juridique des litiges et les incitent à favoriser la recherche d'accords amiables entre les parties.

1°) La faveur donnée à l'activisme juridique (jura novit curia)

31. Les Prague Rules commencent par rappeler l'évidence, à savoir qu'il appartient avant tout aux parties d'établir le droit dont elles se prévalent au soutien de leurs prétentions (article 7.1). Les Prague Rules ajoutent toutefois aussitôt, visant expressément le principe *jura novit curia* (au point d'en faire le titre de l'article), que les arbitres sont habilités à appliquer des règles juridiques ou de la doctrine qui ne seraient pas invoquées par les parties et sans limiter cette faculté à des dispositions d'ordre public, à la condition bien sûr, avant de décider de les appliquer, d'inviter les parties à s'exprimer sur ces règles ou cette doctrine (article 7.2).

32. Nous approuvons l'invitation faite aux arbitres de contribuer à l'identification des règles juridiques pertinentes dans la recherche de la solution juste à donner aux litiges dont ils ont à connaître. Un tel activisme ne pourra que contribuer à une meilleure efficacité dans le traitement des litiges. Il est fréquent encore que des arbitres s'avèrent réticents à dépasser l'approche passive de tradition anglo-saxonne consistant à se contenter de choisir parmi les seuls arguments juridiques présentés par les parties. La tradition civiliste reconnaît au contraire aux juges la faculté d'appliquer les règles juridiques pertinentes nonobstant l'argumentation développée par les parties, à condition de soumettre ces règles au débat contradictoire. Il n'est pas rare encore que des arbitres considèrent qu'ils pourraient aux yeux des parties manquer d'indépendance et d'impartialité s'ils venaient à invoquer des arguments juridiques non développés dans les écritures de ces parties. Une telle crainte, à tout le moins en droit français, n'aurait pourtant aucun fondement si les arguments relevés d'office sont soumis au débat contradictoire.

33. Les Prague Rules visent à créer un environnement permettant aux arbitres de rendre la meilleure justice possible. Affirmer l'autorité des arbitres, sous la condition d'un débat contradictoire, pour pallier l'éventuelle insuffisance de l'argumentation juridique des parties s'inscrit donc dans une démarche vertueuse qu'il faut approuver. Invoquer d'office des arguments de droit omis par les parties

ne pourra que contribuer à ce que la meilleure décision possible soit rendue. Selon une formule à laquelle nous souscrivons sans réserve, en invoquant d'office un moyen de droit, « *you don't give benefit to a party, you give benefit to justice* ».

2°) La faveur donnée à l'activisme transactionnel

34. Il est certainement un moyen de faciliter le règlement rapide des différends. Il consiste à faciliter la recherche d'un accord amiable entre les parties. Forts de ce constat, les rédacteurs des Prague Rules ont souhaité inviter les arbitres à encourager les parties à régler amiablement leurs différends. Un tribunal arbitral peut encourager de tels règlements de deux manières : soit, sans prendre part au processus de négociation, le tribunal peut partager avec les parties ses premières impressions sur le litige, ce qui pourra inciter les parties à se rapprocher ; soit un membre du tribunal arbitral devient acteur du processus de négociation en étant désigné médiateur par les parties.

35. Les Prague Rules envisagent ces deux procédés. Le partage par les arbitres de leurs premières impressions avec les parties a déjà été évoqué (v. point 20 ci-avant). Dans leur article 9, les Prague Rules envisagent en outre la désignation d'un membre du tribunal arbitral en qualité de médiateur. Si la médiation échoue, et sous réserve de l'accord des parties, le médiateur pourra réintégrer le tribunal et la procédure reprendra son cours.

L'invitation des arbitres à inciter les parties, lorsque cela leur paraît envisageable ou souhaitable, à rechercher un accord amiable pourra certainement permettre d'accroître l'efficacité des procédures arbitrales. Le centre d'arbitrage allemand (le DIS) a ainsi récemment inclus dans son règlement d'arbitrage une clause en tout point comparable à celle des Prague Rules selon laquelle « *Unless any party objects thereto, the arbitral tribunal shall, at every stage of the arbitration, seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual disputed issues* » (article 26 intitulé : « *Encouraging Amicable Settlements* »). Cette incitation faite aux arbitres devrait satisfaire les parties et servira l'arbitrage dans la mesure où les parties y verront aussi un moyen de trouver une solution préservant leurs intérêts commerciaux.

Nous sommes au contraire beaucoup plus réservés sur l'opportunité de désigner, en cours de procédure, un arbitre membre du tribunal en qualité de médiateur pour ensuite en cas d'échec le voir rejoindre le tribunal. Un tel « mélange des genres » ne nous semble pas souhaitable. Si la médiation échoue, il est difficile de croire que la même personne pourra ensuite jouer pleinement son rôle d'arbitre avec toute l'indépendance voulue. Une médiation suppose que les parties expriment des positions qui pourraient s'avérer incompatibles avec les positions défendues dans la procédure contentieuse. Il sera très difficile à l'arbitre désigné médiateur de faire abstraction de ce que les parties auront pu exprimer dans la médiation lorsqu'il retrouvera ses fonctions d'arbitre. En outre, les coarbitres seront dans une position inégalitaire par rapport à cet arbitre dans la mesure où ils ne bénéficieront pas du même degré d'information sur les parties que l'arbitre précédemment médiateur. Ces inconvénients font qu'il sera sans doute préférable, en cas d'échec de la médiation, de désigner un nouvel arbitre, avec les coûts supplémentaires que cette situation génère. Suggérer le choix de l'arbitre pour jouer le rôle du médiateur pourrait donc ne pas s'avérer propice au règlement rapide des procédures arbitrales contrairement à l'objectif recherché par les Prague Rules. En écrivant cela, nous reconnaissons que nous sommes peut-être victimes d'un ethnocentrisme juridique-culturel. Les juristes chinois nous apprennent que ce mélange des genres est couramment pratiqué dans leur pays sans que cela soulève de problèmes. Mais nous savons que la

solution non négociée d'un litige est culturellement très mal vécue en Chine et que les acteurs de l'arbitrage (parties et conseils) ont donc un très fort incitatif à trouver un accord lorsque la voie de la recherche d'une transaction est choisie, la conséquence étant que les cas où les arbitres devenus médiateurs dans une procédure retrouvent leur position d'arbitres dans la même procédure ne sont sans doute pas fréquents. Cela étant, nous restons sceptiques sur l'intérêt de faire jouer aux arbitres des rôles qui nous semblent difficilement conciliables dans une même procédure. Si les parties souhaitent tenter une médiation dans un arbitrage, elles auront selon nous intérêt à suspendre la procédure arbitrale, désigner un médiateur en dehors des arbitres, et revenir à l'arbitrage si la médiation échoue.

37. En conclusion, les Prague Rules sont fondées sur l'idée que pour redonner à l'arbitrage l'efficacité souhaitée par les parties, il faut redonner aux arbitres l'autorité nécessaire pour conduire efficacement les procédures arbitrales. La plupart des pouvoirs que les Prague Rules donnent aux arbitres ne sont pas nouveaux. L'originalité des règles tient donc moins à la nature des pouvoirs donnés aux arbitres qu'à l'incitation faite aux arbitres de les utiliser et de s'émanciper de l'avis des parties dans certains cas s'ils estiment qu'il serait contraire au traitement rapide de la procédure. Les Prague Rules n'imposent rien par elles-mêmes. Ce seront les parties qui librement pourront les imposer aux arbitres ou, conformément à l'usage habituel des IBA Rules, en faire des règles dont les arbitres pourront s'inspirer, étant entendu qu'il pourra y être fait référence en globalité ou pour partie uniquement (voir le préambule des Prague Rules).

L'essence des Prague Rules n'est donc pas de transformer les arbitres en tyrans ou en promoteurs d'un ordre autoritaire mais de leur rappeler qu'ils ont des pouvoirs de direction et de contrôle sur les procédures arbitrales et qu'ils sont invités à en faire usage afin de permettre une conduite efficace de ces procédures. Le principe d'efficacité (17) de l'instance arbitrale que le droit français de l'arbitrage exprimerait « *dans le silence* » autant qu'il le verrait « *partout et nulle part* » selon le constat de Matthieu de Boissésou (18) trouverait ainsi dans les Prague Rules une consécration textuelle digne d'alimenter la dynamique vertueuse (exempte de sophismes et d'autoritarisme) souhaitée à l'arbitrage !

(17) V. G. Kaufmann-Kohler, « Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité », *Liber Amicorum Cl. Reymond*, 2004, p. 153. A la différence de l'opinion exprimée par le Professeur Kaufman-Kohler dans cet article, que nous partageons, selon laquelle dans certains cas, les arbitres doivent pouvoir s'émanciper de l'avis des parties dans la conduite de la procédure arbitrale, Matthieu de Boissésou considère que « *malgré les objections dues au souci d'assurer l'efficacité de l'arbitrage, les parties ont un final say sur les règles et l'organisation de l'arbitrage* » (in art. préc., p. 13).

(18) Art. préc. p. 10.