

RAPPORT EXPLICATIF SUR LA CONVENTION DU 18 MARS 1970 SUR L'OBTENTION DES PREUVES À L'ÉTRANGER EN MATIÈRE CIVILE OU COMMERCIALE

de M. Philip W. Amram*

I. Introduction

1. La Onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui a siégé pendant trois semaines, a établi le texte définitif de la Convention sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale. La Convention fait l'objet de l'Acte final de la Session qui fut signé le 26 octobre 1968 par toutes les délégations ayant participé à la Session. Cette Convention avait été préparée par la Troisième commission, dont le Dr Arnold était le Président et le Juge Balbaa le Vice-Président ; l'auteur du présent rapport en était le Rapporteur.

A. *L'objet général de la Convention*

2. La Convention a pour objet essentiel de poursuivre la révision et la modernisation des Conventions de La Haye de 1905 et 1954 sur la procédure civile.

3. En 1964, la Dixième session de la Conférence avait révisé le Chapitre premier de ces Conventions, relatif à la notification et la signification d'actes à l'étranger : c'est la « Convention sur la notification et la signification à l'étranger d'actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale », qui est entrée en vigueur le 10 février 1969.

4. Le Chapitre II de ces Conventions, intitulé « Commissions rogatoires », relatif à l'obtention des preuves à l'étranger, a fait l'objet de la présente Convention.

5. Le Président a succinctement exposé le principe fondamental qui a animé toute la discussion. La procédure relative à l'obtention des preuves, ou tendant à faire exécuter internationalement d'autres actes judiciaires, doit être « acceptable » dans l'État de l'exécution et doit aussi être « utilisable » par le tribunal chargé de l'instance.

6. La Convention cherche dans ses grandes lignes :

- a) à améliorer le système actuel des commissions rogatoires ;
- b) à étendre les moyens de procéder aux actes d'instruction, en conférant aux consuls¹ des droits plus étendus et en adoptant, dans certaines limites, le principe du commissaire ; et en même temps
- c) à maintenir toutes les pratiques plus favorables et moins restrictives existantes qui résultent du droit interne, des règles internes de procédure et des conventions bilatérales ou multilatérales.

7. Parmi les principales nouveautés introduites par la Convention, il faut citer les nouvelles règles relatives aux langues, l'introduction d'une Autorité centrale en qualité d'agent de réception, les dispositions concernant les dispenses et les interdictions de déposer, la différenciation des droits du consul selon la nationalité du témoin, et la reconnaissance de la faculté de recourir à des commissaires pour procéder à des actes d'instruction.

B. *Les rapports entre la présente Convention et les Conventions de 1905 et 1954*

8. La présente Convention prendra la place des articles 8 à 16 des Conventions de 1905 et 1954, à l'égard des États qui ont signé l'une de ces dernières Conventions ou les deux, et qui sont devenues Parties à la présente Convention (article 29). Les Accords additionnels aux Conventions de 1905 et 1954 resteront applicables aux États qui deviendront Parties à la présente Convention, à moins que les États intéressés n'en conviennent autrement.

* Traduction française établie par le Bureau Permanent.

¹ Pour alléger le texte, nous utiliserons toujours le mot « consul » au lieu de la formule officielle « agent diplomatique ou consulaire » employée dans la Convention.

9. Aux termes de son article 30, la présente Convention ne porte pas atteinte à l'application de l'article 23 de la Convention de 1905, ni de l'article 24 de la Convention de 1954. Ces articles concernent l'assistance judiciaire gratuite, une question sur laquelle la présente Convention ne porte pas.

C. *Les Parties à la Convention*

10. La Convention n'est pas une convention « fermée ». Ont tout d'abord le droit d'y être Parties les États représentés à la Onzième session de la Conférence (article 37). Après son entrée en vigueur (article 38), tout autre État pourra adhérer à la Convention s'il est : 1) Membre de la Conférence, ou 2) Membre de l'organisation des Nations Unies ou d'une institution spécialisée de celle-ci, ou 3) Partie au Statut de la Cour internationale de Justice (article 39, premier alinéa).

11. Cependant, l'adhésion n'est pas automatique. Elle n'aura d'effet que dans les rapports entre l'État adhérent et les États contractants qui auront accepté cette adhésion par une « déclaration » déposée. À l'égard des États qui n'auront pas déposé cette déclaration, l'adhésion restera sans effet (article 39, alinéa 4).

D. *La structure de la Convention*

12. Le Chapitre premier concerne les commissions rogatoires. Il comprend les articles 1 à 14, et règle la forme de la commission rogatoire, ainsi que son contenu, les modes de transmission, la langue employée, la méthode et la technique de l'exécution, les moyens de contrainte, les dispenses et les interdictions de déposer, les raisons qui permettent de refuser l'exécution de la Commission rogatoire et la question des taxes et des frais.

13. Le Chapitre II traite du droit des consuls et des commissaires de procéder à des actes d'instruction. Il embrasse les articles 15 à 22, et règle les conditions dans lesquelles un consul ou un commissaire peut procéder à un acte d'instruction, la mesure dans laquelle l'autorisation de l'État d'exécution est nécessaire, les conditions dans lesquelles le consul ou le commissaire peut obtenir l'assistance nécessaire pour procéder à l'acte d'instruction par voie de contrainte, le droit d'invoquer les dispenses et les interdictions de déposer, les limites des pouvoirs du consul ou du commissaire, et le droit d'obtenir des preuves par d'autres voies si le consul ou le commissaire n'a pu procéder à l'acte d'instruction.

14. Le Chapitre III contient les dispositions générales. Il est formé des articles 23 à 42, et règle les rapports entre la présente Convention et les Conventions de 1905 et 1954, les limites du droit accordé aux Parties contractantes de formuler des réserves, les déclarations à faire et la désignation des autorités prévues par certains articles, les États qui peuvent signer la Convention ou y adhérer, le recours à la voie diplomatique pour régler les difficultés qui s'élèveraient, l'extension de la Convention aux territoires de tout État signataire, la date d'entrée en vigueur de la Convention, le temps pendant lequel la Convention restera en vigueur, le droit de dénonciation et les dispositions relatives aux notifications par le Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas.

15. Le Chapitre III contient aussi des clauses particulières limitant l'étendue des commissions rogatoires ; il fournit des détails sur l'Autorité centrale, donne à tout État dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur la possibilité de désigner les autorités de l'un de ces systèmes qui auront compétence exclusive pour exécuter les commissions rogatoires, règle sur d'autres points la question des frais et indique les matières sur lesquelles les États contractants peuvent s'entendre pour déroger aux dispositions de la Convention.

16. Enfin le Chapitre III contient en son article 27 une disposition très importante selon laquelle, si la loi ou la coutume interne d'un État contractant permet d'exécuter les actes auxquels la Convention s'applique dans des conditions moins restrictives, les dispositions de la Convention ne feront pas obstacle à ce que cette loi ou cette coutume demeure applicable.

E. La portée du présent Rapport

17. Un rapport long et exhaustif² accompagne le projet de Convention préparé par la Commission spéciale. Étant donné qu'une grande partie des textes essentiels du projet a été acceptée sans modification, ou avec de simples améliorations de forme ou de détail, il est inutile de reproduire dans le présent Rapport les commentaires qui se trouvent déjà dans le Rapport sur le projet de Convention.

18. C'est pourquoi, dans le présent Rapport, nous analysons plus particulièrement les dispositions de la Convention qui s'écartent de celles du projet. Quand le projet de Convention et la Convention elle-même sont plus ou moins identiques, nous nous référons aux commentaires du Rapport sur le projet de Convention relatifs à ces questions, mais nous ne les reproduisons pas.

II. Analyse article par article

A. Articles 1 et 23 – Étendue des commissions rogatoires

19. Le premier alinéa de l'article 1 est pratiquement identique à l'article 1 du projet de Convention. Seule, « l'autorité judiciaire » de l'État requérant peut demander une commission rogatoire. Le mot « judiciaire » n'est pas défini.

20. L'expression « matière civile ou commerciale » ne fait pas l'objet d'une définition.

21. « Faire tout acte d'instruction » n'est pas non plus défini, pas plus que son équivalent en anglais *obtain evidence*.

22. Le Rapport sur le projet de Convention étudie ces questions d'une façon approfondie. Ce Rapport montre que tout désaccord éventuel portant sur la signification des termes employés doit être réglé par la voie diplomatique (voir l'article 36). Il est inutile d'en dire davantage, sauf pour souligner que les paragraphes e), f), et g) de l'article 3 permettent de se faire une idée de ce que signifie « faire tout acte d'instruction ». Ces dispositions montrent que la commission rogatoire peut servir à « entendre des personnes », à leur « poser des questions » et à « examiner des documents ou autres objets ». Ces termes sont plus explicites et plus larges que ceux de la formule proposée dans le texte anglais du projet de Convention, à savoir :

« entendre les déclarations de témoins, de parties ou d'experts, demander la production et examiner des documents et autres objets ou biens ».

Cette formule fut rejetée comme inutile.

23. Les principales modifications apportées au projet de Convention furent d'ajouter deux nouveaux alinéas à l'article 1 et de créer un nouvel article 23.

24. Le second alinéa de l'article 1 ne nécessite pas d'explications : il semble pécher par excès de prudence. On ne saurait évidemment demander à une autorité judiciaire de procéder à un acte d'instruction que si celui-ci permet aux parties d'obtenir des moyens de preuves destinés à être utilisés dans une procédure engagée devant l'autorité judiciaire qui sollicite la mesure. Il est difficile d'imaginer qu'une autorité judiciaire de l'État A puisse délivrer une commission rogatoire à un tribunal de l'État B, si aucune procédure n'est engagée, ou prévue, dans l'État A, et que les moyens de preuves ne sont destinés qu'à satisfaire la curiosité ou les appétits commerciaux d'un ressortissant de l'État A. Mais si telle était la situation, l'autorité judiciaire de l'État B serait en droit de refuser la commission rogatoire.

25. Les paragraphes b) et c) de l'article 3 sont d'ailleurs révélateurs à cet égard, puisqu'ils prévoient que la commission rogatoire doit indiquer le nom des parties à « l'instance » et donner un « exposé sommaire des faits ».

26. Le second alinéa de l'article 1 fait mention d'une « procédure engagée au future ». Cette formule a été adoptée pour montrer clairement qu'il n'est pas nécessaire qu'une procédure soit déjà engagée dans l'État requérant, quand la commission rogatoire est sollicitée. Elle permet aussi d'avoir recours à une commission rogatoire pour « perpétuer

² Établi par le même Rapporteur.

le témoignage » d'un témoin âgé, mourant, ou en instance de départ, suivant la procédure prévue par la *common law*, ou pour les besoins de « l'enquête *ad futurum* » ou de « l'enquête valétudinaire » ou du « Beweissicherungs-verfahren » suivant la procédure des pays de droit civil*.

27. Le troisième alinéa de l'article 1 fut ajouté après une longue discussion portant sur la signification de l'expression « autres actes judiciaires » et sur les exemples donnés dans le Rapport sur le projet de Convention. Parmi les divers cas qui furent discutés, on peut citer : 1) obtenir la copie d'un acte de naissance, 2) obtenir des extraits de registres publics, 3) faire nommer un administrateur provisoire sur des biens et 4) obliger un défendeur à déposer une caution pour assurer l'exécution de la décision qui pourrait être prononcée au profit du demandeur.

28. Il fut unanimement admis que l'expression « autres actes judiciaires » devait faire l'objet de certaines restrictions.

29. Il fallait tout d'abord exclure la notification et la signification d'actes judiciaires, qui font l'objet de la Convention particulière préparée par la Dixième session. Les mesures d'exécution des décisions judiciaires doivent aussi être écartées, puisqu'elles font l'objet de la Convention séparée sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, et d'un Protocole additionnel, qui furent étudiés au cours de la Onzième session (voir la Partie B, II de l'Acte final). De même, les mesures conservatoires doivent être exclues, notamment les oppositions, les saisies-arrêts conservatoires, les ventes forcées, les mises sous séquestre ou les *mandamus*. En effet, ces mesures impliquent la compétence du tribunal à l'égard des personnes et des biens, elles sont régies par les lois et les règles de procédure nationales, et elles ne sauraient être soumises à une décision impérative émanant d'une autorité judiciaire étrangère (laquelle ne saurait, en pareil cas, ordonner, par une simple commission rogatoire, l'exécution de ces actes).

30. De plus, il doit s'agir d'un acte « judiciaire ». L'article 12, paragraphe a), est applicable en pareil cas. Si, d'après la loi ou la pratique de l'État requis, il n'entre pas, par exemple, dans les attributions du pouvoir judiciaire d'obtenir des copies d'un acte de naissance, ou des extraits de registres publics, ou de faire connaître l'existence d'une procédure judiciaire dans un autre État, ou de mener une procédure de conciliation entre époux, l'article 12, paragraphe a), permet à l'État requis de refuser la commission rogatoire.

31. C'est pourquoi, lorsque la commission rogatoire porte sur « d'autres actes judiciaires », le requérant, ou l'autorité judiciaire de l'État requérant, ferait bien de vérifier à l'avance que la mesure sollicitée entre effectivement dans les attributions du pouvoir judiciaire de l'État requis. Ce renseignement doit facilement être obtenu, en s'adressant directement à l'Autorité centrale de l'État requis.

32. Enfin, l'article 23, adopté à la demande de la délégation du Royaume-Uni, permet à l'État requis de déclarer qu'il n'exécutera pas les commissions rogatoires ayant pour objet une procédure connue dans les pays de *common law* sous le nom de « *pre-trial discovery of documents* ». Il s'agit d'une procédure par laquelle une partie à une instance peut, avant l'audience, obtenir communication de documents qui sont en la possession de son adversaire, pour l'aider à préparer le procès, et à présenter sa défense. La procédure varie très sensiblement d'un État à un autre, et elle n'est même pas uniforme sur tous les territoires soumis à la *common law*. De sorte que certains États seraient peut-être disposés à accepter une commission rogatoire ayant un tel objet, alors que d'autres États la refuseraient. L'article 23 fournit le moyen d'exercer cette option.

B. Articles 2, 6, 13, 24, 27 a), 28 a), 28 e), 32 – Transmission des commissions rogatoires. L'Autorité centrale

33. Cet ensemble d'articles règle le problème de la transmission des commissions rogatoires de l'État requérant à l'État requis, et le retour des documents, après exécution ou refus.

* Pour traduire *civil law* par opposition à *common law*, cette expression a été préférée à « droit continental », trop imprécise, et à « droit romano-germanique » trop académique.

34. Le premier alinéa de l'article 2 est identique à l'article 2, premier alinéa, du projet de Convention, sauf pour une simple amélioration de forme. Il crée une Autorité centrale, organe qui fut imaginé par la Convention sur la notification et la signification d'actes judiciaires.

35. Le second alinéa de l'article 2 prend pour modèle la première phrase de l'article 2, deuxième alinéa, du projet de Convention. Il entend souligner le fait, exposé dans le Rapport sur le projet de Convention qu'aucune autorité de l'État requis ne doit intervenir au cours de la transmission de la commission rogatoire à l'Autorité centrale.

36. Par contre, la Convention ne s'occupe pas de ce qui se passe à l'intérieur de l'État requérant, ni des autorités chargées de transmettre la commission rogatoire à l'Autorité centrale de l'État requis. Aucune restriction n'est apportée aux règles du droit interne de l'État requérant au sujet de cette transmission.

37. Par exemple, l'État requérant peut permettre à l'autorité judiciaire qui demande la commission rogatoire d'envoyer directement celle-ci à l'Autorité centrale de l'État requis. Ou, au contraire, l'État requérant peut exiger que l'autorité judiciaire envoie, dans tous les cas, la commission rogatoire à sa *propre* Autorité centrale, pour vérification et examen, avant son envoi à l'Autorité centrale de l'État requis. Ou l'État requérant peut exiger que toute autorité judiciaire qui demande une commission rogatoire soit tenue de l'envoyer au Ministère de la Justice ou au Ministère des Affaires Étrangères ou au Ministère de l'Intérieur ou à une autre haute autorité, qui décidera si la transmission de la commission rogatoire à l'étranger doit être autorisée. Ou encore, l'État requérant peut exiger que toute commission rogatoire soit confiée, dans l'État requis, à son Ambassade ou à la Légation, ou à son Consulat, qui permettra la commission rogatoire à l'Autorité centrale de l'État requis.

38. Aucune de ces règles n'intéresse l'État requis, qui ne peut pas refuser de recevoir ou d'exécuter une commission rogatoire parce qu'il désapprouve les dispositions du droit interne de l'État requérant. Le second alinéa de l'article 2 se borne à interdire dans l'État requis l'intervention d'une autre autorité que l'Autorité centrale.

39. L'article 6 ne contient rien qui contredise ces principes. Il réglemente la destination finale de la commission rogatoire, à l'intérieur de l'État requis. Cet article prend pour modèle l'article 10 du projet de Convention.

40. Le premier alinéa de l'article 2 prévoit que l'Autorité centrale de l'État requis transmettra la commission rogatoire « à l'autorité compétente aux fins d'exécution ». L'Autorité centrale peut se tromper et envoyer la commission rogatoire à une autorité judiciaire qui n'a pas compétence pour l'exécuter. Une erreur de ce genre n'empêchera pas l'exécution de la commission rogatoire. Bien au contraire, l'article 6 exige que la commission rogatoire soit transmise « d'office et sans retard » à l'autorité judiciaire compétente de l'État requis.

41. L'article 6 ne prévoit pas les modalités de cette retransmission. L'autorité judiciaire saisie pourra transmettre directement la commission rogatoire à l'autorité compétente, puisqu'elle doit connaître ses propres règles de droit et de procédure. La commission rogatoire pourra aussi être retournée « sans retard » à l'Autorité centrale de l'État requis en lui demandant de la transmettre à l'autorité judiciaire compétente.

42. Le premier alinéa de l'article 13 reprend les termes de l'alinéa 1 de l'article 11 du projet de Convention. Il déclare que les pièces constatant l'exécution de la Commission rogatoire doivent être transmises par l'autorité requise à l'autorité requérante par la même voie que celle utilisée par cette dernière : cela va évidemment de soi.

43. L'article 24 prend pour modèle l'article 18 de la Convention sur la notification et la signification des actes judiciaires et l'article 21 du projet de Convention. Il autorise tout État contractant à désigner, outre l'Autorité centrale, d'autres autorités dont il détermine les compétences. En pareil cas, l'autorité requérante dispose donc de modes alternatifs de transmission.

44. L'article 24 prévoit expressément que même si « d'autres autorités » ont été désignées, les commissions rogatoires pourront néanmoins toujours être transmises à l'Autorité centrale. Les commissions rogatoires peuvent donc être transmises, soit à

l'Autorité centrale de l'État requis, soit à l'autorité additionnelle que l'État a déclarée compétente.

45. Le Royaume-Uni, par exemple, peut décider de désigner une autorité spéciale pour l'Écosse. En pareil cas, l'État requérant aura le choix de transmettre la commission rogatoire soit à l'Autorité centrale à Londres, soit à l'autorité désignée pour l'Écosse. Les deux voies sont régulières et le choix est laissé à l'autorité requérante.

46. L'article 24 prévoit, au surplus, en son second alinéa, que les États fédéraux ont la faculté de désigner plusieurs Autorités centrales. Cette disposition est semblable à celle du troisième alinéa de l'article 18 de la Convention sur la notification et la signification des actes judiciaires et à celle de l'article 21, alinéa 3, du projet de Convention.

47. Cette disposition avait été insérée dans la Convention sur la notification et la signification des actes judiciaires à la demande de la délégation de la République fédérale d'Allemagne, en raison des problèmes constitutionnels que soulève la répartition des pouvoirs entre le Gouvernement fédéral et les « Länder ».

48. Si un État fédéral se prévaut de cette faculté, il sera facile d'aplanir toutes les difficultés pratiques qui pourraient se présenter. Si l'État possède huit ou dix Autorités centrales différentes dont les compétences sont territorialement limitées, l'autorité judiciaire de l'État requérant pourrait facilement se tromper dans le choix de l'autorité compétente. L'article 6 permet de réparer une telle erreur. L'Autorité centrale qui reçoit la commission rogatoire s'apercevra immédiatement de l'erreur et comme elle doit nécessairement connaître sa propre loi, elle saura exactement laquelle des autres Autorités centrales du pays est compétente pour donner suite à la requête. Elle transmettra « d'office et sans retard » la commission rogatoire à l'Autorité centrale appropriée, et l'erreur commise par l'autorité requérante sera automatiquement réparée.

49. Au cours des débats de la Troisième commission, la question de l'emploi de la voie consulaire ou diplomatique pour la transmission des commissions rogatoires fut longuement discutée. Il s'agissait de la transmission de la commission rogatoire par l'autorité judiciaire au représentant consulaire ou diplomatique de l'État requérant dans l'État requis. Après avoir reçu la commission rogatoire, le consul ou le représentant diplomatique la présenterait lui-même à l'autorité judiciaire requise, sans passer par l'Autorité centrale et les autres organismes de l'État requis.

50. Il fut décidé de ne faire aucune mention de la voie consulaire ou diplomatique dans l'article 2. Si la voie consulaire ou diplomatique est ouverte, soit en raison d'une déclaration faite aux termes de l'article 27 a), soit en raison d'un accord séparé, conformément au premier alinéa de l'article 28, soit en raison d'autres Conventions, conformément à l'article 32, soit par l'effet de la loi ou de la pratique de l'État requis, conformément à l'article 27 b), soit enfin en vertu de règles du droit international public applicables, cette voie peut être utilisée de préférence à celle de l'Autorité centrale. Cependant une proposition tendant à déclarer expressément dans la Convention que cette voie pouvait être choisie fut rejetée.

51. D'autre part, les articles 27 a) b), 28 a) et 32 peuvent donner à l'autorité requérante le droit de transmettre les commissions rogatoires, soit directement « d'une autorité judiciaire à l'autre », soit, par les soins d'une partie à l'instance, directement à l'autorité judiciaire chargée de l'exécution, sans passer par l'Autorité centrale de l'État requis. La Convention interdit ces pratiques en l'absence d'autorisations spéciales, puisque la règle générale établie par l'article 2 exige la transmission par l'entremise de l'Autorité centrale de l'État requis. Dans ce cas encore, si une erreur se produit dans le choix de l'autorité judiciaire, l'article 6 prévoit qu'elle sera automatiquement réparée.

52. Pour en finir avec cette question de transmission, signalons que les paragraphes a et e de l'article 28 autorisent la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux entre deux ou plusieurs États pour établir entre eux des règles différentes au sujet du mode de transmission des commissions rogatoires et des pièces qui en constatent l'exécution. L'article 32 (qui reproduit textuellement l'article 25 de la Convention sur la notification et la signification des actes judiciaires) reconnaît également que les dispositions d'autres conventions auxquelles les États sont, en seront Parties, restent en vigueur.

53. Cependant, l'exécution de tels accords ou conventions ne peut modifier l'obligation, imposée par l'article 2, de maintenir en vigueur le système de l'Autorité centrale, au profit des États contractants qui ne sont pas parties aux accords particuliers.

54. La différence entre l'effet d'une déclaration faite en vertu de l'article 27, paragraphe a et l'effet d'un accord ou d'une convention, aux termes des articles 28 a), 28 e) et 32 est évidente. Si une déclaration est déposée, elle crée une règle universelle qui permet, par exemple, à tous les autres États contractants, une transmission « d'une autorité judiciaire à l'autre ». Par contre, un accord ou une convention particulière n'a d'effet en vertu des articles 28 et 32, qu'à l'égard des États qui y sont Parties, et demeure sans aucun effet à l'égard d'un autre État.

55. La convention crée un système, celui d'une Autorité centrale : ce système constitue la règle normale et l'obligation minimum. Cependant, deux ou plusieurs des États peuvent, s'ils l'estiment préférable, établir entre eux des règles et des techniques différentes pour la transmission des commissions rogatoires. Mais cela ne les dispense jamais de l'obligation de désigner une Autorité centrale pour les États qui n'ont pas dérogé au système par des accords séparés.

56. De plus, aucune obligation n'est imposée, quand la commission rogatoire a été exécutée, de transmettre les pièces constatant l'exécution par la voie qui avait été suivie pour transmettre la commission rogatoire elle-même. C'est, bien entendu, la règle générale qui résulte des termes exprès du premier alinéa de l'article 13. Mais, comme pour d'autres dispositions de cette Convention, deux États peuvent décider de déroger à cette règle, soit par des accords ou des conventions particulières, soit en raison de leur loi et de leur pratique. Supposons, pour prendre un exemple, que la commission rogatoire ait été transmise à l'Autorité centrale de l'État requis. Si la réglementation applicable le permet, l'autorité requise peut être autorisée à transmettre directement les pièces constatant l'exécution de la commission rogatoire à l'autorité judiciaire requérante, sans passer par l'Autorité centrale qui avait reçu la commission rogatoire dans l'État requis. C'est une question qui n'a d'intérêt que pour les deux États concernés par la commission rogatoire. Elle n'intéresse en aucune façon les autres États.

C. Article 3 – Contenu de la commission rogatoire

57. L'article 3, avec quelques modifications mineures et une rédaction différente, reproduit les dispositions de l'article 3 du projet de Convention.

58. Les seuls changements en dehors de simples modifications de forme, sont : (1) d'avoir formulé la réserve évidente que l'autorité requérante n'indique le nom de l'autorité requise dans l'État d'exécution que si elle le connaît ; (2) d'avoir prévu une indication plus précise des actes d'instruction ou des autres actes judiciaires à accomplir ; (3) d'avoir prévu une plus grande spécification des documents ou des autres objets à examiner et (4) d'avoir précisé que l'autorité requérante n'est pas tenue de mentionner les renseignements visant une dispense ou une interdiction de déposer, établie par la loi de l'État requérant (voir plus loin les observations portant sur l'article 11).

59. Ces questions ont été étudiées dans le Rapport sur le projet de Convention, dont les commentaires s'appliquent ici.

60. Si l'autorité requérante désire que les dispositions soient reçues « sous serment ou avec affirmation », elle doit l'indiquer dans la commission rogatoire. À défaut, l'autorité requise réglera la question du serment conformément à sa propre procédure.

61. L'article 3 exige que toutes les indications mentionnées figurent dans la commission rogatoire ; cette disposition a une excellente raison d'ordre pratique. Si certaines des indications figuraient dans la commission rogatoire elle-même, et d'autres étaient données dans la lettre de transmission, il serait à craindre que la lettre de transmission ne soit séparée de la commission rogatoire elle-même, et que l'Autorité centrale ne transmette à l'autorité judiciaire requise qu'une partie des instructions données par l'autorité requérante. Ce risque est évité si toutes les indications figurent sur un seul document.

D. *Articles 4, 27 b), 28 b), 32, 33 alinéa 1 – Le problème de la langue*

62. Le schéma établi par les articles 4, 5, 6 et 7 du projet de Convention, pour régler la question délicate de la langue en laquelle la commission rogatoire doit être rédigée, a été longuement étudié par la Troisième commission ; celle-ci a finalement adopté un schéma entièrement différent. Les questions posées dans le Rapport sur le projet de Convention demeurent toujours posées, mais il y a été répondu de toute autre façon.

63. Le premier alinéa de l'article 4 énonce tout d'abord une règle précise, impérative et générale. Toute commission rogatoire doit être rédigée dans la langue de l'autorité requise, ou accompagnée d'une traduction dans cette langue. C'est le principe général adopté dans les conventions bilatérales du Royaume-Uni et dans l'article 10 de la Convention de 1954.

64. Mais cette règle rigide est aussitôt suivie d'une série de modifications et d'assouplissements.

65. La première modification résulte du second alinéa de l'article 4. Celui-ci prévoit que chaque État contractant doit accepter la commission rogatoire rédigée en langue française ou anglaise ou accompagnée d'une traduction dans l'une de ces langues, à moins qu'il ne s'y soit opposé en formulant la réserve prévue au premier alinéa de l'article 33. Cette réserve *doit* être faite au moment de la signature de la ratification ou de l'adhésion, et ne peut être faite à une date ultérieure⁴.

66. Si l'on reprend l'exemple d'une commission rogatoire japonaise transmise à une autorité judiciaire turque - un exemple qui a été discuté dans le Rapport sur le projet de Convention - on constate que cette modification sera d'une grande utilité pour deux États qui n'ont pas formulé de réserve à son sujet. Alors qu'il peut être très difficile de trouver en Turquie des personnes capables de faire des traductions en langue japonaise, ou au Japon des personnes capables de traduire en langue turque, il n'y aura aucune difficulté à trouver, dans un pays comme dans l'autre, des traducteurs qualifiés pour traduire les textes anglais ou français dans la langue du pays. Par conséquent, dans le cas supposé d'une commission rogatoire transmise en langue anglaise ou française, dans une affaire maritime, l'Autorité centrale en Turquie n'aurait aucun mal, en cas de besoin, à faire traduire ces documents dans la langue du pays pour que le juge turc chargé de l'exécution de la commission rogatoire puisse en prendre connaissance.

67. L'utilité réelle du deuxième alinéa de l'article 4 sera vraiment prouvée si et quand des États, dont ni le français ni l'anglais n'est la langue officielle, ratifieront la Convention, ou y adhéreront, sans formuler de réserve.

68. L'article 4, en son troisième alinéa, règle le problème d'un État qui a plusieurs langues officielles et exige l'emploi d'une langue différente dans les différentes parties de son territoire. La Suisse constitue l'exemple le plus frappant d'un État trilingue. En pareil cas, l'État peut faire connaître, au moyen d'une déclaration, la langue qui doit être utilisée dans les parties de son territoire qu'il a déterminées. En cas d'inobservation, sans justes motifs, de l'obligation découlant de cette déclaration, les frais de la traduction dans la langue exigée sont à la charge de l'État requérant.

69. L'obligation de payer les frais de la traduction n'est imposée que si la langue erronée a été utilisée « sans justes motifs ». Au cours des discussions, un exemple fut donné d'une erreur justifiée : il s'agissait d'un témoin dont le dernier domicile connu était à Zurich. La partie intéressée fit alors le nécessaire pour que l'autorité judiciaire requérante traduise la commission rogatoire en allemand. En réalité, le témoin avait quitté Zurich pour Genève, sans que la partie requérante ait été informée, ou ait eu connaissance, de ce changement de domicile. Les frais d'une traduction en français n'incomberaient pas à l'État requérant.

70. Si un État, tel que la Suisse, ne formule pas la réserve prévue au premier alinéa de l'article 33, la règle de l'article 4, alinéa 2, concernant l'emploi de l'anglais ou du français, exposée plus haut, reste applicable, en dépit d'une déclaration déposée en vertu du troisième alinéa de l'article 4. Cela signifie que la commission rogatoire peut être rédigée soit dans la langue désignée dans la déclaration faite en vertu de ce texte, *soit* en anglais,

⁴ Bien entendu, tous les pays francophones et anglophones se sont abstenus quand cette disposition a été adoptée.

soit en français. Mais bien entendu, si une réserve a été formulée, seule la langue spécifiée dans la déclaration peut être utilisée.

71. La modification suivante, résultant du quatrième alinéa de l'article 4, permet à tout État de faire connaître au moyen d'une déclaration, d'autres langues dans lesquelles la commission rogatoire peut être adressée à l'Autorité centrale. Citons les Pays-Bas, qui acceptent des commissions rogatoires en allemand et en anglais, et Israël, qui les accepte en hébreu, en arabe, en anglais et en français⁵.

72. Le même résultat découle du paragraphe b) de l'article 27, qui permet d'exécuter les actes auxquels la Convention s'applique dans des conditions moins restrictives, si la loi ou la coutume interne le permet. En vertu de cette disposition, si la loi ou la pratique interne fixe pour les commissions rogatoires des conditions de la langue plus libérales et moins restrictives que celles résultant des divers alinéas de l'article 4, cette loi ou cette pratique restera applicable, quand l'État intéressé aura ratifié la Convention. La difficulté est, bien entendu, de savoir si les autres États connaissent ou ignorent cette loi ou cette pratique. Il n'est guère possible, pour les États qui en ignorent l'existence, d'invoquer ces conditions plus libérales, et la Convention ne contient aucune disposition permettant de porter ce renseignement à la connaissance de tous. Mais il est facile de trouver une solution à ce problème, en s'adressant à l'Autorité centrale de l'État requis, qui doit parfaitement connaître sa loi et sa pratique. L'État requérant peut lui demander s'il existe des règles particulières en matière de langue.

73. Le paragraphe b) de l'article 28 prévoit expressément que deux ou plusieurs États contractants peuvent s'entendre pour déroger à l'article 4 en ce qui concerne l'emploi des langues, par des accords bilatéraux ou multilatéraux.

74. L'article 32 prévoit également l'existence de conventions particulières. Bien entendu, celles-ci n'auront d'effet qu'entre les parties à ces conventions, et les règles de l'article 4 resteront applicables à tous les autres États.

75. L'alinéa 5 de l'article 4 prend pour modèle la seconde phrase de l'article 5 du projet de Convention. Il prévoit que toute traduction annexée à une commission rogatoire doit être certifiée conforme, soit par un agent diplomatique ou consulaire, soit par un traducteur assermenté ou juré, soit par toute autre personne autorisée à cet effet dans l'un des deux États. Cette disposition finale très large est destinée à couvrir les cas où il n'existe pas dans l'État de fonctionnaires désignés sous le nom de « traducteurs assermentés ou jurés », mais où les autorités et les tribunaux de l'État reconnaissent et acceptent les traductions faites par des spécialistes qualifiés et compétents, aussi bien dans les affaires litigieuses que dans les autres.

76. L'article 4, tout comme le premier alinéa de l'article 13, est muet au sujet de la langue en laquelle doivent être rédigées les pièces constatant l'exécution de la commission rogatoire.

77. Une seule alternative semble cependant pouvoir se présenter. Ou bien l'État requis a insisté pour que la commission rogatoire soit rédigée ou traduite dans sa propre langue, aux termes du premier alinéa de l'article 4. Dans ce cas, l'État requérant doit normalement s'attendre à ce que les pièces constatant son exécution soient rédigées dans la même langue. On ne saurait raisonnablement supposer autre chose. Ou bien l'État requis a accepté le second alinéa de l'article 4 sans formuler de réserve, ou il a désigné d'autres langues acceptables, en vertu de l'alinéa 4 de cet article. Dans ce cas, l'État requérant peut interpréter ce fait comme indiquant que la langue ainsi désignée est devenue celle de la commission rogatoire conformément aux second et quatrième alinéas de l'article 4. Dès lors, l'État requérant peut raisonnablement prévoir que les pièces constatant l'exécution de la commission rogatoire lui seront transmises dans la langue qui a été acceptée pour la commission rogatoire. Il serait illogique d'accepter de propos délibéré une commission

⁵ Il faut souligner que l'acceptation par un État de la langue anglaise ou française aux termes du second alinéa de l'article 4 ou d'une langue déterminée aux termes du quatrième alinéa de cet article n'a d'effet qu'en ce qui touche à la Convention. Ces langues ne deviennent pas des langues « officielles » de l'État pour un autre objet quelconque, et elles ne seront acceptées que pour les seuls besoins de la Convention.

rogatoire rédigée dans une langue, pour transmettre ensuite les pièces constatant son exécution dans une langue entièrement différente.

E. Article 5 – Les griefs articulés à l'encontre de la commission rogatoire

78. L'article 5 est nouveau : cette disposition ne figurait pas dans le projet de Convention.

79. L'article s'applique quand la commission rogatoire est transmise à l'Autorité centrale de l'État requis.

80. Il prévoit que l'Autorité centrale peut articuler des « griefs » à l'encontre de la demande si elle estime que la commission rogatoire ne respecte pas les dispositions de la Convention. Elle doit en informer immédiatement l'autorité de l'État requérant qui lui a transmis la commission rogatoire.

81. Parmi les erreurs ou les vices qui justifieraient de tels « griefs », citons :

- a) il ne s'agit pas d'une « matière civile ou commerciale » (article 1) ;
- b) la commission rogatoire n'émane pas d'une autorité « judiciaire » (article 1) ;
- c) la commission rogatoire ne concerne pas une procédure judiciaire (article 1) ;
- d) la commission rogatoire porte sur un « autre acte judiciaire » qui ne se conforme pas à la définition (article 1) ;
- e) la commission rogatoire ne contient pas les indications exigées par l'article 3 ;
- f) la commission rogatoire ne se conforme pas aux dispositions de l'article 4 en matière de langue ;
- g) l'exécution de la commission rogatoire n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire de l'État requis (article 12) ;
- h) l'exécution de la commission rogatoire porte atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis (article 12) ;
- i) la commission rogatoire a pour objet une procédure de « *pre-trial discovery of documents* » et une déclaration à ce sujet a été déposée aux termes de l'article 23 ;
- j) la commission rogatoire ne se conforme pas à un accord conclu entre l'État requérant et l'État requis (articles 28 b et 32).

82. De toute évidence, L'Autorité centrale ne transmettra la commission rogatoire à l'autorité judiciaire compétente que lorsque la question faisant l'objet du grief aura été réglée.

83. L'article 12 n'indique que deux motifs pour lesquels la commission rogatoire peut être « refusée », à savoir que l'exécution n'entre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire et qu'elle porte atteinte à la souveraineté ou à la sécurité. Cependant, l'article 5 prévoit que d'autres motifs peuvent être invoqués pour « refuser » la commission rogatoire. Il ne faut pas voir là une contradiction : les deux articles se complètent et doivent être considérés comme formant un seul tout.

84. L'article 12 concerne le « refus » d'exécuter une « commission rogatoire ». Cela signifie nécessairement que la commission rogatoire en question *respecte et ne viole pas les dispositions de la Convention*. Toute autre interprétation de l'article 12 aboutirait au résultat absurde que l'État requis est tenu d'exécuter une commission rogatoire qui viole les dispositions des articles 1 à 4, 23, 28 b) et 32, pourvu qu'elle entre dans les attributions du pouvoir judiciaire et ne porte pas atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État requis.

85. Pour ne pas en arriver à cette absurdité, l'article 12 doit être interprété de la façon suivante :

« L'exécution d'une commission rogatoire (qui respecte les dispositions de la présente Convention) ne peut être refusée que dans la mesure où : »

Avec cette interprétation, il est évident que lorsque la commission rogatoire, conformément aux articles 27, 28 ou 32, est transmise par une autre voie que celle de l'Autorité centrale,

l'article 5 doit s'appliquer, par analogie, à l'autorité judiciaire compétente de l'État requis si la commission rogatoire ne se conforme pas aux dispositions formelles de la Convention ou d'un accord séparé, aux termes des articles 28 et 32. L'autorité qui reçoit la commission rogatoire doit immédiatement informer l'autorité de l'État requérant des erreurs de forme ou des vices dont la commission rogatoire est entachée, pour permettre éventuellement d'y apporter les corrections ou les modifications nécessaires.

F. Articles 7, 8, 9, 25, 27 b), 28 c), 32 – Exécution de la commission rogatoire

86. L'article 8 est nouveau : il n'existe pas dans le projet de Convention. Quant à l'article 9, c'est une version modifiée de l'article 12 du projet de Convention qui a été longuement étudié dans le Rapport sur le projet de Convention.

87. L'article 7 reproduit le second alinéa de l'article 8 du projet de Convention, avec quelques modifications de forme. Il prévoit clairement que l'autorité requérante peut être informée de la date et du lieu où il sera procédé à la mesure sollicitée, pour permettre aux parties intéressées ou à leurs représentants d'y assister ; cette communication n'est pas automatique : elle ne doit être faite que si l'autorité requérante l'a demandée. La demande peut être contenue dans la commission rogatoire elle-même ou dans un document qui accompagne celle-ci, ou enfin transmise séparément. De plus, pour éviter des pertes de temps dues à une série de transmissions, l'autorité requérante peut demander que la communication soit adressée directement aux parties intéressées ou à leurs représentants.

88. Quand une telle demande est formulée, la date fixée pour procéder à la mesure d'instruction doit être assez éloignée pour permettre de la communiquer et pour donner aux parties ou à leurs représentants le temps nécessaire pour être présents ou représentés.

89. L'article 7 ne dit pas à qui la communication incombe. Elle pourrait être faite par l'Autorité centrale (quand celle-ci aura été informée par l'autorité judiciaire requise de la date fixée pour la mesure d'instruction), ou être directement faite par l'autorité judiciaire, pour éviter plusieurs communications. Il est à prévoir que, dans la pratique, l'Autorité centrale transmettra le plus souvent la commission rogatoire à l'autorité judiciaire requise en lui signalant qu'une demande de communication a été faite aux termes de l'article 7, et en chargeant l'autorité judiciaire de faire directement droit à cette demande.

90. Comme la communication n'est pas automatique, il appartiendra à l'avocat de la partie qui sollicite la mesure de s'assurer que l'autorité judiciaire requérante a présenté avec la commission rogatoire une demande de communication en vertu de l'article 7.

91. L'article 8 énonce la règle conventionnelle selon laquelle les magistrats de l'État requérant ne peuvent revendiquer le droit d'assister à l'exécution de la commission rogatoire. Ceci n'est admis que si l'État d'exécution dépose une déclaration autorisant leur présence. De plus, la déclaration peut exiger qu'une demande spéciale d'assister à l'acte d'instruction soit formulée et qu'une autorisation *ad hoc* soit accordée.

92. L'État requis demeure donc entièrement maître d'agir à son gré. Si rien n'est fait, les magistrats étrangers ne seront pas autorisés à assister à l'acte d'instruction. Si une déclaration est déposée, l'État requis peut fixer comme il lui plaira les conditions auxquelles les magistrats peuvent assister à l'acte d'instruction.

93. D'autre part, l'article 28, paragraphe c), permet aux États contractants de s'entendre sur un système plus libéral que celui de l'article 8, c'est-à-dire d'autoriser sans conditions préalables la présence de magistrats à l'exécution de la commission rogatoire. L'article 32 permet de même de conclure des conventions particulières sur cette question.

94. Enfin, la présence de magistrats étrangers peut être autorisée en vertu des dispositions du paragraphe b) de l'article 27 si la loi ou la pratique d'un État admet la présence des magistrats dans des conditions moins restrictives que celles de l'article 8. Par exemple, les États-Unis pourront continuer à autoriser des magistrats allemands et italiens à exécuter eux-mêmes les commissions rogatoires aux États-Unis, en interrogeant les témoins en leur propre langue et conformément à leurs propres règles de procédure, comme il résulte des commentaires sur le Chapitre V du projet de Convention, figurant dans le Rapport sur ce projet.

95. L'article 9 constitue une version modifiée de l'article 12 du projet de Convention. Il concerne le problème difficile de savoir dans quelle mesure l'État requis procédera à l'exécution de la commission rogatoire, en suivant les formes prévues par les lois de l'État requérant, qui sont nécessairement différentes des formes utilisées dans ses propres procédures.

96. Le premier alinéa de l'article 9 énonce une règle générale : l'État requis procède à l'exécution d'une commission rogatoire en appliquant sa propre procédure comme s'il s'agissait d'une affaire interne. C'est la voie la plus aisée pour l'autorité judiciaire de l'État requis : elle ne tient aucun compte du fait qu'il s'agit d'une procédure engagée dans un autre État. Mais supposons que le résultat obtenu ne puisse pas être invoqué devant le tribunal où l'instance est pendante, en raison de la forme en laquelle l'acte d'instruction a été exécuté. On aura perdu, pour rien, beaucoup de temps, accompli beaucoup d'efforts et encourus beaucoup de frais.

97. Le dilemme est étudié en détail dans le Rapport sur le projet de Convention.

98. Ce dilemme avait été résolu dans la Convention de 1954. Son article 14 prévoit que l'État requis déférera à la demande de l'État requérant, concernant l'exécution de la commission rogatoire dans une forme spéciale, à moins que celle-ci ne soit « contraire à la législation » de l'État requis. La Commission spéciale a estimé cette formule peu satisfaisante et a proposé, dans l'article 12 du projet de Convention, qu'il soit déferé à la demande, à moins qu'elle ne soit « incompatible » avec la loi de l'État requis, ou « pratiquement inapplicable en raison des usages judiciaires de l'État requis ».

99. Le Rapport sur le projet de Convention explique sur quels motifs ces modifications s'appuient et donne de nombreux exemples des problèmes qui se posent.

100. La Troisième commission a longuement discuté de cette question. Personne ne contesta les principes généraux énoncés dans le projet de Convention, ni les commentaires développés à ce sujet dans le Rapport sur ce projet. La discussion prit un tour sémantique : on chercha à trouver des formules reflétant avec le plus de précision possible, l'intention exacte de la Convention.

101. La phrase « incompatible avec la loi de l'État requis » de l'article 12 du projet de Convention, fut conservée sans modification.

102. Être « incompatible » avec la loi de l'État requis ne signifie pas être « différent » de cette loi. Cela signifie qu'il doit exister une inconciliabilité constitutionnelle ou une prohibition légale absolue. Aucune délégation d'un pays de droit civil n'a soutenu qu'il existait dans son pays des dispositions constitutionnelles ou légales qui interdisaient d'interroger les témoins et d'établir les procès-verbaux reproduisant leurs dépositions suivant la procédure prévue par la *common law*. De leur côté, les délégations des pays de *common law* n'ont pas affirmé que les dispositions constitutionnelles ou légales de leur pays interdisaient à un magistrat, ou au fonctionnaire qu'il désignerait, d'interroger un témoin, et d'établir un procès-verbal suivant les règles des pays de droit civil. On ne suppose pas que cette clause du second alinéa de l'article 9 fasse obstacle à une complète coopération judiciaire.

103. Cependant, on estima que la phrase « pratiquement inapplicable en raison des usages judiciaires de l'État requis » offrait une échappatoire trop facile. On décida de rédiger la clause avec plus de rigueur, pour réduire la portée de l'exception, et l'on se mit d'accord sur la nouvelle formule suivante :

« Que son application ne soit pas possible, soit en raison des usages judiciaires de l'État requis, soit de difficultés pratiques. ».

Il y a une différence profonde entre « pratiquement inapplicable » et « impossible à appliquer ». Cette dernière condition est beaucoup plus difficile à invoquer. C'est bien ce que l'on a voulu. L'intention fondamentale est d'arriver à la plus large coopération internationale possible et de réduire au maximum les occasions de s'y dérober. Il ne suffit pas que la forme étrangère soit d'une application « difficile » ou « peu pratique », il faut qu'il soit réellement « impossible » de s'y conformer.

104. Aux termes de l'article 25, tout État dans lequel plusieurs systèmes de droit sont en vigueur peut désigner les autorités de l'un de ces systèmes qui auront compétence exclusive pour l'exécution des commissions rogatoires en application de la Convention. Les États-Unis, par exemple, qui ont un système judiciaire fédéral et des systèmes judiciaires séparés dans chaque État, pourraient se prévaloir de cette disposition et décider que toutes les commissions rogatoires émanant d'États étrangers devront être adressées aux autorités judiciaires fédérales, ce qui leur donnerait compétence exclusive pour leur exécution.

105. Il est intéressant de noter qu'au cours des discussions prolongées que souleva le second alinéa de l'article 9, il ne fut jamais question d'autres cas hypothétiques que ceux discutés dans le Rapport sur le projet de Convention. Plusieurs délégations insistèrent sur le problème que poserait une demande adressée à un État de droit civil par un État de *common law* tendant à faire procéder à un acte d'instruction par une « *cross-examination* », quand ni le magistrat, ni les avocats de l'État requis n'ont la compétence et l'expérience nécessaires pour appliquer une telle procédure. Ce serait un exemple frappant d'une procédure étrangère dont l'application est « impossible », pour le motif très simple que personne dans l'État requis ne serait capable de procéder à l'acte d'instruction ; de plus, le magistrat d'un pays de droit civil désigné n'aurait ni les connaissances ni la compétence indispensable pour maintenir l'interrogatoire dans les limites et les formes légales.

106. La Convention ne prévoit pas comment les questions d'impraticabilité et d'impossibilité seront tranchées. Il est clair qu'il appartient tout d'abord à l'État requis de se prononcer. L'État requérant ne peut pas prendre la décision. Il est cependant tout aussi clair qu'en se prononçant sur la question, l'État requis doit se conformer à des règles internationalement acceptables. À l'intérieur de l'État requis, ce sont les usages du pays qui détermineront à quelle autorité il appartiendra de prendre la décision. Ce pourrait être l'Autorité centrale, à moins qu'il ne soit de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire chargée de l'exécution de statuer sur la question.

107. Dans tous les cas, le second alinéa de l'article 13 fait obligation à l'État requis d'informer immédiatement l'autorité requérante que la commission rogatoire n'est pas exécutée, et de lui communiquer les raisons qui ont motivé ce refus. Si l'État requérant estime que la décision de l'État requis est injustifiée, la difficulté devra être réglée par la voie diplomatique, aux termes de l'article 36.

108. Le troisième alinéa de l'article 9 déclare que la commission rogatoire doit être exécutée « d'urgence ». Certaines délégations avaient proposé de donner priorité à l'exécution de la commission rogatoire.

109. Cette demande fut rejetée : il serait, en effet, exorbitant d'obliger les plaideurs locaux, qui peuvent attendre depuis longtemps qu'une audience soit fixée par le tribunal, à céder leur rang en tout état de cause, et à donner à une demande formulée à l'étranger la priorité sur leur affaire, sans tenir compte de l'urgence respective des deux litiges.

110. Supposons qu'un tribunal ait un rôle d'audience très chargé et ne puisse entendre les affaires qu'avec plusieurs années de retard, comme c'est le cas des tribunaux de la ville de New York. Supposons qu'une autorité judiciaire étrangère lui fasse parvenir une commission rogatoire, pour recevoir les dépositaires de certains témoins, en demandant que l'acte d'instruction soit exécuté par le magistrat lui-même, selon la procédure des pays de droit civil, comment cela peut-il être fait « d'urgence » ? Si le magistrat inscrit l'affaire à la suite de son rôle, deux années pourront s'écouler avant qu'elle ne soit appelée, et l'autorité requérante pourra légitimement se plaindre d'un tel retard. Si le magistrat place l'affaire en tête de liste, il donnera alors la priorité à la demande étrangère sur toutes les affaires des justiciables locaux qui peuvent attendre depuis plusieurs années que leur procès soit jugé. Il semblerait logique que le magistrat cherche à déterminer s'il y a réellement urgence, et qu'il agisse en conséquence. Il pourrait être souhaitable que, dans une situation de ce genre, le magistrat chargé de l'exécution de la commission rogatoire, en tant que commissaire, un avocat ou un fonctionnaire compétent attaché au tribunal, ce qui permettrait d'exécuter rapidement la commission rogatoire, sans porter préjudice aux justiciables locaux qui attendent depuis longtemps que leur cause soit jugée.

G. Article 10 – Moyens de contrainte envers un témoin

111. L'article 10 a repris les dispositions du premier alinéa de l'article 8 du projet de Convention ; il prévoit d'appliquer des moyens de contrainte à des témoins qui refusent de comparaître, ou qui comparaissent mais refusent de déposer.

112. L'application des moyens de contrainte n'est pas laissée au pouvoir discrétionnaire de l'autorité requise. L'article 10 utilise la formule impérative « applique ». Les seules restrictions sont : (1) que les moyens de contrainte soient « appropriés » et (2) qu'ils soient appliqués dans les cas et dans la mesure où ils le seraient en vertu de la loi interne de l'État requis.

113. La nécessité de recourir aux moyens de contrainte est évidente. Il peut s'agir, par exemple, d'obliger un témoin à répondre à une question déterminée, ou à produire pour examen certains documents ou objets matériels ; ou encore, il s'agit de l'obliger à laisser pénétrer sur des bien-fonds afin de les inspecter.

114. Pour décider si des moyens de contrainte doivent être appliqués dans un cas particulier, il faut se référer à la loi interne de l'État requis. Si, dans une procédure interne engagée devant un tribunal, celui-ci aurait, dans un cas semblable, appliqué des moyens de contrainte, soit à la requête d'une des parties en cause, soit d'office, ces moyens pourront être appliqués en exécutant la commission rogatoire.

115. Si l'application des moyens de contrainte est laissée au pouvoir discrétionnaire de l'autorité judiciaire dans une procédure interne, il en sera de même pour l'exécution de la commission rogatoire. Si, dans la procédure interne, l'application des moyens de contrainte est restreinte, ou partielle, elle sera également restreinte ou partielle en ce qui concerne l'exécution de la commission rogatoire.

116. En exécutant la commission rogatoire, l'autorité requérante ne peut pas demander à l'autorité requise d'appliquer des moyens de contrainte dans une plus large mesure que celle-ci ne pourrait le faire dans une procédure interne et dans les mêmes circonstances.

117. Le premier alinéa de l'article 8 du projet de Convention contenait une phrase finale qui interdisait d'appliquer des moyens de contrainte à une des parties en cause. Cette disposition avait été adoptée pour tenir compte de la pratique française qui interdit à une partie de contraindre son adversaire à témoigner.

118. Il fut finalement décidé de ne pas reproduire, dans l'article 10, cette phrase, qui, en fait, était tautologique. Puisque, par définition, les seuls moyens de contrainte admis sont ceux de la loi interne de l'État requis, leur application est nécessairement limitée, en France, par l'effet de la règle interne ; et si cette règle interdit d'appliquer des moyens de contrainte aux parties en cause dans une procédure interne, elle interdit automatiquement les moyens de contrainte contre les parties, en exécution d'une commission rogatoire.

H. Articles 11, 27 b), 28 d) – Dispenses et interdictions de déposer

119. Le premier alinéa, paragraphe a), de l'article 9 du projet de Convention proposait de reconnaître à un témoin le droit d'invoquer toute dispense de témoigner admise, soit par la loi de l'État requérant, soit par celle de l'État requis.

120. Le paragraphe b) du même article cherchait aussi à résoudre le problème difficile de la reconnaissance des dispenses et des interdictions établies par « d'autres États » : le cas du banquier suisse et celui du médecin français en constituent des exemples frappants, que l'on trouve exposés dans le Rapport sur le projet de Convention.

121. L'article 11 apporte une modification au premier de ces principes à l'égard des dispenses et interdictions établies par l'État requérant, et modifie le second principe qui cesse d'être une reconnaissance obligatoire pour devenir une reconnaissance optionnelle, résultant d'une déclaration.

122. Le paragraphe a) de l'article 11 déclare expressément que la commission rogatoire n'est pas exécutée pour autant que la personne qu'elle vise invoque une dispense ou une interdiction de déposer établie par la loi de l'État requis. La commission rogatoire, par conséquent, est exécutée en se conformant aux règles de la procédure interne.

123. Aux termes du paragraphe b) de l'article 11, la commission rogatoire n'est pas exécutée si la dispense ou l'interdiction de déposer est établie par la loi de l'État requérant, mais seulement lorsque l'autorité requérante demande formellement que la dispense ou l'interdiction soit reconnue. Cette demande peut être formulée de deux manières.

Premièrement, l'État requérant peut faire mention de la dispense ou de l'interdiction dans la commission rogatoire elle-même. Le seul objet de cette mention dans la commission rogatoire est de faire connaître la dispense ou l'interdiction par l'État requis.

Deuxièmement, si l'autorité requérante n'a pas fait mention de la dispense ou de l'interdiction, l'État requis ne sera pas informé de « la loi étrangère » en cette matière. Cependant, au cours de la mesure d'instruction, un témoin peut se prévaloir d'une dispense ou d'une interdiction que lui confère la loi de l'État requérant. En cet état de la procédure, l'autorité requise aura le choix, soit de refuser de tenir compte de la dispense ou de l'interdiction invoquée, soit de s'adresser pour information à l'autorité requérante. Si l'autorité requise demande conseil à l'autorité requérante, et si celle-ci lui répond et atteste l'existence de la dispense ou de l'interdiction de déposer, alors l'autorité requise devra la reconnaître, dans la mesure spécifiée par l'autorité requérante.

124. Ainsi, la personne visée par la commission rogatoire pourra être privée du droit d'invoquer une dispense ou une interdiction que la loi de l'État requérant lui reconnaît si :

(1) la commission rogatoire n'en fait pas mention, et l'autorité requise refuse de la reconnaître ou si

(2) l'autorité requise demande à l'autorité requérante d'attester que la dispense existe et l'autorité requérante ne répond pas à cette demande.

125. Le témoin se trouve évidemment dans une situation difficile. La partie intéressée, dans l'État requérant, voudrait, bien entendu, que le témoin fasse la déposition la plus complète possible, et il ne fera donc rien pour que l'autorité requérante mentionne la dispense ou l'interdiction qui réduirait la portée du témoignage. Par contre, la partie adverse, dans l'État requérant, aura souvent intérêt à ce que le témoin ne fasse pas une déposition complète, et elle pourra demander que la commission rogatoire signale l'existence de la dispense ou de l'interdiction. Mais dans de très nombreux cas, les parties en cause dans l'État requérant pourront avoir l'une comme l'autre intérêt à ce que le témoin fasse une déposition complète, et aucune des deux ne signalera la dispense ou l'interdiction à l'autorité requérante. En pareil cas, le témoin n'aura personne pour le représenter et pour défendre ses intérêts dans l'État requérant. Il devra se borner à rechercher l'aide de l'autorité requise, en invoquant la dispense ou l'interdiction et en demandant à cette autorité d'obtenir une attestation de l'État requérant.

126. La Troisième commission avait à résoudre le problème de l'application de la « loi étrangère », et du risque de voir l'exécution de la commission rogatoire rendue impossible par des témoins qui invoqueraient une dispense ou une interdiction de déposer inconnue dans l'État requis. Il pourrait en résulter des discussions interminables portant sur cette « loi étrangère » qui serait peu familière à l'autorité requise. On réduisit ce risque en décidant de laisser à l'État requérant le soin de régler la question et de spécifier dans quelle mesure la défense ou l'interdiction devait être reconnue.

127. Il ne fut pas possible de trouver une solution qui assurât au témoin une protection complète et qui, en même temps, empêchât que l'application de la « loi étrangère » ne rende l'exécution totalement impossible.

128. Le second alinéa de l'article 11 concerne les dispenses et les interdictions établies par la loi « d'autres États que l'État requérant et l'État requis ». En ce domaine encore, un compromis fut trouvé entre assurer au témoin la protection complète que lui confère la loi étrangère, et l'impossibilité d'exécuter la commission rogatoire en raison des dispositions de la loi étrangère invoquée.

129. La Troisième commission prit pour principe que lorsqu'un témoin quitte son pays et se trouve à l'étranger, il abandonne la protection que lui confèrent les dispenses et les interdictions établies par sa loi nationale. Il ne peut pas exiger qu'un État étranger reconnaisse ces droits.

130. L'article 11 n'oblige donc pas un État à reconnaître les dispenses et les interdictions d'un autre État. Cette reconnaissance, qui est purement facultative, peut faire l'objet d'une déclaration. Si l'État déclare reconnaître les dispenses et l'interdiction établies par un autre État, il s'engage à les respecter dans les limites spécifiées dans sa déclaration.

131. Toutes les dispositions de l'article 11, y compris celles relatives à la reconnaissance des dispenses et interdictions établies par un autre État, sont soumises aux dispositions des articles 27 b), 28 d) et 32. Les États peuvent y déroger par des accords ou des conventions séparés ; de même, la loi et la pratique internes peuvent régler autrement toute cette question des dispenses et des interdictions de déposer.

132. Bien entendu, de tels accords n'ont d'effets qu'entre les Parties contractantes ; par contre, la loi et la coutume internes ont généralement un effet universel.

I. Articles 12 et 13 – Refus d'exécuter la commission rogatoire

133. Nous avons examiné plus haut, en commentant l'article 5, le cas d'une commission rogatoire non exécutée parce qu'elle ne respecte pas les dispositions de la Convention. L'article 12 concerne un problème corollaire, celui d'un refus d'exécution justifié, bien que la commission rogatoire soit parfaitement conforme aux dispositions de la Convention.

134. Le troisième alinéa de l'article 11 de la Convention de 1954 et le troisième alinéa de l'article 8 du projet de Convention prévoient trois cas d'inexécution. Le premier, celui d'une commission rogatoire dont l'authenticité n'est pas établie, entre en réalité dans le cadre de l'article 5, qui oblige au respect des dispositions de la Convention. On estima donc inutile d'en faire mention et cette disposition ne figure pas dans l'article 12.

135. Les seules raisons maintenues sont celles prévues par la Convention de 1954 et le projet de Convention.

136. Nous avons vu, en discutant l'article premier, que les « autres actes judiciaires » peuvent comprendre des actes qui, en vertu de la loi interne de l'État requis, n'entrent pas dans les attributions de son pouvoir judiciaire parce qu'elles sont, par exemple, de la compétence d'un organisme administratif. Le paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 12 concerne ce premier cas de refus d'exécution.

137. Le second cas, « l'atteinte à la souveraineté ou à la sécurité », a été directement emprunté à la Convention de 1954. Il figure également dans le premier alinéa de l'article 13 de la Convention sur la signification et la notification des actes judiciaires. Cette disposition n'a jamais donné lieu à un désaccord entre deux États ; bien que la Convention sur la procédure civile soit en vigueur depuis de nombreuses années, elle n'a pas non plus été invoquée, à tort, pour chercher à se dérober aux dispositions de la Convention. Si un État invoquait à tort cette clause, pour ne pas remplir les obligations internationales que la Convention lui impose, un règlement de la question devrait être recherché par la voie diplomatique, conformément à l'article 36.

138. Le troisième alinéa de l'article 12 reproduit le deuxième alinéa de l'article 13 de la Convention sur la signification et la notification des actes judiciaires et le quatrième alinéa de l'article 8 du projet de Convention. Il ne soulève aucun problème particulier, et fut adopté sans débats.

139. Le second alinéa de l'article 13 contient une disposition nécessaire : elle prévoit que lorsque la commission rogatoire n'est pas exécutée, en tout ou en partie, par application du premier alinéa de l'article 12, l'autorité requérante en est informée immédiatement et les raisons lui en sont communiquées. La communication sera faite par la voie que l'État requérant avait déjà suivie pour transmettre la commission rogatoire.

J. Articles 14, 26, 28 f), 32 – Taxes et frais de l'exécution de la commission rogatoire

140. L'article 14 s'écarte radicalement des dispositions de la Convention de 1954. Celle-ci, au second alinéa de son article 16, autorisait l'État requis à demander le remboursement : (1) des indemnités payées aux témoins et aux experts ; (2) des frais judiciaires encourus pour les significations ou les notifications à comparaître et (3) les frais résultant d'une « forme spéciale ».

141. Au cours des discussions de la Troisième commission, la délégation allemande insista fortement pour réduire au minimum les taxes et frais remboursables, et pour mettre à la charge de l'État requis l'obligation de supporter lui-même tous les frais supplémentaires.

142. L'alinéa premier de l'article 14 est identique au premier alinéa de l'article 16 de la Convention de 1954 : il énonce la règle générale que l'exécution de la commission rogatoire ne peut donner lieu au remboursement de « taxes ou de frais de quelque nature que ce soit », tels que les frais encourus par l'Autorité centrale, ou les frais judiciaires, ou ceux encourus par d'autres organes de l'État requis ayant participé à l'exécution de la commission rogatoire.

143. Mais le second alinéa de l'article 14, contrairement au second alinéa de l'article 16 de la Convention de 1954, refuse à l'État requis le droit d'exiger le remboursement des indemnités payées aux témoins et des frais judiciaires encourus pour contraindre les témoins à comparaître. Le remboursement ne peut plus porter que sur des indemnités payées aux « experts et interprètes » et sur les frais résultant de l'application d'une « forme spéciale », conformément au second alinéa de l'article 9.

144. Les « interprètes », au sens du second alinéa de l'article 14, sont uniquement les personnes qui ont servi d'interprètes aux témoins au cours de la mesure d'instruction, et non celles qui ont traduit la commission rogatoire ou les pièces qui l'accompagnent, conformément à l'article 4.

145. Au cours des discussions que cette modification de la Convention de 1954 a soulevées, on fit valoir que les indemnités allouées aux témoins et les frais de convocation des témoins étaient minimes ; la question des indemnités des témoins ne provoqua pas de désaccord. Mais on fit observer que, dans les États de grande étendue, les frais de convocation des témoins récalcitrants pouvaient être élevés, si le témoin était domicilié à plusieurs centaines de kilomètres du siège du tribunal, obligeant ainsi l'huissier chargé de signifier l'acte à parcourir deux fois cette distance, d'abord pour se rendre sur place et ensuite pour revenir à son bureau.

146. De plus, la délégation du Royaume-Uni exposa que ses usages judiciaires ne permettaient pas aux magistrats d'interroger eux-mêmes les témoins ; ils doivent désigner des « personnes habilitées » pour procéder à la mesure d'instruction. Si un fonctionnaire peut être chargé de cette procédure, celle-ci n'occasionne pas de frais, mais si aucun fonctionnaire n'est disponible, il faut alors nommer un avocat auquel une indemnité doit être versée, et l'État requis ne doit pas en être tenu. Les délégations des États-Unis et du Canada déclarèrent que, dans une certaine mesure, le même problème se posait dans leur pays.

147. De plus, les délégations du Canada, de l'Irlande, du Royaume-Uni et des États-Unis demandèrent conjointement qu'une réserve soit faite pour les indemnités payées aux témoins, pour les frais de convocation des témoins et pour les frais de rédaction des procès-verbaux des interrogatoires, quand la mesure d'instruction applique la procédure de la *common law*. La délégation des États-Unis exposa les problèmes constitutionnels que posait l'attribution de crédits pour régler ces frais et les problèmes que soulevait l'existence d'un système fédéral.

148. Enfin, on fit observer que le second alinéa de l'article 14 imposait, sans condition, à l'État requérant, l'obligation du remboursement sans chercher à savoir si les fonds avaient été fournis par les parties en cause. Cette question pouvait, elle aussi, soulever un problème constitutionnel, celui de savoir dans quelle mesure un magistrat pouvait imposer à son gouvernement une obligation pécuniaire internationale, par le seul fait de demander une commission rogatoire.

149. Ces trois questions furent réglées de la façon suivante. Un troisième alinéa fut ajouté à l'article 14, au sujet de la désignation de « personnes habilitées » à exécuter la commission rogatoire. En pareil cas, l'autorité requise, après avoir obtenu le consentement de l'autorité requérante, lui indique le montant approximatif des frais qui résulteront de cette intervention. Si l'autorité requérante consent, une « personne habilitée » peut alors être nommée et les frais seront remboursés par l'autorité requérante. Si celle-ci refuse son

consentement, elle n'est pas redevable de ces frais et on pourrait se trouver dans une impasse.

150. Le troisième alinéa de l'article 14 n'autorise pas l'autorité requise de « charger une personne de réunir les preuves » sans le consentement de l'autorité requérante. Il est rédigé comme suit :

« *L'autorité requise peut en charger une personne habilitée, après avoir obtenu le consentement de l'autorité requérante.* ».

Cela semble signifier que la désignation ne saurait avoir lieu à défaut de ce consentement. Mais, par définition, la loi de l'État requis ne permet pas à l'autorité requise d'exécuter la commission rogatoire. Si sa loi nationale interdit à un magistrat du Royaume-Uni d'exécuter lui-même une commission rogatoire, et s'il n'est pas autorisé d'en charger une autre personne, le résultat apparent de cet état de choses est que la commission rogatoire ne pourra pas être exécutée.

151. Pour régler les problèmes de droit constitutionnel soulevés par les États-Unis, on rédigea un nouvel article 26. Si un État est « tenu », pour des raisons de droit constitutionnel, de demander le remboursement des frais concernant les significations ou les notifications à comparaître, les indemnités dues aux personnes qui ont déposé et les frais d'établissement du procès-verbal de l'acte d'instruction, il peut inviter l'État requérant à rembourser ces frais. Si cette demande est formulée par l'État requis, tout autre État contractant peut inviter cet État à rembourser les frais correspondants, résultant de commissions rogatoires sollicitées par cet État.

152. L'article 26 n'oblige pas l'État requérant à faire droit à cette invitation. Il ne demande pas non plus expressément à l'État requis de prendre des mesures interdites par la Constitution. L'article est muet sur l'effet d'un refus opposé à la demande de remboursement. Dans ce cas encore, on peut se trouver dans une impasse. Si l'État requérant n'accepte pas de régler les frais et si l'État requis ne peut, en vertu des dispositions de sa Constitution, exécuter la commission rogatoire à défaut de cet accord, l'exécution de la commission rogatoire peut devenir impossible. Si cette situation venait à se présenter, la partie intéressée dans la procédure pourrait régler la question en acceptant de rembourser elle-même l'État requis, soit directement, soit par l'entremise de l'État requérant.

153. Le président de la Troisième commission, approuvé par plusieurs autres délégations, exprima l'espoir qu'aucun État ne se sentirait jamais tenu d'invoquer l'article 26. Il exprima le vœu de voir le problème réglé à l'amiable dans tous les cas. Une simple question financière ne devrait pas porter atteinte à la coopération internationale.

154. Il existe plusieurs manières de résoudre le problème posé par l'article 26, entre un État requérant de droit civil et un État requis de *common law*.

Premièrement, l'État requérant de droit civil demandera, conformément au second alinéa de l'article 9, que la commission rogatoire soit exécutée suivant « une forme spéciale » – c'est-à-dire suivant la procédure du droit civil. Il est à prévoir que l'autorité judiciaire de droit civil préférera toujours que l'acte d'instruction soit exécuté en suivant ses propres règles de procédure, plutôt que suivant la méthode de *common law* d'un « interrogatoire » et d'un « contre-interrogatoire » conduits par un avocat et textuellement relatés dans un procès-verbal. Cela constituera, dans l'État de *common law* une « forme spéciale » de procédure, et l'État requérant sera automatiquement redevable des frais encourus, conformément au second alinéa de l'article 14. Les frais encourus pour la rédaction d'un procès-verbal reproduisant textuellement la mesure d'instruction seront écartés.

Deuxièmement, il est probable que dans l'État de *common law* requis, le pouvoir législatif votera les crédits nécessaires pour payer les frais dus en vertu de l'article 26, ou qu'il adoptera un texte spécial chargeant des autorités judiciaires déterminées, qui disposent des crédits nécessaires, d'exécuter les commissions rogatoires.

Troisièmement, si l'État requérant décide de faire procéder aux actes d'instruction par les soins de consuls ou de commissaires, aucune commission rogatoire ne sera demandée, et les articles 14 et 26 n'entreront plus en jeu.

155. Entre deux États de *common law*, les problèmes que soulève l'article 26, devraient être réduits au minimum. Ces problèmes ne se posent que s'il est recouru à des commissions rogatoires, et ce n'est pas la coutume entre deux États de *common law*. Les preuves sont généralement obtenues après une « notification » ou par un accord, ou par les soins d'un consul ou d'un commissaire.

156. Les termes de la Convention mettent intentionnellement l'obligation de rembourser prévue par le second alinéa de l'article 14, non pas à la charge des parties en cause, mais à celle de l'État requérant lui-même. Cela signifie que toute autorité judiciaire de l'État requérant, qui sollicite un acte d'instruction par commission rogatoire, peut indirectement imposer à son gouvernement l'obligation pécuniaire internationale de rembourser certains frais. Cette disposition peut soulever des problèmes constitutionnels dans les États où les magistrats ne possèdent pas un tel pouvoir, à défaut du consentement des services financiers de l'État.

157. En pareil cas, le problème peut être réglé de la façon suivante : le magistrat ordonnera à la partie intéressée de déposer une avance avant que la commission rogatoire ne soit demandée. Cette avance permettra d'éviter une situation embarrassante ou un problème constitutionnel, si le remboursement des frais est demandé au gouvernement de l'État requérant.

158. Il faut ajouter que la Convention ne reconnaît pas à l'État requis le droit de demander, comme condition préalable à l'exécution de la commission rogatoire, le dépôt d'un montant suffisant pour en couvrir les frais. L'État requérant étant, en tout état de cause, tenu du remboursement des frais, l'État requis est assuré d'être remboursé. Enfin, l'article 28, paragraphe f) prévoit expressément que les États pourront s'entendre pour déroger, par des accords séparés, bilatéraux ou multilatéraux, aux dispositions de l'article 14 en ce qui concerne le règlement des frais. L'article 32 en fait de même pour les conventions qui portent sur cette question.

K. *Articles 15, 27 b), 28 g), 32, 33 alinéa 1 – Droit pour un consul de procéder à un acte d'instruction visant un ressortissant de l'État qu'il représente*

159. Il est bon de souligner, une fois encore, qu'il peut être dérogé à toutes les dispositions du Chapitre II, lesquelles peuvent également faire l'objet de réserves. Les principes appliqués dans les pays où la règle de la « souveraineté judiciaire » est très strictement observée diffèrent si profondément des principes appliqués dans les pays où cette règle n'est suivie que dans une certaine mesure, ou n'est pas suivie du tout, qu'il fut impossible de formuler des règles susceptibles d'une application universelle.

160. On cherchera cependant à établir des règles minima que tous les signataires pourraient éventuellement trouver acceptables, mais il fallut néanmoins se résigner à stipuler que ces règles elles-mêmes pourraient donner lieu à des réserves.

161. Il faut aussi souligner que le Chapitre I n'accorde pas à un consul le droit de procéder à un acte d'instruction, mais uniquement celui d'y être autorisé. C'est la loi de l'État que le consul représente qui détermine si ses fonctions lui permettent de procéder à des actes d'instruction. On peut très bien concevoir que la loi nationale d'un État déterminé n'autorise pas ses consuls à procéder à des actes d'instruction dans les États où ils exercent leurs fonctions. En pareil cas, aucune disposition du Chapitre I ne confère au consul un droit que son propre pays lui refuse. Tout ce que le Chapitre II peut prévoir, c'est que si l'État que le consul représente lui donne le droit de procéder à des actes d'instruction, l'État requis pourra l'autoriser à exercer ce droit, aux termes et dans les conditions énoncés au Chapitre II.

162. On doit encore relever que rien n'est prévu au sujet des frais, quand l'acte d'instruction est accompli par un consul ou par un commissaire. Cela s'explique facilement, puisqu'en pareil cas, aucun représentant de l'État de l'exécution n'est mis à contribution. Le consul ou le commissaire sera désigné par l'autorité judiciaire devant laquelle l'affaire est pendante dans l'État requérant, et c'est la loi de cet État qui décidera à qui incombe le paiement des frais. L'État ne participe pas à l'acte d'instruction, sauf dans la mesure où il décide de s'y faire représenter, conformément à l'article 19, ce qui n'entraîne pas de frais.

163. Cependant, la question des frais peut se poser dans un cas déterminé. Supposons qu'un témoin refuse de comparaître et que le consul ou le commissaire s'adresse à l'autorité compétente désignée par l'État de l'exécution, pour obtenir l'assistance nécessaire pour accomplir l'acte d'instruction par voie de contrainte, conformément à l'article 18. Dans ce cas, certains frais seront nécessairement encourus. Mais l'article 18 prévoit que l'assistance accordée peut être subordonnée à toute condition que l'État déclarant juge convenable d'imposer. On peut s'attendre à ce qu'une de ces conditions soit que le consul ou le commissaire prenne à sa charge les frais relatifs à l'application des moyens de contrainte.

164. C'est pour cette raison que le Chapitre II de la Convention ne contient aucune disposition relative aux frais.

165. Le premier alinéa de l'article 15 adopte, sous une forme modifiée, les dispositions de l'article 13 du projet de Convention. Il énonce une règle générale selon laquelle un consul (« un agent diplomatique ou consulaire ») peut procéder à tout acte d'instruction visant les ressortissants de l'État (ou des États) qu'il représente dans l'État de résidence. Les conditions dont cette règle est assortie ne demandent pas d'explications :

- a) le consul ne peut agir que dans la circonscription où il exerce ses fonctions ;
- b) le consul ne peut procéder à l'acte d'instruction que « sans contrainte » ;
- c) le consul ne peut procéder à l'acte d'instruction que si celui-ci vise les ressortissants d'un État (ou d'États) qu'il représente dans l'État de résidence ;
- d) le consul ne peut procéder à l'acte d'instruction que s'il concerne une procédure engagée devant l'État qu'il représente.

166. Le premier alinéa de l'article 15 (ainsi, d'ailleurs, que le Chapitre II tout entier) ne concerne que le droit de « procéder à tout acte d'instruction ». Le droit de faire « d'autres actes judiciaires », visés par le premier alinéa de l'article premier n'est pas accordé au consul ou au commissaire. Il ne pourra donc pas exercer ce droit, sauf dans la mesure où l'État de résidence peut le conférer à un consul étranger, soit par un accord, conformément à l'article 28, paragraphe g), « soit par une convention » conformément à l'article 32, soit en vertu de la loi ou de la coutume interne de l'État de résidence, aux termes du paragraphe b) de l'article 27.

167. Cette omission est volontaire. Il est généralement admis que procéder à un acte d'instruction entre dans les fonctions des consuls. Le Royaume-Uni fait mention de ce droit dans toutes les conventions bilatérales qu'il conclut et il figure dans de nombreuses autres conventions bilatérales ; on le trouve aussi dans nombre de conventions consulaires et l'article 15 de la Convention de 1954 en fait expressément mention. Par contre, les « autres actes judiciaires » entrent exclusivement dans le cadre de fonctions judiciaires, et ils doivent donc être exécutés par des magistrats ou des avocats désignés à ces fins par les autorités judiciaires.

168. Le premier alinéa de l'article 15 s'écarte sur un point important du second alinéa de l'article premier. Ce dernier permet de faire, par commission rogatoire, un acte d'instruction relatif à une procédure « future », par exemple pour préserver un témoignage ou faire la procédure équivalente en droit civil. Par contre, aux termes du premier alinéa de l'article 15, le consul ne peut procéder qu'à un acte d'instruction « concernant une procédure engagée ». Le consul ne peut donc pas obtenir des moyens de preuves destinés à être utilisés dans une procédure « future », sauf si une disposition en ce sens figure dans des accords ou des conventions, ou découle de la loi ou de la coutume interne, conformément aux articles 27 b), 28 g) ou 32.

169. La règle de l'article 15 est générale, mais elle est soumise à de nombreuses exceptions.

Premièrement, le second alinéa de l'article 15 donne à tout État la faculté de déclarer que le droit du consul dépend d'une autorisation. Le consul peut être tenu, dans chaque cas, de demander à l'autorité compétente désignée par l'État déclarant, le droit d'effectuer l'acte d'instruction ; l'article 19 ajoute que la déclaration d'autorisation peut comporter

toute condition que l'État jugera convenable d'imposer. (Voir ci-dessous, les commentaires relatifs à l'article 19).

Deuxièmement, l'article 28 g) permet aux États de déroger aux dispositions du Chapitre II et l'article 32 prévoit que des conventions auxquelles les États sont Parties peuvent déroger, dans les rapports entre ces États, aux dispositions de la Convention.

Troisièmement, le premier alinéa de l'article 33 prévoit que tout État, au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion, a la faculté d'exclure, en tout ou en partie, l'application des dispositions de l'article 15.

Quatrièmement, l'article 27 b) permet à tout État contractant, par l'effet de sa loi ou de sa coutume interne, d'autoriser un consul de procéder à des actes d'instruction dans des conditions moins restrictives que celles prévues par l'article 15.

170. Il est évident que de cette série de règles peut naître une absence complète de conformité. Cependant, il fallait absolument créer une structure assez souple pour être acceptable par tous les Membres de la Conférence, sans qu'ils soient tenus au préalable de modifier leur doctrine interne fondamentale, au sujet des droits des consuls.

171. Il est également évident que la Troisième commission nourrissait l'espoir de voir tous les États chercher dès le début à se rapprocher, le plus possible, de la règle minimum énoncée au premier alinéa de l'article 15 ; quant aux États qui ne pourraient le faire immédiatement, on voulut croire qu'ils le feraient le plus tôt possible. On souhaite vivement qu'aucun État ne se considère tenu de formuler une réserve au sujet de ce premier alinéa, et qu'aucun État ne s'estime contraint de déposer la déclaration prévue par le second alinéa de l'article 15.

L. Articles 16, 27 b), 28 g), 32, 33 alinéa 1 – Droit pour un consul de procéder à un acte d'instruction visant les ressortissants d'autres États

172. Les articles 13 et 14 du projet de Convention faisaient une distinction entre le droit pour un consul de procéder à un acte d'instruction visant les ressortissants de l'État qu'il représente (envers lesquels il a des obligations et des devoirs primordiaux) et ceux visant les ressortissants de l'État de résidence (envers lesquels ces obligations et ces devoirs incombent à cet État).

173. Cette distinction amena à décider que pour procéder à des actes d'instruction visant les ressortissants de l'État de résidence, la règle générale était que l'autorisation de cet État était nécessaire. Cela lui permettait de protéger ses ressortissants contre le consul étranger, si celui-ci commettait des abus ou exerçait des pressions.

174. Quant aux ressortissants d'un État tiers, ils constituent une catégorie différente. Cependant, la rédaction de l'article 14 du projet de Convention, qui instituait une règle particulière pour cette catégorie, ne fut pas approuvée. La règle, énoncée par l'article 16, s'applique donc à toutes les personnes qui ne sont pas visées par les dispositions de l'article 15 (voir dans le Rapport sur le projet de Convention, les longs commentaires consacrés aux articles 13 et 14 de ce projet).

175. Le premier alinéa de l'article 16 énonce trois conditions, celles qui figuraient déjà sous les lettres a), b) et d) dans les discussions soulevées par le premier alinéa de l'article 15. Il prévoit de plus que le consul ne peut procéder à un acte d'instruction sans l'autorisation formelle de l'autorité compétente désignée par l'État de résidence.

176. Cette autorisation peut être accordée d'une manière générale, ce qui dispense le consul de l'obligation de demander une autorisation chaque fois qu'il désire agir. Mais l'autorisation peut n'être accordée que pour chaque cas particulier. L'État de résidence est entièrement libre de son choix.

177. Au surplus, l'article 19 permet à l'autorité compétente de l'État de résidence, lorsqu'elle accord son autorisation, de déterminer les conditions qu'elle juge convenables ; et le paragraphe b) du premier alinéa de l'article 16 impose au consul l'obligation de respecter ces conditions en procédant à l'acte d'instruction.

178. Le second alinéa de l'article 16 permet à l'État de résidence de déclarer que les actes d'instruction peuvent être accomplis sans son autorisation préalable. Il peut aussi renoncer

à se prévaloir de son droit, soit par un accord séparé, conformément au paragraphe g) de l'article 28, soit par une convention séparée, conformément à l'article 32, soit par l'effet de sa loi ou de sa coutume interne, conformément au paragraphe b) de l'article 27.

179. Enfin, aux termes du premier alinéa de l'article 33, tout État a la faculté d'exclure entièrement l'application de l'article 16 et d'interdire absolument tout acte d'instruction visant des personnes qui ne sont pas des ressortissants de l'État (ou des États) que le consul représente. Les articles 15 et 16 sont donc semblables, en ce sens que leur application peut être écartée par les dispositions des articles 27 b), 28 g) et du premier alinéa de l'article 33. Cependant, ces deux articles envisagent les droits essentiels des consuls d'une façon diamétralement différente. À l'égard des ressortissants de l'État que le consul représente, la règle établie par l'article 15 est que le consul a le droit de procéder aux actes d'instruction sans autorisation préalable, mais que l'État de résidence a la faculté de déclarer que ces actes ne peuvent être effectués que moyennant une autorisation accordée sur demande. À l'égard des ressortissants de tout autre pays, la règle établie par l'article 16 est que le consul n'a pas le droit de procéder aux actes d'instruction sans une autorisation préalable accordée par l'État de résidence, mais celui-ci est libre de déclarer que les actes d'instruction peuvent être accomplis sans son autorisation préalable.

M. Articles 17, 27 b), 28 g), 32, 33 alinéa 1 – Droit pour un commissaire de procéder à un acte d'instruction

180. L'article 17 régit le droit pour un commissaire de procéder à tout acte d'instruction : il trouve sa source dans l'article 18 du projet de Convention. Il suit de près la règle énoncée à l'article 16 :

- a) le commissaire ne peut procéder à l'acte d'instruction que « sans contrainte » ;
- b) le commissaire ne peut procéder à un acte d'instruction que si celui-ci concerne une procédure engagée devant un tribunal d'un autre État contractant ;
- c) l'État de résidence doit donner son autorisation, et le commissaire doit respecter les conditions fixées dans l'autorisation, avec faculté pour cet État de renoncer à exiger une autorisation préalable ;
- d) les articles 27 b), 28 g), 32 et l'alinéa premier de l'article 33 s'appliquent, en ce qui concerne les accords et les conventions séparés, la loi et la coutume internes, et les réserves formulées.

181. Ces dispositions mettent le commissaire dans une situation presque identique à celle d'un consul qui désire procéder à un acte d'instruction visant des personnes qui ne sont pas des ressortissants de l'État qu'il représente. La règle énoncée à l'article 17, telle qu'elle peut se trouver modifiée par les dispositions des articles 27 b), 28 g), 32 et le premier alinéa de l'article 33, accorde au commissaire des droits qui vont d'une liberté d'action totale à une interdiction absolue, et elle donne, sans limitation, à tout État contractant, la possibilité de modifier son attitude de temps à autre, que ce soit par une déclaration, en signant un accord ou une convention séparée, ou en transformant sa propre loi ou sa coutume.

182. En général, un commissaire est désigné, soit par l'autorité judiciaire de l'État requérant, soit par une autorité judiciaire de l'État de l'exécution. La Troisième commission décida qu'un commissaire ne pouvait pas être désigné par une autorité privée, ni par une autorité non judiciaire, un consul par exemple.

183. L'article 17 est rédigé en termes assez larges pour que puisse être maintenue la coutume qui, aux États-Unis, autorise les tribunaux du pays à désigner des magistrats étrangers comme « commissaires », ce qui leur permet d'interroger directement les personnes visées par l'acte d'instruction dans leur propre langue et suivant leur propre procédure.

184. Aux termes de l'article 17, le commissaire est soumis aux mêmes restrictions que le consul aux termes du premier alinéa de l'article 15. Il ne peut procéder à l'acte d'instruction que si celui-ci concerne une « procédure engagée ». Il ne peut donc pas être utilisé pour « perpétuer un témoignage », ou son équivalent en droit civil, sauf si une autorisation découle des dispositions des articles 27 b), 28 g) ou 32.

185. On trouvera une discussion détaillée de l'usage de désigner des commissaires dans le Rapport sur le projet de Convention (Chapitre V et article 18). Ces commentaires s'appliquent à l'article 17 de la présente Convention : ils ne seront donc pas répétés ici.

N. Articles 18, 27 b), 28 g), 32, 33 alinéa 1 – Moyens de contrainte

186. L'article 18 énonce une règle unique, applicable tant au consul qu'au commissaire, relative à la faculté d'adresser une demande à l'autorité compétente, pour être autorisé à accomplir un acte d'instruction par voie de contrainte. Cet article réunit en un seul les articles 16 et 19 du projet de Convention, qui traitait des consuls et des commissaires dans des Chapitres séparés.

187. La règle est simple et ne présente aucune ambiguïté. Si un consul ou un commissaire est autorisé à procéder à un acte d'instruction, en vertu des articles 15, 16 ou 17, il a la *faculté* de s'adresser à l'autorité compétente de l'État de l'exécution pour obtenir l'assistance nécessaire à l'accomplissement de cet acte par voie de contrainte.

188. Nous avons souligné le mot « faculté » dans le paragraphe précédent, parce qu'un État peut aller jusqu'à interdire au consul ou au commissaire le droit de demander l'exécution par voie de contrainte. Le premier alinéa de l'article 18 est rédigé de telle sorte que l'État de l'exécution doit faire une déclaration pour que le consul ou le commissaire ait la faculté de demander l'application de voies de contrainte. Cet État doit aussi désigner l'autorité compétente à laquelle la demande doit être adressée.

189. Bien entendu, l'autorisation de s'adresser à l'autorité compétente peut résulter soit d'un accord séparé, conformément à l'article 28 g), soit d'une convention séparée (article 32), soit de la loi ou de la coutume interne de l'État de l'exécution (article 27 b)).

190. Mais la règle repose sur le principe que l'autorisation de demander l'application de voies de contrainte doit exister quelque part. De plus, l'État de l'exécution peut accompagner sa déclaration accordant l'autorisation de toute condition qu'il jugera convenable d'imposer.

191. En réalité, le premier alinéa de l'article 18 n'accorde aucun droit. Il ne fait que rendre plus facile aux États de se montrer plus libéraux, s'ils en ont le désir (voir sur ce point, dans le Rapport sur le projet de Convention, les commentaires portant sur les articles 16 et 19). L'article se borne à prévoir la possibilité pour le consul ou le commissaire d'être autorisé, à certaines conditions, de s'adresser à l'autorité compétente de l'État de l'exécution pour obtenir l'assistance nécessaire pour appliquer les moyens de contrainte. Le texte ne lui assure pas qu'il aura la faculté de formuler cette demande.

192. L'article 18 ne lui garantit pas non plus que la demande qu'il a adressée sera accordée, en tout ou en partie, avec ou sans conditions. L'État de l'exécution conserve un droit illimité et exerce un contrôle absolu, sur toute autorisation accordée à un consul ou à un commissaire, et le premier alinéa de l'article 18 ne contient aucune disposition qui puisse porter atteinte à ce droit et à ce contrôle absolu.

193. Le second alinéa de l'article 18 reproduit la phrase finale de l'article 16 du projet de Convention. Il prévoit que lorsque l'autorité compétente fait droit à la requête, les moyens de contrainte qu'elle applique doivent être « appropriés ». Cela veut dire deux choses. Tout d'abord, la contrainte, doit être « appropriée » à la mesure d'instruction et porter, par exemple, sur l'heure de la comparution, sur les questions à poser, sur les documents à produire, ou sur les moyens de pénétrer sur les biens-fonds, etc. En deuxième lieu, elle doit être « appropriée » aux conditions dont l'autorisation est assortie et qui sont déterminées, soit dans la déclaration déposée en vertu du premier alinéa de l'article 18, soit dans l'autorisation elle-même, conformément à l'article 19, soit aux termes d'un accord ou d'une convention séparée en vigueur, soit enfin par la loi ou la coutume interne de l'État de l'exécution. Les moyens de contrainte pourraient difficilement être « appropriés » s'ils violaient ces principes.

194. Au surplus, le second alinéa de l'article 18 prévoit que les moyens de contrainte doivent être admis par la loi interne de l'État de l'exécution. C'est indiscutable. Jamais un tribunal ne permettra à un consul ou à un commissaire étranger d'appliquer des moyens de contrainte que se verrait refuser une partie en cause dans une procédure interne engagée devant lui.

195. Enfin, le recours aux moyens de contrainte peut être totalement exclu si l'article 18 fait l'objet de la réserve prévue au premier alinéa de l'article 33.

O. Articles 19 – Conditions auxquelles peuvent être soumises l'autorisation de demander des moyens de contrainte et celle de recourir à ces moyens

196. En étudiant les articles 15 à 18, nous avons signalé que l'article 19 prévoit que des conditions peuvent être imposées (1) dans l'autorisation accordée à un consul ou à un commissaire de procéder à un acte d'instruction et (2) dans l'autorisation d'adresser à l'autorité compétente une demande d'assistance pour accomplir l'acte d'instruction par voie de contrainte.

197. L'article 19 est rédigé en termes larges et généraux qui s'appliquent sans distinction aux articles 15, 16, 17 et 18.

198. À l'exception de certaines matières spéciales prévues par la Convention (article 20 et article 21, paragraphes b), c), d) et e), sur lesquelles nous reviendrons à la fin de cette Section, il n'y a pratiquement aucune limite aux conditions que l'autorité compétente de l'État de l'exécution peut imposer, lorsqu'elle décide d'autoriser un consul ou un commissaire à procéder à un acte d'instruction ou à recourir à des moyens de contrainte. L'article 19 se borne à parler de « conditions qu'elle juge convenables », ce qui laisse à l'État le droit de déterminer dans chaque cas et selon les faits de la cause, la nature des conditions à imposer.

199. Les articles 15 à 18 donnent à tout État la faculté d'exercer un certain contrôle sur le consul ou le commissaire, ou de renoncer, totalement ou en partie, à exercer ce contrôle, selon la politique qu'il pratique en ce domaine. Ce contrôle peut être exercé tout simplement en faisant la déclaration prévue au second alinéa de l'article 15, ou en refusant de faire la déclaration prévue aux articles 16 (second alinéa), 17 (second alinéa) et 18 (premier alinéa), ou encore en formulant une réserve conformément au premier alinéa de l'article 33. Dans chacun de ces cas, l'État est en mesure, s'il le désire, d'interdire au consul ou au commissaire de procéder à un acte d'instruction, ou de refuser le recours à des moyens de contrainte. Comme l'État de l'exécution a le droit d'interdire totalement tout acte d'instruction et tout recours à la contrainte, ni les parties en cause, ni l'autorité judiciaire de l'État requérant, ni le consul ou le commissaire ne peuvent se plaindre si l'État de l'exécution décide de n'accorder qu'une autorisation limitée et soumise à certaines conditions.

200. Le chapitre II de la Convention est tout entier imprégné de ces principes.

201. L'article 19 donne quelques exemples des conditions que l'autorité compétente de l'État de l'exécution peut déterminer. Elles sont relatives notamment aux heures, date et lieu de l'acte d'instruction. De même l'autorité peut demander que ces heures, date et lieu lui soient notifiés au préalable, et en temps utile (si elle ne les a pas fixés elle-même) et, en ce cas, un représentant de cette autorité peut être présent à l'acte d'instruction.

202. Si un représentant de l'État de l'exécution assiste à l'acte d'instruction, il peut être présent pour diverses raisons, par exemple pour s'assurer que la mesure ne porte pas atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État, pour empêcher que les témoins ne soient interrogés de façon irrégulière, ou pour faire respecter une dispense ou une interdiction de déposer invoquée.

203. Citons, parmi d'autres conditions dont l'article 19 ne fait pas mention, mais que l'on peut prévoir : (1) limiter et définir la portée des questions à poser et les faits sur lesquels elles portent ; (2) définir et limiter les moyens de pénétrer sur les biens-fonds et les inspecter et (4) déterminer les personnes autorisées à être présentes à l'acte d'instruction, en dehors des parties, des témoins et de leurs conseils.

204. Nous l'avons signalé plus haut, un certain nombre de conditions ne peuvent pas être imposées parce qu'elles seraient incompatibles avec les dispositions d'autres articles du Chapitre II.

205. Par exemple, il ne serait pas « approprié » de décider, en vertu de l'article 19, que les personnes visées par un acte d'instruction devront être entendues hors de la présence

de leur conseil. Ce serait absolument incompatible avec la disposition formelle de l'article 20.

206. Il serait également inadmissible de stipuler que la convocation à comparaître ou à participer à un acte d'instruction ne respectera pas les dispositions du paragraphe b) de l'article 21 en matière de langue, et que la convocation ne contiendra pas les indications exigées par le paragraphe c) du même article.

207. De même on ne saurait stipuler que l'acte d'instruction ne sera pas accompli dans les formes prévues par la loi du tribunal devant lequel la procédure est engagée, si rien dans la loi de l'État de l'exécution n'interdit l'emploi de ces formes. Une telle condition serait absolument incompatible avec la disposition impérative du paragraphe d) de l'article 21.

208. Enfin, il serait impropre de prévoir que la personne visée par l'acte d'instruction ne pourra pas invoquer les dispenses et interdictions prévues à l'article 11, car ce serait totalement incompatible avec la disposition formelle du paragraphe e) de l'article 21.

209. L'auteur du présent Rapport, ainsi qu'un grand nombre des délégués qui ont siégé à la Troisième commission, souhaitent vivement que les pouvoirs très étendus que confère l'article 19 ne soient que très rarement utilisés, et que les consuls et les commissaires soient autorisés à agir avec la liberté la plus complète et ne soient soumis qu'à un contrôle et à une surveillance réduite au minimum. Ils espèrent aussi que consuls et commissaires seront généreusement assistés pour contraindre les témoins récalcitrants à comparaître et à déposer. Cette attitude est particulièrement souhaitable quand il s'agit d'actions civiles ou commerciales entre particuliers, ou d'actions personnelles en responsabilité, dans lesquelles aucune question de souveraineté ou de sécurité nationale ne saurait être en jeu.

210. Dans de nombreux États, l'expérience de charger les consuls ou les commissaires de procéder à des actes d'instruction a été faite depuis longtemps. Ces États ont constaté que le procédé était tellement plus rapide et tellement plus efficace que celui de la commission rogatoire qu'ils ne recourent plus à cette dernière mesure qu'en cas de nécessité absolue.

P. Article 20 – Assistance par un conseil

211. L'article 20 donne aux « personnes visées » par un acte d'instruction, le droit de se faire inconditionnellement assister par leur conseil. Il faut soigneusement distinguer ce texte de celui de l'article 19. Il est clair que l'autorité compétente, dans l'État de l'exécution, en déterminant les « conditions » de la mesure d'instruction en vertu de l'article 19, ne peut pas imposer, comme condition, que les personnes visées ne soient pas assistées de leur conseil. Si l'acte d'instruction est autorisé, le droit d'être assisté d'un conseil ne peut pas être refusé.

212. Quelles sont les « personnes visées » ? L'article 20, intentionnellement, se garde bien de les définir. Il est hors de doute que les parties à la procédure engagée dans l'État requérant sont des « personnes visées ». Il en est de même des témoins eux-mêmes. D'autres personnes peuvent-elles être « visées » ? La réponse ne saurait être donnée qu'après examen de chaque cas particulier. L'employeur d'un témoin, une compagnie d'assurance, une personne civilement responsable, pourraient, dans certains cas, être considérés comme des « personnes visées ».

Q. Article 21 – Règles auxquelles l'acte d'instruction est soumis

213. Les cinq paragraphes de l'article 21 énumèrent les règles applicables quand un consul ou un commissaire est autorisé à procéder à un acte d'instruction en vertu des articles 15, 16 et 17. Ces règles ne nécessitent pas d'explications : elles suivent de très près l'article 17 du projet de Convention. Les commentaires portant sur cet article, dans le Rapport sur le projet de Convention, s'appliquent donc également ici.

214. Le paragraphe a) permet au consul ou au commissaire de procéder à tout acte d'instruction qui n'est pas incompatible avec la loi de l'État de l'exécution, ou contraire à l'autorisation accordée. Cette disposition s'explique par elle-même.

215. De plus, le paragraphe a) lui permet de recevoir, dans les mêmes conditions, une déposition sous serment ou avec affirmation. On peut concevoir que la loi de l'État de l'exécution n'accorde qu'aux magistrats et aux notaires le droit de faire prêter serment. En

pareil cas, le consul ou le commissaire devra demander à un notaire de faire prêter serment au témoin, dans les formes prévues par la loi interne de l'État.

216. Le paragraphe b) prévoit que la « personne visée » doit recevoir une convocation à comparaître ou à participer à un acte d'instruction, qui indique l'heure, la date et le lieu de la mesure. La convocation doit être rédigée dans la langue du lieu où l'acte d'instruction doit être accompli (ou accompagné d'une traduction), à moins que la personne visée ne soit ressortissante de l'État dans lequel la procédure est engagée. En pareil cas, la convocation sera, bien entendu, rédigée dans la langue de cet État.

217. La convocation aux termes du paragraphe c), doit aussi indiquer que la personne peut être assistée de son conseil (article 20). De plus, dans tout État qui n'a pas fait la déclaration prévue à l'article 18 – relative au droit d'obtenir assistance pour accomplir l'acte d'instruction par voie de contrainte – la convocation doit indiquer que la personne visée n'est pas tenue de comparaître ni de participer à l'acte d'instruction.

218. Ce paragraphe c) soulève un petit problème. Supposons que l'État de l'exécution n'ait pas fait la déclaration prévue à l'article 18 au sujet de la contrainte, parce que la loi ou la coutume accorde le droit de demander l'accomplissement de l'acte par voie de contrainte, et qu'elle soit applicable en vertu du paragraphe b) de l'article 27, ou que ce droit résulte d'un accord séparé conformément au paragraphe g) de l'article 28 ou d'une convention séparée, conformément à l'article 32. La déclaration devient inutile, et ferait double emploi. Si en raison de cette absence de déclaration, le consul informe la personne visée qu'elle n'est pas tenue de comparaître ni de participer à l'acte d'instruction, cette déclaration du consul est inexacte. La personne peut être contrainte à comparaître ou à participer, en vertu de la loi ou de la coutume interne, ou de l'accord ou de la convention séparé, en dépit des dispositions de l'article 18.

219. Pour éviter un résultat aussi fâcheux, le paragraphe c) doit être tenu pour signifier :

« ... et si l'État qui n'a pas fait la déclaration prévue à l'article 18, et dont la loi ou la coutume interne ne prévoit pas l'application de moyens de contrainte, qu'elle n'est pas tenue de comparaître ni de participer à l'acte d'instruction ».

L'expression « loi interne » comprendra, bien entendu, tout accord ou convention séparés sur la contrainte auquel l'État de l'exécution est partie, et qui est applicable conformément aux articles 28 g) et 32.

220. Le paragraphe d) reproduit mot pour mot le paragraphe c) de l'article 17 du projet de Convention. Il est inutile de revenir sur ce texte, expliqué dans le Rapport sur le projet de Convention.

221. Le paragraphe e) donne à la personne visée par l'acte d'instruction le droit d'invoquer, devant le consul ou le commissaire, les dispenses et les interdictions, prévues à l'article 11, comme si elle était convoquée devant l'autorité compétente en vertu d'une commission rogatoire. Il est indispensable, dans ce cas, que l'acte ou le document qui donne au consul ou au commissaire le droit de procéder à l'acte d'instruction contienne les renseignements nécessaires à l'application de l'article 11 en ce qui concerne les dispenses et les interdictions de déposer (voir le quatrième alinéa de l'article 3), ou que cet acte ou document confirme la portée des dispenses et des interdictions, si le consul ou le commissaire le demandent.

222. Dans le projet de Convention, l'article 17 faisait aussi mention de la disposition relative à la « souveraineté et la sécurité ». La Troisième commission estima cette mention inutile et la supprima. Le paragraphe a) de l'article 21 interdit au consul ou au commissaire de procéder à tout acte d'instruction qui est « incompatible avec la loi de l'État de l'exécution ». Obtenir des informations de nature à porter atteinte à la souveraineté ou à la sécurité de l'État est, de toute évidence, « incompatible » avec la loi de cet État.

R. *Article 22 – Conséquences de l'impossibilité pour le consul ou le commissaire de procéder à l'acte d'instruction*

223. L'article 22 prévoit que si un acte d'instruction n'a pu être accompli par le consul ou le commissaire, les droits de la partie intéressée ne se trouvent pas éteints de ce fait ; elle peut solliciter et obtenir que l'État requérant demande, par commission rogatoire, qu'il soit procédé au même acte d'instruction.

224. Cette disposition avait été adoptée en principe par la commission spéciale mais, faute de quorum, elle ne put être insérée dans le projet de Convention.

225. Cet article est, à vrai dire, inutile : il constitue un simple excès de précaution. Supposons qu'un acte d'instruction n'ait pu être accompli par un consul ou un commissaire pour une raison quelconque, par exemple parce que l'État de l'exécution a refusé son autorisation, ou parce que le consul ou le commissaire n'a pu se conformer à une condition imposée dans l'autorisation, ou parce que la personne visée a refusé de comparaître ou de témoigner et que le droit de recourir à la contrainte n'a pas été accordé. Supposons ensuite que la partie intéressée, dans l'État requérant, abandonne cette tentative infructueuse et qu'elle obtienne une commission rogatoire du tribunal devant lequel la procédure est engagée.

226. Quand cette commission rogatoire parvient à l'Autorité centrale de l'État requis, ou à l'autorité judiciaire compétente, l'exécution de la commission rogatoire peut-elle être refusée pour le motif que la partie intéressée a vainement cherché à faire accomplir l'acte d'instruction par le consul ou le commissaire ? Il suffit de jeter un coup d'œil sur l'article 12 pour trouver la réponse à cette question. Cet article voit-il là matière à refuser l'exécution de la commission rogatoire ? Évidemment non. Les tentatives infructueuses précédentes n'ont aucun effet sur l'exécution de la commission rogatoire.

227. L'article 22 ne fait aucun mal, mais, à la lumière des dispositions de l'article 12, il ne sert à rien et n'ajoute rien à la Convention.

S. *Dispositions générales*

228. Nous avons déjà étudié plus haut les dispositions générales les plus importantes : nous n'y reviendrons pas.

229. L'article 23 a été examiné à propos des articles 1 et 5.

230. Les articles 24 et 25 ont été étudiés à propos des articles 2, 7, 8 et 9.

231. L'article 26 a été examiné en même temps que l'article 14.

232. Enfin l'article 27 a été discuté à propos des vingt-deux premiers articles de la Convention, presque sans exception.

233. Cet article 27 revêt une grande importance, parce qu'il permet de recourir à la loi ou la coutume interne d'un État contractant quand elle permet aux autorités judiciaires et aux justiciables étrangers de procéder à des actes d'instruction dans des conditions de coopération internationale moins restrictives.

234. Son paragraphe a) déclare que la Convention ne fait pas obstacle à ce que les commissions rogatoires soient transmises par d'autres voies que celle de l'Autorité centrale, par exemple par la voie consulaire ou diplomatique, ou par une transmission directe « d'une autorité judiciaire à l'autre », ou par les parties intéressées elles-mêmes.

235. Il prévoit, en son paragraphe b) que *tous les actes* auxquels la Convention s'applique peuvent être exécutés dans des conditions moins restrictives que celles prévues par la Convention, si la loi ou la coutume de l'État requis le permet. Ce texte s'appliquera tout particulièrement au Chapitre II, à l'égard des États qui accordent actuellement aux consuls et aux commissaires des pouvoirs pratiquement illimités pour procéder à des actes d'instruction sans contrainte.

236. L'article 27, en son paragraphe c), prévoit le recours à des méthodes d'obtention de preuves autres que celles prévues par la Convention, dans la mesure où la loi ou la coutume interne le permet. Cela signifie que les preuves peuvent être obtenues sans recourir à une commission rogatoire, à un consul ou à un commissaire.

237. Par exemple, le conseil d'une des parties pourra se rendre dans le pays où réside un témoin disposé à déposer, lui faire prêter serment devant l'autorité qualifiée, procéder à son interrogatoire, et établir lui-même un procès-verbal, ou enregistrer la déposition sur bande magnétique. Ou encore, pour économiser les frais de déplacement, un bon avocat exerçant dans l'État de l'exécution pourra être désigné pour interroger le témoin. Il suffit que l'État de l'exécution autorise cette mesure et que le procès-verbal (ou enregistrement) puisse être invoqué devant le tribunal devant lequel la procédure est engagée. Si ces conditions sont respectées, le résultat obtenu sera tout aussi satisfaisant que si une commission rogatoire avait été exécutée, ou si un consul ou un commissaire avait été chargé de procéder à l'acte d'instruction.

238. On pourrait aussi imaginer le cas d'une partie ou d'un avocat qui, avec l'assistance d'un ingénieur qualifié, inspecterait, examinerait, photographierait, mesurerait ou mettrait à l'épreuve l'outillage d'une usine, ou l'intérieur d'une mine, avec l'autorisation de son propriétaire, afin d'obtenir des preuves pour les besoins d'une procédure. Dans ce cas encore, si l'État de l'exécution autorise cette mesure, son résultat donnera pleine satisfaction.

239. Un dernier exemple a été exposé dans le Rapport sur le projet de Convention : les tribunaux de New York et de Chicago avaient nommé des magistrats allemands et italiens en qualité de « commissaires », et leur avaient accordé le droit de recourir à la contrainte, pour leur permettre, à New York et à Chicago, d'interroger des témoins dans leur propre langue, en suivant leur procédure nationale, sans aucune intervention ou participation des tribunaux du pays. Si la loi ou la coutume interne d'un État contractant reconnaît aux autorités judiciaires et aux justiciables étrangers de tels droits, qui sont bien plus étendus que ceux prévus par la Convention, cet État pourra, en toute quiétude, signer et ratifier la Convention sans faire obstacle au droit, pour les autorités judiciaires et les justiciables étrangers, de bénéficier de ces conditions moins restrictives.

240. L'article 28 a été étudié à propos des articles 2, 4, 5, 8, 11, 13, 14 et 15 à 22.

241. Les articles 29, 30 et 31 ont été étudiés en examinant la section B de l'Introduction.

242. L'article 32 a été discuté à propos des articles 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 14 et 15 à 22.

243. L'article 33, qui concerne les réserves qui peuvent être faites, a été étudié à propos de l'article 4 et des articles 15 à 22. La réserve doit être faite au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion : aucune réserve ne sera admise plus tard. Tout État pourra, à tout moment, retirer une réserve qu'il aura faite. Lorsqu'un État aura fait une réserve, tout autre État affecté par celle-ci pourra appliquer la même règle à l'égard de l'État qui a fait la réserve.

244. L'article 34 donne à tout État le droit de retirer à tout moment une déclaration, ou de la modifier.

245. L'article 36 prévoit le recours à la voie diplomatique pour régler les difficultés qui s'élèveraient entre les États contractants à l'occasion de l'application de la Convention.

246. Les articles 35 et 37 à 42 contiennent des dispositions classiques qui concernent la notification de la Convention par le Ministère des Affaires Étrangères des Pays-Bas, la signature, la ratification, la date de l'entrée en vigueur, l'adhésion d'autres États, les extensions à d'autres territoires, et l'expiration de la Convention par dénonciation. Ces textes ne soulèvent aucune difficulté et ne nécessitent pas de commentaires.

III. Les matières exclues de la Convention

247. Le rapport sur le projet de Convention fait mention d'un certain nombre de questions qui n'ont pas été discutées, ni incorporées dans le projet de Convention. La Troisième commission avait été chargée de les étudier et de prendre des décisions à leur sujet.

248. *Assistance judiciaire gratuite* – Cette question est traitée séparément dans le Chapitre IV de la Convention de 1954. En raison des divergences très sensibles dans les politiques des divers Membres de la Conférence en matière d'assistance judiciaire gratuite, il fut décidé que la Convention se bornerait à réviser le Chapitre II de la Convention de 1954 et qu'elle ne porterait pas sur l'assistance judiciaire gratuite.

249. *Immunité des témoins contre l'arrestation ou les poursuites* – La Troisième commission a estimé que la question de l'immunité d'un témoin qui dépose devant des autorités judiciaires ou qui, sur convocation, se rend sur le territoire où l'acte d'instruction a lieu, ou qui le quitte, relève du droit interne de l'État requis. D'ailleurs l'État requis se verra très rarement demandé lorsqu'il exécute une commission rogatoire, d'interroger une personne domiciliée dans un tiers État. La Convention de 1954 ne portait pas sur cette question ; la présente Convention non plus.

250. *Refus de comparaître d'un témoin* – Une proposition tendant à prévoir l'effet d'un refus de comparaître devant un consul ou un commissaire fut rejetée. C'est un problème qui regarde exclusivement le droit interne de l'État où la procédure est engagée. Il faut laisser le juge apprécier, comme il l'entend, la non-comparution d'un témoin ou d'une partie en cause.

251. *Le problème de la double nationalité* – Les articles 15 et 16 établissent des règles différentes, pour l'accomplissement d'un acte d'instruction par un consul, selon la nationalité de la personne visée. Mais supposons qu'une personne, en vertu de la loi de l'État requérant, soit un ressortissant de cet État et, qu'en vertu de la loi de l'État de résidence, elle soit un ressortissant de ce dernier État. Lequel des deux articles faudra-t-il appliquer ?

252. La Troisième commission estima que cette question ne devait pas être réglée par la Convention. En vertu de l'article 16, l'État de résidence a le droit de fixer les conditions dans lesquelles ses propres ressortissants peuvent faire l'objet d'un acte d'instruction. Il doit, par conséquent, avoir le droit de décider quelles personnes doivent, à cet égard, être considérées comme ses ressortissants, au regard de sa propre loi. L'État requérant ne saurait avoir le droit de décider qu'une personne déterminée n'est pas un ressortissant de l'État de résidence.

253. *Les procédures engagées devant les tribunaux administratifs* – On fit remarquer, au cours des discussions portant sur l'article 1, que le terme « autorité judiciaire » n'était pas défini. Dans quelle mesure devait-il comprendre un « tribunal administratif » ?

254. La Troisième commission décida tout d'abord que le terme « autorité judiciaire » ne comprenait pas les tribunaux d'arbitrage. En ce qui concerne les tribunaux administratifs en général, aucune décision ne fut, ou ne put être prise. Les pouvoirs et la compétence des tribunaux administratifs présentent des différences énormes dans les divers systèmes de droit. Certaines autorités administratives possèdent tous les attributs d'un véritable tribunal, sauf le nom. D'autres ne ressemblent en rien à des tribunaux judiciaires. Une définition exacte était donc impossible à formuler : chaque cas devait être jugé suivant les circonstances.

255. Un exemple intéressant est fourni par une décision du « Second Circuit Court of Appeals of the United States », à New York City, *In re Letters Rogatory Issued by Director of Inspection of Government of India*, 385 F. (2d) 1017 (1967)⁶. Le tribunal, après avoir soigneusement étudié les fonctions et la compétence de l'autorité chargée en Inde d'établir le montant de l'impôt, a estimé qu'elle ne constituait pas une « autorité judiciaire » qui pouvait être chargée, à New York, d'exécuter une commission rogatoire.

256. *Dispositions pénales* – La Troisième commission étudia les problèmes du droit pénal que posait un acte d'instruction accompli à l'étranger. Parmi ces problèmes figurent la non-comparution, ou le refus de comparaître, d'un témoin convoqué par l'autorité requise, et le faux témoignage.

257. La Troisième commission se rallia au pont de vue exprimé par la Commission spéciale : ces problèmes relèvent du droit pénal interne des États intéressés, et soulèvent des questions de compétence pénale. La présente Convention ne saurait donner une solution à ces problèmes.

⁶ Publié dans *American Journal of International Law* (1967), p. 776.