

COMMISSION OUVERTE  
**ARBITRAGE INTERNATIONAL**

CO-RESPONSABLES :

ISABELLE MICHOU ET PIERRE PIC

Mardi 11 mars 2014

Arbitrage et recherche de  
preuves devant les juridictions  
françaises et américaines

*Arbitration and the use of  
French and US courts in  
obtaining evidence*

Intervenants :

Jeremy Wilson

Partner at Covington & Burling LLP, London  
(International Arbitration Group)

Marie Danis

Avocat à la Cour

Associée chez August & Debouzy, Paris  
(groupe Contentieux et Arbitrage)



COVINGTON & BURLING LLP

august & debouzy avocats

---

## Arbitrage et recherche de preuves devant les juridictions françaises et américaines

11 mars 2014

**Jeremy Wilson**

Avocat associé - Covington & Burling (Londres)

**Marie Danis**

Avocat associé - August & Debouzy

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

---

## Introduction : les pouvoirs limités du Tribunal en matière de production en droit français

### Article 1467 du Code de procédure civile (le « CPC »)

**Si une partie détient un élément de preuve**, le tribunal arbitral peut **lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte**.

### Article 1468 du CPC

Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et **au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire** qu'il juge opportune. Toutefois, **la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires**.

- Si l'arbitre statue par voie de sentence et pas par ordonnance, la décision de l'arbitre est susceptible d'exécution forcée si elle a reçu l'exequatur

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

---

## Introduction : le recours aux tribunaux étatiques en France

### ➤ Les tiers (article 1469 du CPC) :

Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état [...] d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir [...] la production de l'acte ou de la pièce. [...]

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

Le président [...] ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce [...] dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

Elle est susceptible d'appel dans un délai de 15 jours suivant la signification de la décision.

- Mécanisme institué par le Décret du 13 janvier 2011 pour la production de document (non applicable à l'audition forcée de tiers).

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

---

## Introduction : le recours aux tribunaux étatiques dans les pays de *common law*

- Alternatively, parties may look to the courts of the seat of arbitration for assistance
- Some examples of on-point legislation:
  - US – § 7 of the Federal Arbitration Act
  - England – § 43 of the Arbitration Act 1996
- In general, courts:
  - may be willing to assist tribunals in some circumstances; but
  - are very reluctant to provide assistance to parties except for exceptional circumstances

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

---

## Introduction : rechercher des preuves préalablement à l'arbitrage

- Solliciter le **juge étatique** :
  - En France, sur le fondement de l'article 145 du CPC
  - Aux Etats-Unis, sur le fondement de la Section 28 § 1782 du Code de procédure civile américain
  
- Fondements de droit commun et non dédiés à l'arbitrage, ils ont été **utilement mis en œuvre en France et aux Etats-Unis dans le cadre de procédures arbitrales**
  - Leurs possibilités d'application sont larges
  - Leur territorialité est liée à **la localisation des preuves recherchées**, et non pas au lieu du différend ou du siège de l'arbitrage

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

## LE RECOURS AUX TRIBUNAUX ÉTATIQUES POUR OBTENIR LA PRODUCTION DE DOCUMENTS

- a) En France : en amont du procès arbitral
- b) Aux Etats-Unis : à l'occasion d'un litige devant un « tribunal étranger ou international »

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

EN FRANCE : EN AMONT DE LA PROCEDURE D'ARBITRAGE



## II. Le recours aux tribunaux pour obtenir des preuves

### a. En France : en amont du procès arbitral

---

#### Article 145 du CPC

« *s'il existe un **motif légitime** de **conserver** ou **d'établir avant tout procès** la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout **intéressé**, **sur requête** ou **en référé** »*

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Les conditions de mise en œuvre de l'article 145 du CPC

**Condition n°1** : Avant tout procès, c'est-à-dire avant le début de la procédure d'arbitrage, en application de l'effet négatif du principe de compétence-compétence

- Pas de concurrence à l'autorité du Tribunal arbitral, qui dispose lui-même d'un pouvoir d'ordonner la production de preuves

## **Article 1449 du CPC :**

*« L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire »*

- A partir de l'acceptation de sa mission par le dernier arbitre (Cass. civ. 1<sup>e</sup>, 30 mars 2004)
- Arbitrage institutionnel : quand le dossier est transmis aux arbitres

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Les conditions de mise en œuvre de l'article 145 du CPC

**Condition n°2 : Existence d'un motif légitime de conserver ou d'établir** des faits dont peut dépendre la solution du litige :

- Le juge apprécie si la mesure demandée est pertinente dans l'optique du litige à venir et si elle a bien pour but l'établissement de preuves dont la production peut influencer sur la solution du litige à venir (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 novembre 2007)
- La légitimité du motif est appréciée au regard des éléments suivants :
  - Un litige potentiel à objet et fondements suffisamment caractérisés
  - Une prétention non manifestement vouée à l'échec
  - Pertinence des faits et utilité de la preuve recherchée

Justifie d'un motif légitime la partie qui souhaite obtenir la communication de documents lui permettant d'apprécier l'importance des manquements imputés à une autre partie avant d'engager une action en responsabilité à son encontre (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 novembre 2008)

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Les conditions de mise en œuvre de l'article 145 du CPC

**Pas de condition d'urgence** requise

Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2009 et Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 novembre 2010

Jurisprudence contraire (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 mai 2008) a été dépassée

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Les modalités de mise en œuvre de l'article 145 du CPC

- **En référé**, après un débat contradictoire des parties sur la mesure demandée
- **Sur requête**, sans débat contradictoire des parties
  - Effet de surprise de l'adversaire
  - Encadrement plus strict : article 812 du Code de procédure civile « *Le président du Tribunal peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes **lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement*** », soit quand l'effet de surprise est absolument nécessaire à l'efficacité de la mesure notamment en cas de risque de **dépérissement de la preuve**

Éviter que la partie destinataire des mesures ne puisse soustraire les éléments de preuve au ressort du juge (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 21 octobre 1992)

Éviter que les parties adverses se concertent (Cass. civ 2<sup>e</sup>, 15 janvier 2009)

# En France : en amont du procès arbitral

---

## La nature des preuves rassemblées

Les mesures d'instruction légalement admissibles sont **toutes celles qui permettraient d'établir ou de conserver la preuve** (Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 20 décembre 1982, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 11 octobre 1995; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 février 2006).

- tout l'éventail des mesures d'instruction prévues par les articles 232 à 284-2 du CPC
  - constatations
  - consultations
  - expertises
- productions de pièces et de documents (Cass. com. 20 décembre 1993; Cass. com. 11 avril 1995),
- y compris de tiers (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 31 mai 1988 ; Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 26 mai 2011)

**Limite posée par l'article 146 CPC** : la mesure sollicitée sur le fondement de l'article 145 ne doit **pas suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve**

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Minimiser les risques de blocage de la mesure

- Eviter de définir la mesure de manière **trop large ou imprécise**, ce qui justifierait une rétractation ou la nullité de la mesure octroyée (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 6 janvier 2011 et Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 juin 2011)
  - **Circonscrire** les éléments de preuve essentiels pour initier l'arbitrage :
    - Ne pas multiplier les demandes;
    - Ne pas définir trop largement la mesure demandée : attention aux mots-clés qui ne doivent pas être trop généraux
  - Exposer l'action au fond envisagée, les éléments sur lesquels se fondent la suspicion légitime et l'intérêt des éléments de preuve que l'on souhaite obtenir
  - Ne pas agir dans la précipitation mais bien préparer la mesure pour maximiser les chances d'efficacité

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Moyens de défense dans le cadre d'une action fondée sur l'article 145 du CPC

- **Pour s'opposer à la mesure sollicitée en référé** (procédure contradictoire)
  - contester le caractère légitime de la mesure
  - contester le caractère proportionné de la mesure

Limitation de l'octroi des mesures par le secret professionnel et par le secret bancaire (v. par exemple pour le secret bancaire : Versailles, 26 octobre 2011)

Dans une moindre mesure par le secret des affaires (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 7 janvier 1999; Cass. com, 8 décembre 2009), par le respect de la vie privée et par le secret des correspondances (Cass. soc, 10 juin 2008)



# En France : en amont du procès arbitral

---

## Un exemple de mesure

- **Remise à un huissier des éléments de preuve**
- **Séquestre (total ou partiel) des éléments de preuve et protection de la confidentialité/du secret**
- **Extraction des informations pertinentes et transmission à la partie requérante de ces seuls éléments**

# En France : en amont du procès arbitral

---

## Recours contre la mesure octroyée sur le fondement de l'article 145 du CPC

- **Contre la mesure ordonnée en référé** (procédure contradictoire)
  - faire appel de l'ordonnance du juge qui accorde la mesure
- **Contre la mesure ordonnée sur requête** (procédure non contradictoire)
  - Si la mesure est refusée : le requérant débouté peut présenter une nouvelle fois la requête ou faire appel de l'ordonnance du juge
  - Si la mesure est octroyée : la partie contre laquelle l'ordonnance a été rendue peut exercer une action en **rétractation** selon l'article 496 du CPC en contestant le caractère légitime et proportionné de la mesure

# ARBITRAGE ET RECHERCHE DE PREUVES DEVANT LES JURIDICTIONS FRANÇAISES ET AMÉRICAINES

Aux Etats-Unis : à l'occasion d'un litige devant un « tribunal étranger ou international »

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: basics and background

- A provision that can be used to obtain information from persons in the United States for use in international proceedings
- Broad categories of evidence can be obtained through this provision, even before litigation commences
- Some requirements must be met, and even then granting the motion is at the courts discretion

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: mandatory requirements

- Motion must be made by an “interested party”
- Evidence must be for use in “reasonably contemplated” “proceedings in a foreign or international tribunal”
- Person from whom the evidence is sought must be under the jurisdiction of the relevant federal court

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: discretionary standards

- Participant > non-participant
- Nature of the tribunal, character of the proceedings and receptivity to US assistance
- Cannot be an attempt to circumvent local standards or policies
- Cannot be an “unduly intrusive or burdensome” request

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: the legal controversy

- Sparked by *Intel v AMD* (2005)
- Intel was not a case about arbitration, but a parenthetical quote intensified this debate
- What does “tribunal” mean for purposes of 28 USC 1782?
  - Fairly settled that “tribunal” includes arbitrations pursuant to an investment treaty
  - The question: is a private arbitral tribunal “a proceeding in a foreign or international tribunal”?

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: Understanding the US Circuit Courts

- 94 district courts, 13 circuit courts (appellate courts) and 1 supreme court
- Precedents from the court with the greatest authority in a jurisdiction are binding:

(appeals process)

District Court ↴

↻ Relevant Circuit Court ↴

↻ Supreme Court



# Aux Etats-Unis: §1782

## § 1782: court decisions by circuit

- The legal controversy is intensified by the structure of the US courts and different results in different circuits:

1782 is probably applicable for private arbitrations	Acknowledged issue, but no holding	1782 is inapplicable or probably inapplicable for private arbitrations
In the 1 <sup>st</sup> Circuit <sup>o</sup> In the 8 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup>	3 <sup>rd</sup> Circuit 11 <sup>th</sup> Circuit <sup>^</sup> In the 4 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup> In the 6 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup> In the 10 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup> In the DC Circuit <sup>o</sup>	5 <sup>th</sup> Circuit 2 <sup>nd</sup> Circuit <sup>*</sup> In the 7 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup> In the 9 <sup>th</sup> Circuit <sup>o</sup>

<sup>o</sup> District court decisions

<sup>^</sup> See next slides

<sup>\*</sup> Decision prior to 2004

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: 11th Circuit district court decisions

- (2006) *In re Roz* (international commercial arbitral body located in Austria was a “tribunal”)
- (2009) *In re Operadora DB Mexico S.A. de C.V.* (ICC tribunal not a “tribunal”)
- (2010) *Ex rel Application of Winning (HK) Shipping Co. Ltd.* (uses a “functional analysis” test and determines that LMAA proceeding is a “tribunal”)

# Aux Etats-Unis: §1782

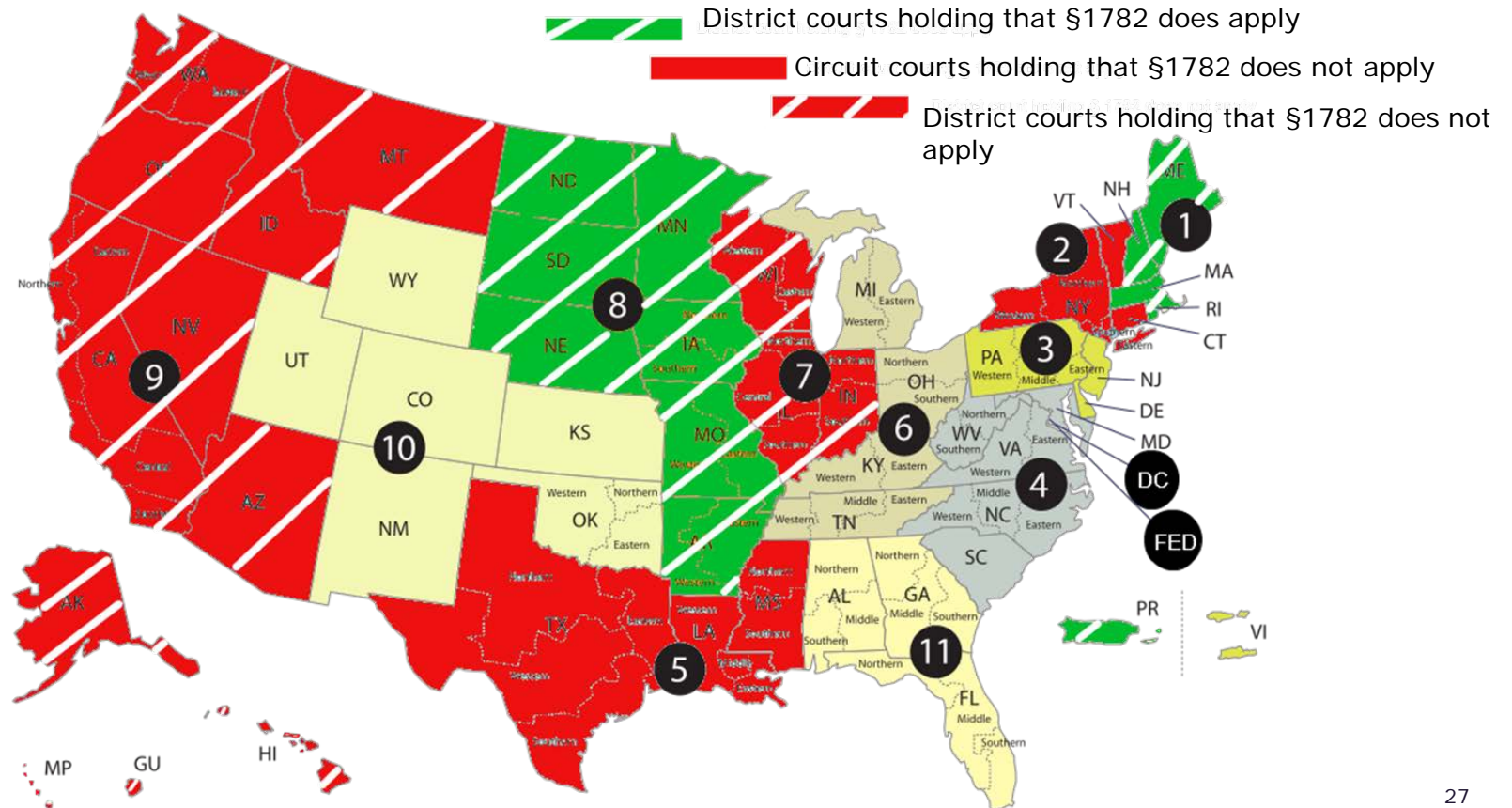
---

## § 1782: 11th Circuit decisions

- *Application of Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. v JAS Forwarding (USA), Inc.*
  - (2010): District court holds that a private, Ecuadorian tribunal qualifies as a “tribunal”
  - (2012): Affirmed by the 11th Circuit Court, holds “the arbitral tribunal before which [the] dispute is now pending is a foreign tribunal for purposes of [28 USC 1782]”
  - (2014): The same judges who previously decided the issue vacate the original opinion and issue a more limited one

# Aux Etats-Unis: §1782

## Application of § 1782 to private arbitration?



# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: points for consideration

- On the face of it, § 1782 can be highly useful for a foreign litigant in an arbitration against an American entity
- Foreign companies are unlikely to be subject to the jurisdiction of a US court
- § 1782 tilts the evidentiary playing field in favor of parties with no attachment to the US and provides them with an advantage

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: points for consideration

- There are some points for additional consideration:
  - There is the possibility that US-based affiliates or associates of a foreign company can be subjected to a § 1782 motion (see *Chevron v Banco Miami*)
  - there is the potential cost of US litigation relating to the § 1782 motion; ex parte applications are possible, but parties have a right to respond
  - § 1782 can introduce some of the costs, burden and delay of American-style discovery
  - due to the “mootness” doctrine the US Supreme Court is unlikely to resolve the different applications by the US courts
  - different standards in different jurisdictions can prejudice a party’s position in an arbitration; for example, one party applying in Texas versus the other party applying in Maine

# Aux Etats-Unis: §1782

---

## § 1782: limiting its effects

- If parties want to limit the impact of § 1782, they can do so in the drafting of their arbitration clause :
  - permit only the institution or arbitral tribunal to make a §1782 motion
  - prohibit arbitrators from relying on any other evidence obtained through §1782

---

**Pour une approche comparée des outils évoqués :**

« [Les outils judiciaires de recherche de preuve au service de l'arbitrage : étude comparée de l'art.145 du Code de procédure civile français et de la Section 28 USC §1782 aux Etats-Unis](#) », Carine Dupeyron et Marie Valentini, version bilingue français/anglais, RDAI décembre 2013, pp. 533-558

(Cet article a été publié par Sweet & Maxwell Limited, dans la Revue de Droit des Affaires Internationales (RDAI) et est reproduit ici avec l'accord de l'éditeur)



||| | august & debouzy avocats



6-8, avenue de Messine - 75008 Paris  
T +33 1 45 61 51 80 - F +33 1 45 61 51 99  
[www.august-debouzy.com](http://www.august-debouzy.com)