

A Note on Translations

The IBA would like to acknowledge the work of Anastasia Bondarenko, Eléonore Caroit, Anne-Marie Lacoste, Benjamin Siino and Julie Spinelli (Co-Chairs of the Comité français de l'arbitrage under-40 group (CFA40)) in the translation of this Commentary, and Alexis Mourre and Pierre Bienvenu in its review.



the global voice of
the legal profession®

(Janvier 2021)

Commentaire de la version révisée des Règles IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage International*

Groupe de travail IBA de 1999¹ & Sous-comité sur la Révision des Règles IBA sur la preuve de 2010² & Groupe de Réflexion chargé de la Révision des Règles IBA sur la preuve de 2020³

* Cet article est une version révisée et enrichie du commentaire de la version précédente des Règles IBA, "Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration", publié dans 2 B.L.I., pp. 16-36 (2000), qui a ensuite été revu et enrichi en vue des révisions 2010 et 2020 des Règles. La traduction française a été réalisée avec la collaboration des membres du bureau du CFA40 (Comité Français de l'arbitrage), Anastasia Bondarenko, Eleonore Caroit, Anne-Marie Lacoste, Benjamin Siino et Julie Spinelli.

¹ Les Règles IBA sur l'Administration de la preuve dans l'Arbitrage International ont été rédigées par un Groupe de travail nommé par le Comité Arbitrage et MARD de l'Association internationale du Barreau (Comité D). Le Groupe de travail était dirigé par Giovanni Ughi d'Italie, et ses membres étaient Hans Bagner, Suède ; John Beechey, Angleterre ; Jacques Buhart, France ; Peter Caldwell, Hong Kong ; Bernardo M. Cremades, Espagne ; Otto De Witt Wijnen, Pays-Bas ; Emmanuel Gaillard, France ; Paul A. Gelinas, France ; Pierre A. Karrer, Suisse ; Wolfgang Kühn, Allemagne (ancien Président du Comité D) ; Jan Paulsson, France ; Hilmar Raeschke-Kessler, Allemagne ; David W. Rivkin, Etats-Unis (Président du Comité D) ; Hans van Houtte, Belgique ; et Johnny Veeder, Angleterre.

² Le 29 mai 2010, le Conseil de l'IBA a approuvé la version révisée des Règles IBA sur l'Administration de la preuve dans l'Arbitrage International. En 2008, le Comité d'Arbitrage de l'Association Internationale du Barreau (IBA) a chargé le Sous-comité sur la Révision des Règles de réviser les Règles IBA de 1999. Le Sous-comité était dirigé par Richard Kreindler des Etats-Unis/Allemagne ; ses membres étaient David Arias, Espagne ; C. Mark Baker, Etats-Unis ; Pierre Bienvenu, Canada (ancien vice-président du Comité Arbitrage) ; Antonias Dimolitsa, Grèce ; Paul Friedland, Etats-Unis ; Nicolás Gamboa, Colombie ; Judith Gill, Q.C., Royaume-uni (vice-président du Comité) ; Peter Heckel, Allemagne ; Stephen Jagusch, Nouvelle-Zélande ; Xiang Ji, Chine ; Kap-You (Kevin) Kim, Corée ; Amy Cohen Kläsener, Secrétaire du Sous-comité sur la Révision, Etats-Unis/Allemagne ; Toby T. Landau, Q.C., Royaume-Uni ; Alexis Mourre, France ; Hilmar Raeschke-Kessler, Allemagne ; David W. Rivkin, (ancien Président du Comité d'Arbitrage et de la Division des Pratiques Juridiques), Etats-Unis ; Georg von Segesser, Suisse ; Essam al Tamimi, Emirats Arabes Unis ; Guido S. Tawil, Argentine (vice-président du Comité d'Arbitrage) ; Hiroyuki Tezuka, Japon ; Ariel Ye, Chine.

³ En Septembre 2016, le Sous-comité IBA sur les Lignes Directrices et les Règles d'Arbitrage a approuvé le Rapport sur la perception des règles non contraignantes (soft law) IBA, qui recommandait une révision des Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage en 2020. En 2019, le Sous-comité IBA sur les Lignes Directrices et les Règles d'Arbitrage a créé un groupe de travail en charge de réviser les Règles (le « Groupe de Réflexion chargé de la Révision des Règles de 2020 »). Le Groupe de travail de Révision 2020 était initialement dirigé par Álvaro López de Argumedo en Espagne et Fernando Mantilla-Serrano de Colombie/France, en leurs qualités de co-présidents du Sous-comité IBA sur les Lignes Directrices et les Règles d'Arbitrage, puis ils furent remplacés par Nathalie Voser, Suisse et Joseph E. Neuhaus, Etats-Unis. Ils ont été assistés par les membres du Sous-comité suivants : David Blackman, Etats-Unis, Santiago Rodríguez Senior, Venezuela/Espagne, Jesús Saracho Aguirre, Espagne, et Alice Williams, France/Royaume-Uni/Suisse. Les membres du Groupe de travail étaient : Carmen Martínez López, Espagne/Royaume-Uni ; Stefan Brocker, Suède ; Cecilia Carrara, Italie ; Kabir Duggal, Inde/Etats-Unis ; Valeria Galindez, Brésil/Argentine ; Babajide Ogundipe, Nigeria ; Andrey Panov, Russe ; Noiana Marigo, Argentine/Etats-Unis ; Samantha Rowe, Royaume-Uni/Irlande ; Anne-Véronique Schlaepfer, Suisse ; Jimmy Skjold Hansen, Danemark ; Helen H Shi, Chine ; Mohamed Abdel Wahab, Egypte ; Roland Ziadé, Liban/France ; Daniel Busse, Allemagne ; Pierre Bienvenu, Canada ; Laura Halonen, Finlande/Allemagne ; Ben Juratowitch, Australie/France ; Tejas Karia, Inde ; Erica Stein, Etats-Unis/Belgique ; Cosmin Vasile, Roumanie ; Sabina Sacco, Chili/Italie/Salvador ; Hassan Arab, Emirats Arabes Unis ; Ximena Herrera-Bernal, Colombie/Royaume-Uni ; Bartosz Kruzewski, Pologne ; Isabelle Michou, Canada/France ; Tyler B. Robinson, Etats-Unis/Royaume Uni ; Ariel Ye, Chine.

Dans chaque arbitrage, une question clé à laquelle les parties et leurs conseils – ainsi que le tribunal arbitral – doivent faire face est la détermination des règles procédurales relatives à cet arbitrage. Les principaux règlements institutionnels et *ad hoc* fournissent le cadre de l'arbitrage et incluent des dispositions détaillées concernant des questions telles que les demandes initiales, la nomination et la récusation des arbitres, et la nature de la sentence et des coûts – mais sont volontairement silencieux sur la manière dont les preuves doivent être recueillies et présentées dans tout arbitrage effectué sous l'égide de ces règlements.

À juste titre, les principaux règlements institutionnels et *ad hoc* n'exigent pas que tous les arbitrages soient conduits de la même manière et accordent donc aux parties la flexibilité de concevoir la procédure la mieux adaptée à chaque arbitrage. L'autonomie des parties et la flexibilité font partie des avantages importants de l'arbitrage international.

Cependant, dans de nombreux cas, cette lacune intentionnelle dans les règlements peut causer des problèmes si les parties ont des points de vue contradictoires sur la façon dont l'affaire doit se dérouler. C'est particulièrement le cas lorsque les parties sont issues de formations et de cultures juridiques différentes. Des problèmes peuvent également survenir lorsque l'une des parties ou les deux sont inexpérimentées en matière d'arbitrage international.

Il y a près de quarante ans, l'Association Internationale du Barreau (IBA) a entrepris d'aider les parties en fournissant un mécanisme permettant de combler cette lacune. L'IBA est particulièrement bien placée pour fournir de tels conseils, puisque son Comité d'Arbitrage compte aujourd'hui plus de 3 000 praticiens de l'arbitrage provenant de 130 pays à travers le monde.

En 1983, l'IBA a adopté le *Règlement Supplémentaire de l'IBA régissant la Présentation et la Réception des Preuves en Arbitrage Commercial International* (les « Règles de 1983 »). Les Règles de 1983 ont été globalement bien accueillies et souvent citées lors de conférences d'arbitrage comme un exemple de procédure d'harmonisation pouvant avoir lieu dans les arbitrages internationaux.

En 1999, la nature de l'arbitrage international avait considérablement changé. De nouvelles procédures s'étaient développées ; des normes différentes quant aux procédures appropriées s'étaient imposées ; et le champ d'application de l'arbitrage international s'était considérablement élargi, de nombreuses régions du monde auparavant hostiles à l'arbitrage international l'ayant depuis adopté.

En conséquence, les Règles de 1983 devaient être mises à jour et révisées et, en 1997, le Comité D de l'IBA (désormais appelé « Comité d'Arbitrage ») a formé un nouveau Groupe de travail à cette fin, présidé par l'italien Giovanni Ughi. Le Groupe de travail était composé de 16 membres (*voir* note de bas de page n° 2). Le Groupe a tenu de nombreuses réunions et a discuté des Règles lors de réunions publiques de l'IBA, à Delhi en novembre 1997 et à Vancouver en septembre 1998. Des projets ont également été diffusés pour commentaires publics aux membres du Comité D et à d'autres personnes, et ont été débattus lors de nombreuses conférences sur l'arbitrage. Le Groupe de travail a tenu compte des commentaires reçus tout au long de ce processus pour rédiger la version finale des Règles IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage Commercial International, qui ont été adoptées par le Conseil de l'IBA le 1^{er} juin 1999 (également appelées « Règles IBA de 1999 »).

GROUPE DE REFLEXION IBA CHARGE DE LA REVISION DES REGLES IBA SUR L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL/ AMENDEMENTS CONSOLIDES

Les Règles IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage Commercial International ont été bien accueillies en tant qu'harmonisation utile des procédures couramment utilisées dans l'arbitrage international, et ont été largement utilisées dans les procédures arbitrales internationales. En 2008, le Comité d'Arbitrage de l'IBA a créé le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 et l'a chargé de réviser et, au besoin, de mettre à jour les Règles IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage Commercial International de 1999. Le Sous-comité a tenu de nombreuses réunions et a discuté des Règles lors de forums ouverts de l'IBA à Buenos Aires en octobre 2008, à Dubaï en février 2009 et à Madrid en octobre 2009. Il a mené une enquête en ligne auprès des membres du Comité d'Arbitrage et d'autres personnes en 2008. Au début de l'année 2010, le Comité d'Arbitrage a fait circuler publiquement un projet pour recueillir des commentaires. Les révisions envisagées ont été discutées lors de nombreuses conférences d'arbitrage, et les commentaires reçus ont été dûment pris en compte tout au long du processus de révision. La version révisée des Règles IBA sur l'Administration de la Preuve dans l'Arbitrage International a été adoptée par le Conseil de l'IBA le 29 mai 2010 (ci-après dénommées « Règles IBA sur la preuve de 2010 »).

Le texte résultant des Règles IBA sur la preuve de 2010 reflète le souhait du Comité d'Arbitrage de ne modifier et mettre à jour que ce qui était nécessaire pour refléter les nouveaux développements et les meilleures pratiques en matière d'arbitrage international depuis 1999. Le mot « commercial » a été supprimé du titre des Règles pour reconnaître le fait que les Règles IBA sur la preuve pouvaient être et sont utilisées à la fois dans des arbitrages commerciaux et d'investissement.

Au terme de son examen des Règles IBA sur la preuve de 2010, le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 n'a recommandé qu'un nombre limité de changements, principalement pour garantir une plus grande clarté. Ces changements comprennent : (1) l'ajout à l'article 2 d'une référence à la cybersécurité et à la protection des données dans la liste des questions que la consultation initiale sur l'administration de la preuve peut aborder ; (2) l'ajout du terme « Audience à distance » dans la section des définitions et la modification de l'article 8 pour prévoir expressément la possibilité de tenir des Audiences à distance et pour que le Tribunal établisse un protocole sur la conduite d'une telle Audience à distance ; et (3) l'ajout d'une disposition à l'article 9 selon laquelle le Tribunal Arbitral peut exclure les preuves obtenues illégalement.

Les changements tels que définis dans la nouvelle version du règlement reflètent également la prise en compte par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 des commentaires recueillis auprès de plus de 160 institutions arbitrales dans le monde, des membres du Groupe de travail de 1999 et du Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010.

Les Règles IBA sur la preuve contiennent des procédures initialement développées dans les systèmes de droit civil, de *common law* et dans les procédures d'arbitrage international elles-mêmes. Conçues pour aider les parties à déterminer les procédures à utiliser dans leur cas particulier, elles présentent certaines (mais pas toutes) des méthodes de conduite des procédures d'arbitrage international. Les parties et les tribunaux arbitraux peuvent adopter les Règles IBA sur la preuve en totalité ou en partie – au moment de la rédaction de la clause d'arbitrage dans un contrat ou une fois que l'arbitrage a commencé – ou peuvent les utiliser comme principes directeurs. Les parties sont libres de les adapter aux circonstances particulières de chaque affaire.

Cet article décrit les dispositions essentielles des Règles IBA, telles que révisées en 2010 et 2020, et fournit quelques informations de contexte sur leur rédaction et le processus de révision. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 et le Sous-comité IBA sur les Lignes Directrices et les Règles d'Arbitrage espèrent que ce commentaire sera utile aux parties pour déterminer si elles doivent ou non utiliser les Règles IBA et comment les appliquer au mieux dans leur propre arbitrage. Les Règles IBA sur la preuve et leurs traductions dans différentes langues peuvent être téléchargées à l'adresse www.ibanet.org.

Préambule

Il a été jugé important d'identifier certains principes généraux régissant les Règles IBA sur la preuve, afin que les parties et les tribunaux arbitraux puissent comprendre au mieux comment les appliquer. Le Préambule est également important en ce qu'il illustre à la fois ce que les Règles IBA sur la preuve ont vocation à accomplir, et ce qu'elles ne sont pas destinées à réaliser.

i. Le Préambule note que les Règles IBA sur la preuve sont « conçues pour compléter les dispositions légales et les règlements institutionnels, *ad hoc* ou autres pouvant s'appliquer au déroulement de l'arbitrage ». Les Règles IBA sur la preuve n'ont pas vocation à fournir un mécanisme complet pour la conduite d'un arbitrage international (qu'il soit commercial ou d'investissement). Les parties doivent toujours choisir un ensemble de règles institutionnelles ou *ad hoc*, telles que celles de la CCI, l'AAA, la LCIA, la SIAC, la HKIAC, la CNUDCI ou du CIRDI, ou concevoir leurs propres règles, pour établir le cadre procédural global de leur arbitrage. Les Règles IBA sur la preuve comblent les lacunes de ces règles-cadres procédurales en ce qui concerne l'administration de la preuve.

ii. Comme le note la toute première phrase du Préambule, les Règles IBA sur la preuve sont conçues pour fournir une « procédure efficace, économique et équitable » d'administration de la preuve en arbitrage international. Ce principe façonne l'ensemble des Règles IBA sur la preuve. Le Groupe de travail de 1999 a estimé qu'à mesure que l'arbitrage international devient plus complexe et que la taille des affaires augmente, il est important que les parties et les tribunaux arbitraux trouvent des méthodes pour résoudre leurs différends de la manière la plus efficace et la moins coûteuse. Le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a révisé cette phrase pour y inclure expressément le principe d'équité. Cette modification va de pair avec la révision du paragraphe 3 du Préambule, qui inclut désormais une exigence selon laquelle chaque Partie doit agir « de bonne foi » dans l'obtention de preuves conformément aux Règles IBA. La violation de l'exigence de bonne foi peut entraîner les conséquences énoncées aux articles 9.6, 9.7 et 9.8, à la discrétion du tribunal arbitral.

iii. Il a été reconnu qu'il n'y a pas une seule meilleure façon de conduire tous les arbitrages internationaux, et que la flexibilité inhérente aux procédures d'arbitrage international est un atout. Par conséquent, il a été jugé important de noter spécifiquement, dans le paragraphe 2 du Préambule, que les Règles IBA sur la preuve ne sont pas destinées à limiter cette flexibilité. En effet, comme indiqué dans ce paragraphe, les Règles IBA sur la preuve doivent être utilisées par les parties et les tribunaux arbitraux de la manière qui leur convient le mieux.

iv. Le Préambule note le principe primordial des Règles IBA sur la preuve, selon lequel l'obtention des preuves doit être menée conformément au principe selon lequel chaque partie doit être « informée dans un délai raisonnable, avant toute Audience sur la preuve ou avant toute décision du tribunal sur les faits ou sur le fond du litige, des éléments de preuve sur

lesquels les autres Parties se fondent ». Ce principe irrigue toutes les dispositions des Règles IBA sur la preuve. En conséquence, les dispositions relatives à l'échange de preuves, de déclarations de témoins et de rapports d'expertise, entre autres, fournissent à chaque partie et au tribunal arbitral des informations importantes sur les preuves de chaque partie.

Définitions

La section Définitions des Règles IBA sur la preuve énonce les définitions de principe à appliquer dans les Règles IBA sur la preuve. Les définitions sont généralement simples, avec des significations communément admises. Les définitions elles-mêmes ne fournissent pas de règles substantielles en matière de conduite de l'arbitrage ou de la preuve.

Une définition qui n'est pas communément utilisée est celle du terme « Règlement ». Ce terme fait référence, dans les Règles IBA sur la preuve, aux règlements *ad hoc* ou institutionnels sous l'égide desquels les parties conduisent leur arbitrage, comme par exemple ceux de la CCI, de l'AAA, de la LCIA, de la SIAC, du HKIAC, de la CNUDCI et du CIRDI. Ce terme est utilisé aux articles 1.3 et 1.5, qui régissent, entre autres, les conflits entre les Règles IBA sur la preuve et les autres règlements qui régissent la procédure arbitrale.

La définition du terme « Document » dans les Règles IBA de 1999 était suffisamment large pour inclure la plupart des formes de preuves électroniques. Le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a introduit des modifications mineures visant à garantir que toutes les formes de preuves, y compris les preuves électroniques, sont soumises aux Règles IBA et peuvent être demandées, sous réserve (i) des exigences de l'article 3.3, y compris le critère de pertinence au regard des questions en litige et de la solution du différend, et (ii) des motifs d'objection énoncés à l'article 9.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté la définition du terme « Audience à distance », utilisé dans le nouvel article 8.2. La définition reflète le fait que les audiences, même sans être « virtuelles » au sens commun du terme, vont de plus en plus être tenues, en tout ou partie, par téléconférence, visioconférence ou toute autre technologie de communication qui permette à tous ou à certains des participants d'y participer simultanément et depuis différents lieux. Les dispositions de l'article 8.2, qui prévoit l'établissement d'un protocole d'Audience à distance et suggère les questions que le protocole peut trancher, s'appliquent à toutes les formes d'Audience à distance.

Article 1 – Champ d'application

Les arbitrages internationaux sont soumis à des règles générales établissant le cadre procédural de l'arbitrage et aux dispositions impératives régissant la procédure arbitrale du siège de l'arbitrage. Par conséquent, si les Règles IBA sur la preuve ont été rédigées de manière à être conformes aux principaux règlements institutionnels et *ad hoc* généralement utilisés par les parties, des conflits peuvent néanmoins survenir avec l'autre ensemble de règles choisi par les parties (« Règlement » dans le langage des Règles IBA sur la preuve) ou avec toute disposition impérative. L'article 1 énonce plusieurs principes relatifs à la manière dont les tribunaux arbitraux doivent appliquer les Règles IBA sur la preuve en cas de conflit avec toute autre disposition.

En cas de conflit entre les Règles IBA sur la preuve et des dispositions impératives, les dispositions impératives prévalent.

En cas de conflit entre les Règles IBA sur la preuve et le Règlement (c'est-à-dire le ou les règlements institutionnels ou *ad hoc* choisis par les parties), les parties ont le droit, conformément au principe d'autonomie de la volonté des parties qui est au cœur de tout arbitrage international, de résoudre ce conflit de la manière qu'elles choisissent, tant que les deux parties sont d'accord. En l'absence d'un tel accord, le tribunal arbitral doit essayer d'harmoniser les deux ensembles de règles dans la mesure du possible. Les articles 1.1, 1.3 et 1.5 disposent que les Règles IBA sur la preuve seront appliquées en priorité sur le Règlement s'agissant de l'administration de la preuve, car le choix commun des Règles IBA sur la preuve est généralement l'accord le plus spécifique sur les questions de preuve. Cependant, le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a inséré l'expression « dans la mesure du possible » à l'article 1.3 afin de reconnaître le fait qu'un conflit entre deux règles potentiellement applicables pourrait rendre impossible la réalisation des objectifs respectifs des deux ensembles de règles.

Dans le cas d'un litige relatif à l'interprétation des Règles IBA sur la preuve, ou si les Règles IBA sur la preuve et le Règlement sont silencieux sur un point particulier, les Règles IBA sur la preuve prévoient que le tribunal arbitral doit respecter les objectifs ou les principes généraux des Règles IBA sur la preuve dans la mesure du possible, tels qu'énoncés dans le Préambule, dans leurs décisions procédurales.

Tel que mentionné ci-dessus, les Règles IBA sur la preuve peuvent être utilisées dans un arbitrage commercial ou d'investissement. Cependant, les Règles IBA sur la preuve ne prévoient pas de règles spécifiques pour l'arbitrage d'investissement, telles que des règles relatives à la participation d'*amici curiae*.

L'article 1.2 dispose que les parties qui ont convenu d'appliquer les Règles IBA sur la preuve avant le 29 mai 2010, date d'adoption des révisions de 2010, ou avant le 17 décembre 2020, date d'adoption des révisions de 2020, seront réputées avoir accepté les versions précédentes des Règles IBA en l'absence de stipulation contraire. Puisque les Règles IBA sur la preuve peuvent potentiellement être sujettes à d'autres révisions, les parties qui souhaitent appliquer la version des Règles IBA sur la preuve en vigueur au moment de l'arbitrage doivent envisager d'inclure une disposition en ce sens dans leur clause d'arbitrage (voir la clause d'arbitrage suggérée dans l'Avant-propos des Règles IBA sur la preuve). Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a précisé à l'article 1.2 que les Parties pouvaient convenir d'appliquer les Règles IBA sur la preuve en tout ou partie, comme il est spécifié dans le Préambule des Règles IBA sur la preuve.

Article 2 – Consultations sur les questions de preuve

Les révisions de 2010 comprenaient l'ajout de l'article 2. Le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a examiné attentivement si et comment les Règles IBA devaient être adaptées ou étendues en réponse à la taille et à la complexité accrues des arbitrages et des questions de preuve qui leur sont associées. Après avoir examiné divers ensembles de règlements et de procédures d'arbitrage nationales et internationales, le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a convenu d'une approche de type « rencontre et consultation ».

L'article 2.1 prévoit une consultation obligatoire entre le tribunal arbitral et les parties « aussitôt que possible » dans la procédure. Dans des circonstances normales, cette consultation coïncide avec une conférence procédurale ou un échange de vues au début de la procédure. Un stade

initial de la procédure permet aux participants d'organiser l'administration de la preuve de manière efficace, économique et équitable. Lorsque les questions relatives aux preuves ne sont pas considérées comme suffisamment claires à un stade initial de la procédure arbitrale, le tribunal arbitral peut reporter cette conférence ou cet échange.

Les questions de preuve qui peuvent être discutées lors de la consultation prévue à l'article 2.1 comprennent – mais ne sont pas limitées à – celles énumérées à l'article 2.2. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté l'expression « le cas échéant » au texte introductif de l'article 2.2 afin de souligner que le tribunal arbitral et les parties peuvent renoncer à certains des moyens d'obtention de preuves énumérés à l'article 2.2. Bien que l'article 2 fournisse un cadre pour débattre des questions relatives à l'administration de la preuve, il n'est pas destiné à prescrire comment les preuves doivent être administrées dans chaque arbitrage. Par exemple, le tribunal arbitral et les parties peuvent décider de ne pas exiger la production de preuves électroniques dans un arbitrage donné. En revanche, s'ils déterminent que la production de preuves sous forme électronique serait propice à une obtention efficace, économique et équitable des preuves, il peut être souhaitable de discuter des détails connexes à un stade initial de la procédure, tels que la forme de la production (article 3.12(b)) et la formulation des demandes de production de documents, en identifiant des fichiers spécifiques, des termes de recherche, des personnes, ou d'autres moyens de recherche des documents de manière efficace et économique (article 3.3(a)(ii)).

La consultation envisagée à l'article 2.2(c) et (d) peut porter sur l'utilisation de diverses techniques en rapport avec l'administration de la preuve, telles que, sans y être limitées, des échéances spécifiques en vue de la présentation et la résolution des différends relatifs à la production de Documents ; des registres de confidentialité (*privilege logs*) précisant le détail des documents qui n'ont pas été produits pour des raisons, par exemple, de secret professionnel ; et/ou le caviardage de documents pour empêcher la divulgation d'informations protégées.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté un nouvel article 2.2(e) pour souligner l'opportunité d'examiner toute question relative à la protection des données, y compris les questions de confidentialité des données et de cybersécurité, aussitôt que possible. Parmi les ressources relatives à l'examen de ces questions qui peuvent être utiles aux parties et aux tribunaux figurent la Feuille de Route ICCA-IBA sur la Protection des Données dans l'Arbitrage International⁴ et le Protocole ICCA-NYC Bar-CPR sur la Cybersécurité dans l'Arbitrage International⁵.

L'article 2.2(f) encourage les débats relatifs aux moyens d'économiser du temps et des coûts dans l'arbitrage. Il fait également référence à la conservation des ressources dans le cadre de l'administration de la preuve, ce qui pourrait inclure, à titre d'exemple, l'impact économique et environnemental des déplacements ou de la reproduction de documents (y compris par la soumission de documents *via* des plateformes en ligne).

L'article 2.3 (paragraphe 3 du Préambule des Règles IBA 1999) encourage les tribunaux arbitraux à identifier et à soumettre aux parties, le plus tôt possible, les questions qu'ils estiment pertinentes au regard des questions en litige et de la solution du différend. Ce paragraphe note

⁴ https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA_Report_N7.html

⁵ https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA_Report_N6.html

également qu'une détermination préliminaire de certaines questions peut être appropriée. Bien que le Groupe de travail de 1999 n'ait pas voulu encourager la pratique des requêtes contentieuses (*litigation-style motion practice*), il a reconnu que dans certains cas, certaines questions peuvent résoudre tout ou partie d'une affaire. Dans de telles circonstances, les Règles IBA sur la preuve indiquent clairement que le tribunal arbitral a le pouvoir de traiter ces questions en premier lieu, afin d'éviter tout travail potentiellement inutile.

Article 3 – Production de documents

L'article 3 porte sur les documents que les parties souhaitent produire comme preuves dans le contexte de la procédure arbitrale.

L'article 3 fait référence à trois groupes de documents : (1) les documents qui sont à la disposition de la partie elle-même ; (2) les documents que la partie souhaite utiliser comme preuves au soutien de ses écritures, mais qu'elle ne peut pas produire elle-même, parce qu'ils sont soit en possession de l'autre partie à la procédure arbitrale, soit en possession d'un tiers non partie à l'arbitrage ; et (3) les documents qu'aucune partie n'a produits ou ne souhaite produire dans la procédure arbitrale, mais qui sont considérés comme pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend par le tribunal arbitral. De plus, l'article 3 contient plusieurs principes généraux concernant le traitement des documents comme preuves par les parties et par le tribunal arbitral.

Comme indiqué dans les paragraphes ci-dessous, de nombreuses questions relatives à la production de documents auront l'avantage d'avoir fait l'objet d'une consultation préalable entre les parties, conformément à l'article 2.1 ou à d'autres stades de la procédure. Ces questions comprennent, par exemple, la cybersécurité et la confidentialité/protection des données, l'étendue de la collecte/de la conservation des documents, le format de la production, et l'utilisation de registres de confidentialité (*privilege logs*) ou de tout autre document similaire précisant les documents confidentiels dont la production est exclue.

Production de documents à la disposition d'une seule partie

Les Règles IBA sur la preuve commencent avec le principe, énoncé dans de nombreux règlements arbitraux, que chaque partie doit produire les documents à sa disposition et sur lesquels elle entend se fonder comme moyens de preuve⁶. Cette disposition reflète le principe, communément admis dans les systèmes de droit civil et de *common law*, selon lequel les parties ont la charge de présenter les éléments de preuve au soutien de leurs prétentions.

L'article 3.1 contient la phrase « dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral ». Cette phrase est répétée dans l'ensemble des Règles IBA sur la preuve lorsqu'une écriture doit être soumise ou qu'une action doit être entreprise par les parties. Le Groupe de travail de 1999 a estimé que la meilleure solution était de maintenir une flexibilité de calendrier maximale pour les parties et les tribunaux arbitraux. Par conséquent, dans l'ensemble des Règles IBA sur la preuve, comme ici, les délais sont laissés à la discrétion du tribunal arbitral dans chaque affaire, *a priori* en consultation avec les parties. Par exemple, s'agissant de la production initiale de documents

⁶ Voir Loi Type CNUDCI, article 23 ; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 27(1) ; Règlement d'arbitrage administré par la HKIAC, article 22(1) ; Règlement d'arbitrage ICDR, article 21(3) ; Convention CIRDI, article 33 ; Règlement d'arbitrage de la LCIA, article 15(2)-15(5) ; Règlement d'arbitrage de la SCC, article 29(1) et 29(2) ; Règlement d'arbitrage de l'OMPI, articles 41(c) et 42(c).

sur lesquels chaque partie entend se fonder, le moment précis où ces documents doivent être soumis peut varier en fonction de la précision avec laquelle les questions sont formulées dans les premières écritures (*initial pleadings*). Les délais varieront aussi, évidemment, en fonction de la complexité de l'affaire, des ressources et de l'emplacement des parties, et des circonstances particulières de chaque cas.

Après cette production initiale de documents sur lesquels chaque partie entend se fonder, des écritures ultérieures (*later submissions*) dans l'affaire, telles que des déclarations de témoins ou des rapports d'expertise, peuvent obliger les parties à produire des documents supplémentaires pour réfuter les déclarations contenues dans ces écritures. L'article 3.11 prévoit un tel deuxième tour de production de documents en possession de chacune des parties. Là encore, il appartient au tribunal arbitral de déterminer quand ce deuxième tour de production de documents a lieu.

Documents en possession de la partie adverse

La question de savoir si et à quelles conditions une partie devrait pouvoir demander une production de documents à une autre partie a occupé une grande partie des discussions du Groupe de travail de 1999. La vigueur avec laquelle cette question a été débattue a démontré que la question de la production de documents était le point clé sur lequel les praticiens issus de pays de *common law* et de pays de droit civil différaient. Le débat a abouti à une approche équilibrée qui est devenue un aspect central des Règles IBA sur la preuve et a été largement acceptée par les praticiens de *common law* et de droit civil. La présente révision des Règles IBA sur la preuve préserve cet équilibre.

Principes

Le Groupe de travail de 1999 s'est accordé sur certains principes gouvernant la production de documents car les pratiques en arbitrage international peuvent être, et ont été, harmonisées dans une large mesure. Le Groupe de travail de 1999 s'est appuyé sur plusieurs principes :

La large *discovery* américaine – ou anglaise – est généralement inadaptée à l'arbitrage international. Au contraire, les demandes de production de documents doivent être soigneusement restreintes aux questions pertinentes au regard des questions en litige et de la solution du différend.

Cependant, dans le même temps, il existe un consensus général, même parmi les praticiens de droit civil, qu'un certain degré de production de documents est adapté à l'arbitrage international. Selon certaines des règles générales les plus fréquemment utilisées, les tribunaux arbitraux doivent établir les faits de l'affaire par tout moyen approprié⁷. Cela inclut la compétence du tribunal arbitral d'ordonner à une partie de produire certains documents dans la procédure arbitrale, y compris des documents internes, à la demande de l'autre partie. Même dans certains pays de droit civil, un tribunal étatique est habilité à ordonner la production de documents internes, soit à la demande d'une partie, soit parce qu'il en juge lui-même la nécessité.

⁷ Par exemple, Règlement d'arbitrage CCI, article 25(1) ; Règlement d'arbitrage LCIA, article 22(1)(iii).

Les Règles IBA sur la preuve prévoient que les demandes de production de documents doivent être adressées à la fois au tribunal arbitral et aux autres parties. En premier lieu, une partie doit produire tous les documents demandés qui se trouvent en sa possession ou sous son contrôle, et à la production desquels elle ne formule pas d'objection (article 3.4). Toutefois, la décision relative à l'étendue de la production de documents – si une partie doit ou non soumettre des documents internes dans la procédure arbitrale contre sa volonté – appartient uniquement au tribunal arbitral. Par conséquent, seul le tribunal arbitral est compétent pour statuer sur la demande de production de documents si la partie visée par la demande refuse de produire volontairement les documents demandés.

Le champ de la demande de production de documents admissible est également limité par certaines objections décrites aux articles 9.2 (tel qu'introduit par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020) et 9.3 (cf. l'explication sur ces objections ci-dessous), ou par le manquement aux exigences prévues à l'article 3.3. Une partie peut invoquer n'importe lequel des motifs d'objection pour s'opposer à la demande de production de documents. Si elle le fait, le tribunal arbitral peut d'abord inviter les parties concernées à se concerter en vue de résoudre l'objection (article 3.6).

Si l'objection n'est pas résolue au moyen de cette concertation, l'une des parties peut demander au tribunal arbitral de décider si l'une de ces objections est applicable, ainsi que de se prononcer sur le bien-fondé de la demande de production de documents elle-même (article 3.7). Le tribunal arbitral ordonne la production s'il est convaincu, premièrement, que les éléments que la partie requérante souhaite prouver sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend ; deuxièmement, qu'aucun des motifs d'objection énoncés aux articles 9.2 ou 9.3 n'est applicable ; et, troisièmement, que les exigences de l'article 3.3 ont été respectées.

Les règles énoncées aux articles 3.2 à 3.8 découlent des principes décrits ci-dessus. Ces règles relatives aux demandes de production de documents émanant d'autres parties représentent un compromis équilibré entre la vision plus large, généralement adoptée dans les pays de *common law*, et la vision plus restreinte, généralement adoptée dans les pays de droit civil. Les Règles IBA sur la preuve peuvent donc s'avérer particulièrement utiles lorsqu'un arbitrage implique des parties issues de ces différents systèmes juridiques. Une partie issue d'un pays d'Europe continentale pourra, par exemple, trouver que ces Règles sont utiles pour tenter de restreindre une demande de production de documents trop large d'une Partie issue d'un pays de *common law*, tandis qu'un conseil issu d'un pays de *common law* pourra être en mesure d'utiliser les Règles IBA sur la preuve pour obtenir d'une partie issue d'un pays d'Europe continentale des documents que cette dernière ne souhaiterait pas autrement fournir.

Procédures

Généralement, après la production initiale des documents sur lesquels chaque partie entend se fonder conformément à l'article 3.1, toute partie peut soumettre une demande de production de documents au tribunal arbitral et aux autres parties. Cette demande doit être soumise dans le délai imparti par le tribunal arbitral, comme le prévoit l'article 3.2. Bien que les demandes de production de documents soient généralement échangées au cours d'une phase distincte de la procédure, l'article 3.2 n'empêche pas les parties de convenir, ou le tribunal arbitral d'ordonner, que les demandes de production de documents (et la production de documents en réponse à ces demandes) puissent avoir lieu tout au long de la procédure suivant l'évolution de l'affaire. Dans certaines circonstances, des demandes de production de documents peuvent être justifiées avant les écritures initiales au fond, par exemple lorsqu'un demandeur n'a plus accès aux documents

en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, comme à la suite d'une expropriation de ses actifs.

L'article 3.3 prévoit certaines exigences relatives au contenu d'une demande de production de documents, qui sont généralement conçues pour que la demande décrive spécifiquement les documents recherchés. L'article 3.3 est conçu pour empêcher une vaste « pêche aux informations » (*fishing expedition*), tout en permettant aux parties de demander des documents qui peuvent être identifiés avec une précision raisonnable et dont on peut démontrer qu'ils sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend. Cette spécificité des informations requises par l'article 3.3 est également destinée à aider la partie visée par la demande à décider si elle souhaite se conformer à la demande volontairement (comme prévu à l'article 3.4) ou si elle souhaite soulever des objections (article 3.5). La spécificité de la demande de production de documents vise également à permettre au tribunal arbitral de décider, en cas d'objection à cette demande, s'il y a lieu ou non de faire droit à la demande selon les critères prévus à l'article 3.7.

La demande de production de documents doit (i) identifier le ou les documents demandés, décrits de manière suffisamment détaillée ; (ii) indiquer *pourquoi* les documents demandés sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend ; et (iii) indiquer que les documents demandés ne sont pas en possession ou sous le contrôle de la partie requérante (à une exception près) et les *raisons* pour lesquelles cette partie suppose que les documents demandés sont en possession ou sous le contrôle de l'autre partie. Dans un compromis entre les systèmes de *common law* et de droit civil, la demande de production de documents peut identifier des documents, soit en décrivant un document individuel (article 3.3(a)(i)), soit en décrivant de manière « suffisamment détaillée (incluant la ou les questions auxquelles les Documents demandés se rapportent) d'une catégorie limitée et précise de Documents dont il est raisonnable de penser qu'ils existent. » (article 3.3(a) (ii)). La description d'un document individuel est relativement simple. Les Règles IBA sur la preuve exigent simplement que la description soit « suffisante pour identifier » le document. L'article 3.3 ne prescrit pas de format particulier pour les demandes de production de documents. En pratique, les tribunaux arbitraux ordonnent fréquemment l'utilisation d'annexes qui présentent, dans un seul document, le contenu requis par l'article 3.3 et les objections prévues par l'article 3.5, et dans lesquelles le tribunal arbitral consigne également les décisions prévues par l'article 3.7.

Le fait de permettre aux parties de demander des documents par catégorie a toutefois suscité davantage de débats. Le Groupe de travail de 1999 et le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 ne voulaient pas ouvrir la porte à des « pêches aux informations » (*fishing expedition*). Cependant, il était entendu que certains documents pouvaient être pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend, et pouvaient valablement être communiqués à l'autre partie, mais que cette dernière pourrait avoir des difficultés à en faire une identification précise. En effet, tous les membres du Groupe de travail de 1999 et du Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010, issus tant de pays de *common law* que de droit civil, ont reconnu que les arbitres accepteraient généralement de telles demandes si elles étaient soigneusement conçues pour produire des documents pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend. Par exemple, si un arbitrage implique la résiliation par une partie d'un contrat de *joint-venture*, l'autre partie peut savoir que la notification de résiliation a été effectuée à une certaine date, que le Conseil d'administration de l'autre partie doit avoir pris la décision de résiliation lors d'une réunion peu avant cette notification, que certains documents doivent avoir été préparés pour l'examen de cette décision par le Conseil d'administration et qu'un procès-verbal doit avoir été dressé concernant cette décision. La partie requérante ne peut

pas identifier les dates ou les auteurs de ces documents, mais elle peut néanmoins identifier avec une certaine précision la nature des documents recherchés et l'intervalle de temps dans lequel ils auraient été rédigés. Une telle demande peut être qualifiée de « catégorie limitée et précise de Documents », autorisée au titre de l'article 3.3(a)(ii).

Dans la mesure où les documents sous forme électronique sont devenus plus importants dans le commerce international et donc dans le règlement des différends, et que leur production peut représenter un fardeau excessif pour la partie requérante, le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a introduit à l'article 3.3(a)(ii) le moyen pour les parties d'identifier plus précisément une catégorie limitée et précise de documents conservés sous forme électronique. Que ce soit à la demande d'une partie ou sur ordonnance du tribunal arbitral, les documents électroniques peuvent également être identifiés par le nom de fichier, par des termes de recherche spécifiques, par des personnes (par exemple, des détenteurs ou des auteurs spécifiques) ou par d'autres moyens permettant de rechercher ces documents de manière efficace et économique (article 3.3(a)(ii)). Les Règles telles que révisées en 2010 sont neutres quant au fait que des documents électroniques soient produits dans un arbitrage donné ; elles se contentent de fournir un cadre pour ce faire, dans le cas où les parties en conviennent ou que le tribunal arbitral ordonne la production de tels documents.

Comme indiqué ci-dessus, les dispositions des articles 3.3(b) et (c) servent également à contrôler la portée de toute demande de production de documents. Aux termes de l'article 3.3(b), le contenu du document demandé doit être à la fois pertinent « au regard des questions en litige » et pour « la solution du différend ». De plus, la relation entre les documents et les questions litigieuses doit être exposée dans la demande de production de documents de façon suffisamment précise pour que le tribunal arbitral puisse comprendre la raison pour laquelle la partie requérante a besoin des documents demandés. L'article 3.3(c) exige ensuite que la partie requérante déclare que les documents demandés ne sont pas déjà en sa possession ou sous son contrôle, afin d'éviter que la partie requérante ne harcèle inutilement (*to prevent unnecessary harassment*) la partie adverse. L'article 3.3(c)(i) des Règles IBA sur la preuve telles que révisées en 2010 prévoit une exception à ce principe. A l'ère des documents électroniques, il deviendra de moins en moins probable qu'un document en particulier ait été entièrement supprimé des archives d'une partie, car il peut être sauvegardé sous forme électronique, par exemple sur des bandes de sauvegarde ou dans des archives électroniques. Lorsqu'un document n'est plus facilement accessible, par exemple parce qu'il ne se trouve pas dans les données actives d'un serveur, il peut être moins contraignant et coûteux pour une autre partie de le produire.

En vertu des Règles IBA sur la preuve de 1999, les documents produits en réponse à une demande de production de documents devaient être envoyés non seulement aux autres parties à l'arbitrage, mais également au tribunal arbitral. La raison était qu'étant donné que tout document produit faisait automatiquement partie du dossier, il était dans l'intérêt des parties de limiter la portée de leur demande. Cette règle a été révisée en 2010 à la lumière du constat qu'il n'est souvent pas efficace pour les arbitres d'examiner tous les documents au stade de leur production. En conséquence, la règle par défaut a été modifiée de sorte que les documents doivent être produits aux autres parties, et au tribunal arbitral uniquement s'il le demande.

La spécificité requise pour une demande de production de documents fait qu'il est probable qu'une telle demande sera réalisée seulement après que les questions litigieuses seront devenues suffisamment claires. Le moment précis d'une telle demande sera déterminé par le tribunal

arbitral. Cela dépendra naturellement de la spécificité des écritures initiales et de tout Acte de mission ou autre document identifiant les questions litigieuses.

La partie qui souhaite s'opposer à tout ou partie d'une demande de production de documents doit formuler ses objections par écrit dans le délai fixé par le tribunal arbitral. Comme indiqué, les motifs d'objection seront les raisons énoncées aux articles 9.2 ou 9.3 des Règles IBA sur la preuve (voir ci-dessous) ou un manquement à l'une des exigences de l'article 3.3. Dans la mesure où, en pratique, les tribunaux arbitraux prévoient fréquemment des réponses aux objections (qui pourraient résoudre ou restreindre les demandes contestées), le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté la dernière phrase de l'article 3.5 prévoyant que la partie requérante peut répondre à toute objection soulevée, avec l'autorisation du tribunal arbitral.

Si une partie soulève des objections, le tribunal arbitral doit décider du bien-fondé de la demande de production de documents. Le texte des Règles IBA sur la preuve dispose que le tribunal arbitral peut, avant de trancher, donner aux parties la possibilité de se concerter en vue de résoudre elles-mêmes l'objection (article 3.6). La concertation entre les parties peut, dans certaines circonstances, être le moyen le plus efficace pour résoudre les objections, y compris celles fondées sur des descriptions insuffisantes et d'autres défaillances relatives à la forme de la demande.

En pratique, les concertations entre les parties – qu'elles aient lieu en vertu de l'article 3.6 ou avant que l'objection ne soit soulevée devant le tribunal – peuvent rationaliser le processus de production et éviter de longs différends sur la production de documents. Par exemple, la partie produisant les documents peut être en mesure de produire des éléments de preuve moins contraignants à produire et qui, même s'ils ne répondent pas strictement à la demande initiale de production de documents, fournissent les mêmes informations de fond que celles recherchées par la partie requérante. De même, les parties peuvent convenir d'une version limitée de la demande initiale plutôt que de soulever des objections devant le tribunal.

Si les parties formulent des objections devant le tribunal arbitral l'invitant à se prononcer sur celles-ci, le tribunal arbitral doit « dans les meilleurs délais » décider d'accepter tout ou partie des objections. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a supprimé l'exigence de l'article 3.7 selon laquelle le tribunal arbitral doit consulter les parties après que les demandes et les objections lui ont été soumises, puisqu'en pratique, le tribunal arbitral peut – ce qui est généralement le cas – trancher les objections en se fondant sur les demandes et objections écrites, sans autre audition des parties. Le tribunal arbitral ne peut ordonner la production des documents demandés dans la requête de production de documents que s'il est convaincu que (i) « les faits que la Partie sollicitant la production souhaite prouver à l'aide de ce Document sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend », (ii) « qu'aucun des motifs d'objection prévus aux Articles 9.2 ou 9.3 n'est applicable » et (iii) « que les conditions de l'Article 3.3 ont été remplies ». Cette troisième exigence avait déjà été ajoutée dans la version de 2010.

Les tribunaux arbitraux et les parties peuvent examiner, avant toute production de documents, si, dans le cas où une partie refusait de produire des documents au motif de l'existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*privilege*) (voir l'article 9.2(b)), un registre de confidentialité (*privilege log*) ou tout autre document comportant une description des documents ou éléments confidentiels devra être produit et, le cas échéant, déterminer quelles informations devront y être incluses.

Il arrive parfois qu'une objection – par exemple en raison de l'existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*privilege*), de confidentialité commerciale ou technique ou de motifs politiques ou institutionnels particulièrement sensibles (voir l'article 9.2(b), (e) et (f)) – nécessite que le tribunal arbitral examine d'abord le document lui-même sans examen par la partie requérante. Il est généralement préférable que le tribunal arbitral n'examine pas lui-même de tels documents car (i) si, après examen du document, le tribunal arbitral accueille l'objection, il ne pourra pas effacer sa connaissance du document une fois qu'il l'aura examiné, ou (ii) car il peut exister des difficultés liées à la confidentialité. Dans ces cas, l'article 3.8 dispose que dans de telles « circonstances exceptionnelles », lorsque le tribunal arbitral décide qu'il ne doit pas examiner le document, il peut nommer un expert indépendant et impartial, lequel sera tenu à la confidentialité, pour examiner ce document et faire rapport sur l'objection. Dans d'autres circonstances, par exemple lorsque des facteurs de temps et de coûts sont considérés comme impérieux, le tribunal arbitral peut décider d'examiner le document lui-même.

L'expert, qui ne doit pas nécessairement être nommé conformément aux dispositions de l'article 6 des Règles IBA sur la preuve, fournit un rapport sur l'objection ; mais c'est le tribunal arbitral qui doit statuer en dernier ressort sur sa validité. Si l'objection est maintenue, le document doit être retourné par l'expert à la partie qui l'a produit et il ne fera pas partie de la procédure arbitrale. Si, en revanche, l'objection est rejetée, la partie visée par la demande doit produire le document aux autres parties conformément à la demande de production de documents. Dans tous les cas, l'expert devra évidemment aussi préserver la confidentialité des informations portées à sa connaissance lors de l'examen du document.

Demandes de production de documents par le tribunal arbitral

Le Règles IBA sur la preuve permettent également au tribunal arbitral d'ordonner la production de certains documents qu'il considère comme pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend, ou d'autoriser ou d'ordonner aux parties de faire de leur mieux pour les obtenir.

Premièrement, une partie peut demander une production de documents à une personne ou une organisation qui n'est pas partie à l'arbitrage. Certaines lois d'arbitrage autorisent les tribunaux arbitraux à prendre ou à solliciter certaines mesures, telles qu'une ordonnance tendant à obtenir des documents de la part de tiers à l'arbitrage (*subpoena*). Ainsi, l'article 3.9 permet à toute partie de demander à un tribunal arbitral « de prendre toute mesure prévue par la loi pour obtenir les Documents demandés, ou demander au Tribunal Arbitral l'autorisation de prendre elle-même de telles mesures », pour autant que le tribunal arbitral décide que de tels documents « sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend », que les exigences de l'article 3.3 ont été respectées et qu'aucun des motifs d'objection énoncés aux articles 9.2 ou 9.3 n'est applicable.

De plus, étant donné que le tribunal arbitral peut être tenu, en vertu de certaines règles d'arbitrage, d'établir les faits de l'espèce par tous les moyens appropriés⁸, il doit pouvoir ordonner à une partie de produire des documents n'ayant pas encore été produits dans la procédure (voir l'article 3.10) ou d'exiger d'une partie qu'elle fasse de son mieux pour prendre

⁸ Règlement d'arbitrage CCI, article 25(1); Règlement d'arbitrage LCIA, article 22(1)(iii).

toute mesure qu'il juge appropriée pour obtenir des documents de toute personne ou organisation, ou de prendre ces mesures lui-même. Il appartient au tribunal arbitral *in fine* de superviser et de contrôler ce processus. Toutefois, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles une partie est mieux placée pour prendre de telles mesures, y compris, par exemple, en raison de sa présence dans le pays en question. Une partie qui reçoit une telle demande du tribunal arbitral a cependant le même droit de soulever des objections, conformément aux articles 9.2 et 9.3, que si les documents avaient fait l'objet d'une demande de production par une autre partie.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a révisé l'article 3.10 pour clarifier que toute partie – et pas seulement la partie à laquelle la demande est adressée – peut soulever de telles objections, dans la mesure où certains documents peuvent être sollicités auprès d'une partie, au sujet de documents pour lesquels une autre partie peut avoir une objection en raison de l'existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*privilege*). Si de telles objections sont soulevées, le tribunal arbitral doit prendre une décision au regard des considérations décrites ci-dessus.

Modalités de la présentation ou de la production de documents

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a de prime abord clarifié que les dispositions de l'article 3.12 s'appliquent uniquement s'il n'existe pas d'accord contraire des parties ou, en l'absence d'accord, sur décision du tribunal arbitral. Cette réserve figurait dans les Règles IBA sur la preuve de 2010 uniquement à l'article 3.12(b), et en partie à l'article 3.12(c), mais le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a conclu qu'il était approprié de l'appliquer aux quatre sous-sections de l'article 3.12.

Copies

Les Règles IBA sur la preuve permettent la production ainsi que la soumission en preuve de copies de documents, plutôt que des originaux. Ces copies doivent évidemment être parfaitement conformes aux originaux (article 3.12(a)). Le tribunal arbitral peut exiger la production d'un document original à tout moment, de sorte que si une partie estime que la copie n'est pas entièrement conforme à l'original, elle peut demander au tribunal arbitral d'exiger la production de l'original.

Dans la mesure où la transmission et le stockage électroniques des documents entraînent souvent l'existence de plusieurs copies d'un même document, le texte des Règles IBA sur la preuve tel que révisé en 2010 dispose qu'une partie n'est pas tenue de produire des exemplaires multiples de documents qui sont « pour l'essentiel identiques », sauf si le tribunal arbitral en décide autrement (article 3.12(c)). Dans certains cas, plusieurs exemplaires peuvent être individuellement pertinents pour le litige. Dans d'autres cas, la production de multiples exemplaires d'un même document peut augmenter indûment le coût de l'examen des documents pour l'autre partie, et peut même être incompatible avec l'obligation des parties de se conformer au principe de bonne foi dans le processus d'obtention des preuves (Préambule 3).

Forme de la production des documents électroniques

Le coût de l'administration des preuves électroniques peut varier de manière significative en fonction de la forme sous laquelle les documents doivent être soumis. Ainsi, en l'absence d'un

accord entre les parties ou d'une détermination par le tribunal arbitral d'une autre forme, le texte des Règles IBA sur la preuve tel que révisé en 2010 prévoit que la forme de la production des documents électroniques sera par défaut la forme la plus pratique ou économique pour la partie produisant les documents et qui est raisonnablement exploitable par le destinataire (article 3.12(b)). Ce format ne sera généralement pas le format initial avec métadonnées complètes, car la production dans ce format peut être excessivement coûteuse et peu pratique. Lorsque la production des documents en version électronique est susceptible de jouer un rôle dans un arbitrage, le format de production doit être abordé dès le début de la consultation prévue à l'article 2.1 (voir article 2.2(c)), ou avant la production des documents. Les questions relatives au format peuvent par exemple concerner : la préservation des catégories de documents, les champs de métadonnées pertinents, la production de la version originale (*native*) pour certains types de documents (comme pour les présentations diapositives et les feuilles de calcul volumineuses), les protocoles de rédaction des documents (y compris les feuilles de calcul) et la préparation d'index ou de balises de production accompagnant la production de documents.

Traductions

L'article 3.12(d) dispose que les documents à produire en réponse à une demande de production n'ont généralement pas besoin d'être traduits. Lorsque des documents, rédigés dans une langue autre que celle de l'arbitrage, sont soumis au dossier comme éléments de preuve, l'article 3.12(e) dispose que ceux-ci doivent être soumis accompagnés d'une traduction. Cette distinction entre les documents produits en réponse à une demande de production et les documents soumis comme preuves a été introduite par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 afin de clarifier le texte et de refléter plus clairement la pratique en vigueur selon laquelle les documents produits ne doivent généralement pas être traduits vers la langue de l'arbitrage. Les Règles IBA sur la preuve ne traitent pas de la question de savoir si certains documents peuvent faire l'objet d'une traduction partielle, des questions concernant les différends relatifs aux traductions, ou de celles relatives au moment de la soumission des traductions.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a précisé que toutes les dispositions de l'article 3.12 (traitant de la forme de la présentation ou de la production des documents, des traductions et autres) s'appliquent sauf accord contraire des parties ou, en l'absence d'accord, sur décision du tribunal arbitral.

Confidentialité

Le Groupe de travail de 1999 et le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 ont tous deux longuement discuté de la question de la confidentialité à accorder aux documents produits en vertu des Règles IBA sur la preuve. La question de l'étendue de la confidentialité dans les procédures d'arbitrage reste sujette à débat, en particulier pour les arbitrages en matière de propriété intellectuelle et ceux fondés sur des traités d'investissement. En 1999, le Groupe de travail a décidé que les Règles IBA sur la preuve ne devaient pas chercher à modifier les standards évolutifs en matière de confidentialité, et a établi une distinction entre les documents soumis par une partie à l'appui de ses propres prétentions, et les documents produits en vertu d'une demande de production de documents ou conformément à toute autre ordonnance de procédure du tribunal arbitral. En réexaminant la question, le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a décidé d'étendre l'article 3.13 à la première catégorie ainsi qu'aux documents soumis par des tiers.

L'article 3.13 prévoit désormais que tout document soumis ou produit par les parties ou par un tiers à l'arbitrage doit être tenu confidentiel par le tribunal arbitral et les autres parties. Un tel document ne peut être utilisé qu'en lien avec l'arbitrage. Cette exigence ne s'applique pas aux documents qui sont déjà dans le domaine public ou qui ont été rendus publics par les parties avant leur production dans l'arbitrage. Les parties restent évidemment libres de rendre leurs propres documents publics à tout moment.

Les Règles IBA sur la preuve ne prennent pas position sur la question de la confidentialité des preuves non écrites, telles que les témoignages oraux (bien que la retranscription d'un témoignage oral soit soumise au respect de la confidentialité au même titre que les documents soumis ou produits par un tiers à l'arbitrage). En outre, le « Règlement » applicable à l'arbitrage peut également imposer des exigences de confidentialité ; il arrive également que les parties ou le tribunal arbitral conviennent ou déterminent des règles supplémentaires relatives à la confidentialité (voir l'article 9.5, qui s'applique à tout type de preuve). C'est la raison pour laquelle les Règles IBA sur la preuve disposent simplement que « Le présent article est sans préjudice de toutes autres obligations de confidentialité qui peuvent s'imposer aux parties dans le cadre de l'arbitrage ». Par conséquent, les parties doivent se référer aux règlements institutionnels ou *ad hoc* sous l'égide desquels elles conduisent l'arbitrage, ou à l'accord des parties ou au régime juridique régissant l'arbitrage, pour déterminer le degré de confidentialité applicable à ces documents.

Enfin, les Règles IBA sur la preuve, telles que révisées en 2010, prévoient également certaines exceptions à cette obligation, à savoir lorsque la divulgation est requise pour permettre à une partie de s'acquitter d'une obligation légale, pour lui permettre de protéger ou d'invoquer un droit, ou pour lui permettre d'exécuter une sentence ou de s'y opposer dans le cadre d'une procédure engagée de bonne foi devant une juridiction étatique ou autre autorité judiciaire. Afin d'éviter la divulgation non intentionnelle des documents, il est fortement conseillé aux tribunaux et aux parties de discuter de la confidentialité lors des consultations prévues à l'article 2.1 (par exemple, la conservation ou la suppression appropriée des preuves à la fin de la procédure arbitrale et de toute procédure de contestation ou d'exécution). En particulier, comme indiqué à l'article 2.1(e) [corrigé : article 2.2(e)], les tribunaux et les parties peuvent envisager des mesures de cybersécurité appropriées de transmission et de stockage des documents, ainsi que l'application des réglementations relatives à la confidentialité et la protection des données.

Inférences

L'article 9.6 (anciennement article 9.4 dans le texte de 1999 et 9.5 dans le texte de 2010) des Règles IBA sur la preuve prévoit que si une partie ne produit pas tout document dont la production a été ordonnée par le tribunal arbitral, ce dernier peut en déduire que ce document est contraire aux intérêts de cette partie. Cette inférence s'applique également lorsque la partie adverse ne formule aucune objection pertinente à une demande de production de documents dans le délai fixé par le tribunal arbitral, mais s'abstient de produire les documents demandés. L'article 9.8 dispose que lors de l'allocation des coûts de l'arbitrage, le tribunal arbitral peut également tenir compte du fait qu'une partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, ce qui est un moyen de dissuasion additionnel. Ce manquement peut être retenu en raison du non-respect d'une ordonnance de production de documents.

Etapas

L'article 3.14, ajouté en 2010, dispose que l'obtention de preuves documentaires peut également être envisagée par séquences ou phases de l'arbitrage. Cette procédure était déjà envisagée par la version précédente des Règles IBA concernant les témoignages (article 4.4), et a maintenant été étendue pour couvrir également les preuves documentaires. Ce mécanisme peut être un moyen important de gestion du temps et de contrôle des coûts dans des circonstances particulières, et peut être proposé par les parties ou adopté par le tribunal de sa propre initiative.

Article 4 —Témoins de faits

En arbitrage, les faits de l'affaire sont souvent établis par des témoins, qui témoignent d'événements dont ils ont personnellement connaissance. Cette connaissance personnelle distingue les témoins de faits des experts, qui fournissent des opinions fondées sur leur expertise dans un domaine particulier. Les témoins de faits sont visés à l'article 4 des Règles IBA sur la preuve ; les experts sont quant à eux visés aux articles 5 et 6.

Alors que le témoignage est moins fréquemment utilisé comme moyen de preuve devant les juridictions de droit civil, où la preuve écrite est prépondérante, que devant les juridictions de *common law*, les procédures arbitrales, tant de droit civil que de *common law*, se fondent souvent sur des témoins. Dans la tradition de *common law*, les témoins sont interrogés par les parties. Dans la tradition de droit civil, ils sont, en principe, interrogés par les juges. Toutefois, les parties peuvent proposer des questions au juge, poser des questions supplémentaires après que le juge a fini son interrogatoire, ou poser des questions directement avec l'autorisation du juge. Dans les procédures d'arbitrage international, le tribunal arbitral et les parties doivent déterminer comment les témoins de faits seront traités.

Les règlements et lois sur l'arbitrage sont généralement silencieux sur la question des témoignages. Les Règles de l'IBA sur la preuve comblent donc une lacune importante : l'article 8, qui sera étudié ultérieurement, traite de la manière dont les témoins sont interrogés à l'audience ; l'article 4, que nous allons aborder ici, organise les étapes avant l'audience.

Information sur les témoins

L'article 4.1 exige que chaque partie identifie les témoins sur le témoignage desquels elle entend se fonder, ainsi que l'objet de leur témoignage. En raison de cette exigence, qui est une pratique courante explicitement reconnue dans divers règlements d'arbitrage⁹, la partie adverse ne peut pas être surprise par des témoins ou des faits non annoncés et peut sélectionner ses propres preuves en réponse bien avant l'audience.

Le texte des Règles de l'IBA sur la preuve, tel que révisé en 2010, exige que chaque déclaration de témoin contienne une déclaration sur la langue dans laquelle la déclaration de témoin a été initialement préparée et sur la langue dans laquelle le témoin envisage de témoigner à l'audience sur la preuve (article 4.5(c)). Si aucune déclaration de témoin n'est préparée pour un témoin, et si le témoin a l'intention de témoigner dans une langue autre que la langue de la procédure d'arbitrage, chaque partie doit en informer le tribunal arbitral et les autres parties. Si

⁹ Voir par exemple, Règlement d'arbitrage CIRDI, article 23(2); Règlement d'arbitrage LCIA, article 20(2); Règlement d'arbitrage de la SCC, article 33(1); Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 56 (a).

le témoin ne peut pas témoigner dans la langue de la procédure d'arbitrage, une traduction doit être fournie.

Reconnaissant la diversité des approches à la disposition des tribunaux arbitraux en ce qui concerne l'ordre des écritures, y compris les déclarations des témoins, les Règles IBA sur la preuve laissent au tribunal le soin d'imposer le délai dans lequel les informations susmentionnées doivent être fournies.

Les personnes affiliées comme témoins

Les systèmes juridiques diffèrent quant à la possibilité de recueillir le témoignage d'un employé cadre, d'un agent ou de toute personne affiliée à l'une des parties au litige. Le statut de témoin peut avoir des conséquences importantes. Par exemple, dans certains systèmes juridiques, une partie peut être témoin dans sa propre affaire, alors que dans d'autres, seuls des tiers peuvent témoigner. Dans ces systèmes, une partie qui fournit des informations ne serait pas considérée comme un « témoin » et les informations ne seraient pas fournies sous serment ou sous tout engagement similaire de dire la vérité.

Cependant, l'article 4.2 des Règles IBA sur la preuve prévoit que les dirigeants, employés ou autres représentants d'une des parties peuvent être témoins aux fins des Règles IBA sur la preuve. Par conséquent, en vertu de l'article 8.5, le tribunal arbitral peut demander au témoin d'une partie d'affirmer « de la façon que le Tribunal Arbitral estimera la plus appropriée » qu'il s'engage à dire la vérité. Le tribunal arbitral peut également tenir compte de l'identité du témoin, et de ses liens avec l'une des parties, comme l'un des nombreux critères qui peuvent ou non affecter la valeur devant être accordé à cette preuve (voir l'article 9.1).

Contacts préliminaires entre partie et témoin

Une autre différence importante entre les systèmes juridiques est la mesure dans laquelle les parties peuvent avoir des contacts avec les témoins qu'elles présentent¹⁰. Dans certains systèmes juridiques, les parties peuvent discuter avec leurs propres témoins des faits desquels ils vont témoigner. Le degré de « préparation des témoins » peut aller d'un aperçu général des enjeux, à une répétition approfondie des réponses du témoin aux questions qui seront éventuellement posées. D'autre part, dans certains systèmes juridiques, il peut être interdit à un avocat de discuter de l'affaire avec un témoin avant son témoignage devant le tribunal.

En arbitrage international, il est désormais bien établi qu'une partie et son avocat sont autorisés, en règle générale, à « rencontrer ou interagir avec les [t]émoins et les [e]xperts afin de discuter et préparer leur futur témoignage », tant que le rôle de l'avocat est « compatible avec le principe selon lequel ce témoignage doit refléter le point de vue personnel du [t]émoin quant aux faits, événements et circonstances pertinents, ou à l'analyse et l'opinion personnelle de l'[e]xpert »¹¹. Reflétant la pratique généralement admise, l'article 4.3 des Règles IBA sur la preuve confirme qu'il n'est pas inapproprié pour une partie ou ses avocats de s'entretenir avec ses propres témoins. Le texte des Règles IBA sur la preuve, tel que révisé en 2010, clarifie qu'un tel

¹⁰ Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, paragraphe 90 (2016).

¹¹ Lignes directrices de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international (2013), Ligne directrice 24. Les avocats de certains pays de droit civil peuvent cependant considérer que les échanges avec les témoins contreviennent à leurs règles éthiques.

entretien ne doit pas nécessairement rester général, mais peut effectivement se rapporter à l'objet du témoignage potentiel. En même temps, le tribunal arbitral peut tenir compte de l'étendue d'un tel entretien pour évaluer la valeur accordée au témoignage du témoin (voir l'article 9.1). Bien entendu, la préparation et/ou la rédaction d'une déclaration de témoin, que ce soit avec l'aide du conseil d'une partie ou non, présuppose un contact entre le témoin et la partie qui le présente (ainsi que son conseil). Cependant, le contenu de la déclaration reste exclusivement celui du témoin et doit refléter les faits tels que le témoin se les remémore.

Les déclarations des témoins

Conformément aux Règles IBA sur la preuve, le tribunal arbitral peut ordonner aux parties de communiquer au tribunal et aux autres parties une « déclaration de témoin » écrite (voir l'article 4.4). Le tribunal arbitral, en consultation avec les parties, devra déterminer s'il convient ou non d'exiger de telles déclarations de témoins, en fonction des circonstances de chaque affaire.

Si des déclarations de témoins sont utilisées, la preuve qu'un témoin prévoit de présenter oralement à l'audience est connue à l'avance. L'autre partie peut ainsi mieux préparer son interrogatoire du témoin, et sélectionner les points et les témoins qu'elle souhaite présenter. Le tribunal est également en meilleure position pour apprécier le témoignage et poser ses propres questions à ces témoins. Les déclarations des témoins peuvent ainsi contribuer à réduire la durée des auditions. Elles peuvent par exemple être considérées comme des « preuves principales » (« preuves directes »), de sorte qu'une explication détaillée par le témoin devient superflue et que l'interrogatoire par la partie adverse peut commencer presque immédiatement.

Afin d'économiser du temps et des coûts d'audience, les témoins ne sont pas tenus de comparaître, sauf si leur comparution est demandée par une partie ou par le tribunal arbitral (article 8.1). Souvent, le tribunal arbitral et les parties peuvent convenir qu'un témoin dont la déclaration n'est pas contestée ou n'est pas considérée comme importante par la partie adverse n'a pas besoin d'être présent à l'audience¹².

L'article 4.5 des Règles IBA sur la preuve indique qu'une déclaration de témoin doit contenir :

- le nom et l'adresse du domicile ou de l'entreprise du témoin ; tous liens actuels et passés avec chacune des parties ; son parcours et son expérience ;
- une description complète et détaillée des faits sur lesquels porte le témoignage, ainsi que de la source de l'information détenue par le témoin sur ces faits, ainsi que tout document sur lequel se fonde le témoin et qui n'a pas déjà été produit ;
- une déclaration sur la langue dans laquelle la déclaration de témoin a été initialement préparée et sur la langue dans laquelle le témoin envisage de témoigner à l'audience sur la preuve; et
- une affirmation quant à la véracité de la déclaration confirmée par la signature du témoin.

¹² La possibilité pour les témoins de limiter leur témoignage à une déclaration écrite et de ne pas avoir à participer à l'audience sur la preuve est prévue dans le Règlement d'arbitrage CIRDI, article 23(4) ; le Règlement d'arbitrage LCIA, article 20(3) ; le Règlement d'arbitrage de la CCS, article 33(2) ; et le Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 56(d).

Les Règles IBA sur la preuve n'exigent pas que la déclaration soit faite sous serment. La pratique arbitrale et les systèmes juridiques diffèrent trop sur ce point. Dans de nombreux systèmes de droit civil, les déclarations sous serment ne peuvent être faites que devant les autorités judiciaires étatiques, ou devant notaire, ce qui rend les déclarations sous serment (*sworn affidavits*) trop contraignantes. Par conséquent, les déclarations sous serment des témoins (*sworn affidavits*) ne peuvent pas être exigées dans les procédures d'arbitrage international¹³. Les Règles IBA sur la preuve exigent simplement que le témoin de faits déclare qu'il ou elle s'engage à dire la vérité (article 8.4) [corrigé : Article 8.5]. Cette expression a été modifiée en 2010 pour apporter davantage de clarté et de précision.

L'article 4.4 des Règles IBA sur la preuve laisse au tribunal arbitral le soin de préciser le moment où les déclarations écrites doivent être soumises. Un choix fondamental doit être fait à cet égard : les parties peuvent échanger leurs déclarations simultanément ou consécutivement. Le deuxième tour de déclarations de témoins ne devrait porter que sur les informations contenues dans les déclarations de témoins, les rapports d'experts, les observations fournies par une autre partie lors du premier tour, ou sur de nouveaux développements factuels qui n'auraient pas pu être abordés lors du premier tour (voir l'article 4.6). Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté un article 4.6(b) afin de préciser que le second tour de déclarations de témoins peut, dans certains cas, aborder de nouveaux développements factuels, qu'ils aient été mentionnés ou non dans les écritures antérieures des parties.

Comparution des témoins lors d'une audience sur la preuve

L'article 8.1, tel que révisé en 2010, exige que chaque partie informe le tribunal arbitral et les autres parties des témoins dont elle demande la comparution à l'audience sur la preuve. Lorsque les parties sont d'accord ou le tribunal ordonne que la déclaration du témoin tiendra lieu de témoignage direct de ce témoin conformément à l'article 8.5, la pratique courante est que les témoins ne comparaissent à l'audience sur la preuve que si une partie, ou le tribunal arbitral, a demandé leur comparution pour interrogatoire. En revanche, comme l'a précisé le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020, si seule la partie qui a présenté la déclaration du témoin demande la comparution de ce dernier, le tribunal arbitral peut, après avoir entendu les parties, autoriser ce témoin à témoigner à l'audience.

Si un témoin dont la comparution a été demandée ne se présente pas sans raison valable pour témoigner à une audience sur la preuve, le tribunal arbitral ne tiendra pas compte de toute déclaration écrite de ce témoin, sauf décision contraire justifiée par des circonstances exceptionnelles (article 4.7)¹⁴.

Si les parties et le tribunal arbitral conviennent qu'un témoin de faits n'a pas à comparaître, le déroulement de l'arbitrage peut être optimisé. L'article 4.8 indique qu'un tel accord ne signifie pas que les autres parties sont réputées avoir acquiescé au contenu de la déclaration du témoin concerné. L'article 5.6 prévoit une règle similaire pour les rapports d'experts.

Le texte des Règles IBA sur la preuve prévoit que le témoin doit comparaître en personne, à moins que le tribunal arbitral ne décide, après consultation des parties, que l'audience doit être

¹³ Par exemple, le Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 56(d) prévoit que, sauf décision contraire du tribunal, les parties ont le choix entre de simples déclarations signées ou des déclarations sous serment (*sworn affidavits*).

¹⁴ Voir également, Règlement d'arbitrage LCIA, article 20(5), et Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 56(d).

conduite, en tout ou partie, à distance (article 8.2, ajouté en 2020). Conformément à la définition d'« Audience à distance », ajoutée en 2020, celle-ci peut se dérouler à distance en tout ou partie, ou seulement à l'égard de certains participants.

Témoins récalcitrants

Si un témoin dont le témoignage est demandé par une partie refuse de coopérer, cette partie peut demander au tribunal arbitral de prendre toute mesure disponible afin d'obtenir le témoignage de cette personne, ou lui demander l'autorisation de prendre elle-même de telles mesures (voir *supra* la discussion relative à l'article 3.9 concernant la production de documents par des tiers). Le tribunal arbitral peut toutefois exercer son pouvoir discrétionnaire pour refuser cette demande s'il estime que le témoignage potentiel du témoin n'est pas pertinent au regard des questions en litige et de la solution du différend (voir l'article 4.9).

Selon la plupart des lois sur l'arbitrage, le tribunal arbitral, ou une partie avec l'approbation du tribunal arbitral, peut demander aux juridictions étatiques de contraindre le témoin à comparaître ou d'interroger eux-mêmes le témoin¹⁵. En règle générale, ce sont les tribunaux étatiques du siège de l'arbitrage qui peuvent aider le tribunal arbitral à obtenir le témoignage d'un témoin récalcitrant. Toutefois, dans les procédures transnationales, les témoins ne sont souvent pas domiciliés dans le pays du siège de l'arbitrage. Le tribunal arbitral peut alors être conduit à demander le concours direct ou indirect des juridictions étrangères. Le pouvoir du tribunal dans de telles circonstances est, naturellement, limité à « toute mesure légalement autorisée » (voir l'article 4.9). Néanmoins, dans certains cas, le tribunal peut choisir d'autoriser une partie à entreprendre ces démarches et à s'adresser elle-même aux juridictions étrangères. Cette façon de procéder peut être plus pratique ou plus efficace si, par exemple, la partie demandant les preuves réside dans ce pays, parle la langue locale ou a déjà un avocat local.

Les témoins convoqués par le tribunal

Les témoins de faits sont sous la responsabilité des parties. Les parties doivent choisir les témoins qu'elles présenteront et les points sur lesquels ils témoigneront. Toutefois, le texte des Règles IBA sur la preuve, tel que révisé en 2010, prévoit que le tribunal arbitral peut lui-même solliciter la comparution d'un témoin alors même qu'aucune des parties ne le demande (article 8.1). En règle générale, le tribunal arbitral peut ordonner à toute partie de fournir, ou de faire de son mieux pour fournir, le témoignage à l'audience sur la preuve de toute personne, y compris de toute personne dont le témoignage n'a pas encore été offert (article 4.10). Toutefois, une partie a également le droit de s'opposer à une telle demande pour l'une des raisons prévues aux articles 9.2 et 9.3. Parallèlement à la modification de l'article 3.10 déjà évoquée, le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a étendu la dernière phrase de l'article 4.10 pour préciser que toute partie, et non pas seulement la partie à laquelle il est demandé d'obtenir le témoignage d'un témoin, peut s'opposer à une telle demande pour l'une des raisons énoncées aux articles 9.2 et 9.3.

¹⁵ Voir, par exemple, Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, article 27.

Article 5 – Experts désignés par une partie

Les règlements d'arbitrage contemporains font spécifiquement référence aux experts nommés par les parties¹⁶. En particulier, la plupart de ces règles codifient la notion bien établie selon laquelle une partie peut présenter ses propres témoins-experts pour témoigner sur les questions en litige.

Production préalable des preuves de l'expert

Conformément au dernier paragraphe du Préambule et à l'article 5.1, la partie qui entend se fonder sur un témoignage d'expert doit en aviser l'autre partie. Comme pour les autres dispositions des Règles IBA sur la preuve, le tribunal arbitral doit déterminer les délais dans lesquels la notification et la soumission des rapports d'expertise doivent être effectuées (voir l'article 5.1). En prévoyant la production des rapports d'experts, le tribunal arbitral doit prendre en considération l'interaction entre cette disposition et les autres écritures faites par les parties, telles que les déclarations supplémentaires de témoins régies par l'article 4.6.

Contenu du rapport d'expertise

L'article 5.2 énonce les conditions relatives au contenu des rapports d'expertise. En particulier, le rapport d'expertise doit comporter « une description des éléments de preuve et des informations sur lesquels il s'est appuyé et des méthodes employées pour y parvenir » (voir l'article 5.2(e)). Ces informations sont nécessaires afin de permettre à l'autre partie de pouvoir évaluer le rapport d'expertise en connaissance de cause. Si l'expert se fonde sur des documents qui n'ont pas déjà été produits au cours de la procédure d'arbitrage, ils doivent également être produits (article 5.2(e)).

L'article 5.2(g) engage l'expert vis-à-vis de son rapport. La formulation de cette disposition diffère légèrement de celle de l'article 4.5(d) relatif aux déclarations de témoins, dès lors que le rapport d'expert doit contenir la position et le point de vue de l'expert. Néanmoins l'expert doit être disposé à engager sa responsabilité eu égard au contenu de son rapport.

L'article 5.2(a) prévoit que l'expert doit révéler tout lien éventuel actuel ou passé avec chacune des parties, leurs conseils ou le tribunal arbitral. L'article 5.2(c) exige ensuite une déclaration d'« indépendance » de la part de l'expert. Alors que la première exigence relève de la divulgation, la satisfaction de la seconde exigence nécessite que l'expert procède à l'évaluation de ces relations et qu'il atteste être « indépendant », entendu comme le fait, par exemple, qu'il n'a pas d'intérêts financiers liés au résultat de la procédure ou qu'il n'a pas d'autres relations qui l'empêcheraient de fournir une opinion sincère et honnête dans son rapport. Le fait que l'expert soit rémunéré pour ses services n'exclut pas son « indépendance ». L'article 5.2(c) met l'accent sur le devoir de chaque expert désigné par les parties de traiter l'affaire d'une manière indépendante et neutre, plutôt que d'exclure toute participation d'un expert ayant un lien quelconque avec les participants ou l'objet de l'affaire.

L'article 5.2(i) exige que lorsque plusieurs personnes signent le rapport d'expertise, comme cela est parfois le cas lorsqu'une organisation est engagée en qualité d'expert, le rapport doit

¹⁶ Voir, par exemple, Règlement d'arbitrage CCI, article 25(2); Règlement d'arbitrage de la SCC, article 33(1); Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 56(a); Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 27(2).

indiquer si le rapport d'expertise est attribué entièrement à un seul auteur ou, le cas échéant, s'il est possible d'attribuer à ses auteurs respectifs l'intégralité ou certaines parties déterminées du rapport d'expertise. Cette exigence vise à aider les parties à déterminer quels experts elles souhaitent voir comparaître à l'audience sur la preuve (article 8.1) ainsi qu'à la préparation de l'interrogatoire d'un ou plusieurs des co-auteurs du rapport d'expertise.

Selon l'article 5.3, toute partie peut soumettre une seconde série de rapports d'experts en réponse. Cependant, ces rapports doivent se limiter à répondre aux éléments développés dans les déclarations de témoins de l'autre partie, ses rapports d'expertise ou ses mémoires, et qui n'ont pas déjà été préalablement présentés au cours de l'arbitrage, ou à répondre à de nouveaux développements qui ne pouvaient pas être abordés dans un précédent rapport d'expertise. La référence aux nouveaux développements a été ajoutée par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 et s'aligne sur la modification similaire apportée à l'article 4.6(b). Des considérations d'efficacité et de bonne foi conduisent à ne donner à une partie qu'une seule occasion de présenter ses arguments, et de lui accorder des occasions supplémentaires qu'à la condition qu'il n'ait pas été possible de formuler d'autres arguments préalablement. Cette procédure tend à limiter la possibilité pour une partie de surprendre l'autre partie avec des preuves, ou de perturber le calendrier procédural à un stade avancé de la procédure.

Réunion entre experts avant l'audience sur la preuve

L'article 5.4 permet au tribunal arbitral d'ordonner que les experts désignés par les parties se rencontrent et se concertent sur les questions traitées ou à traiter dans leurs rapports d'expertise, en amont de leur préparation ou de l'audience. L'article 8.3(f) [corrigé : Article 8.4(f)] prévoit la possibilité d'une confrontation entre les experts ou les témoins de faits au cours d'une audience sur la preuve (conférence de témoins). S'ils parviennent à un accord sur un point quelconque, ils doivent formaliser cet accord par écrit et indiquer les éléments de désaccords qui persistent ainsi que les raisons de ces désaccords.

Les pratiques suggérées ici, lorsque le tribunal arbitral les considère appropriées, peuvent contribuer à rendre la procédure moins onéreuse. Des experts qui interviennent dans le même domaine, susceptibles de se connaître, sont en mesure d'identifier assez rapidement les considérations qui les conduisent à des conclusions divergentes et de travailler à la recherche d'un terrain d'entente. Les Règles IBA sur la preuve telles que révisées en 2010 prévoient en outre une consultation avant la rédaction des rapports d'expertise, ce qui peut s'avérer être un moyen efficace de produire des rapports qui identifient les points sur lesquels les experts s'accordent, et se concentrent ainsi sur les points de désaccord restants. Lorsque les experts parviennent à un accord sur leurs conclusions, les parties et le tribunal accepteront probablement ces dernières, de sorte que l'audience pourra se concentrer sur les aspects véritablement litigieux de l'affaire.

Comparution des experts à l'audience sur la preuve

L'article 8.1 des Règles IBA sur la Preuve telles que révisées en 2010 prévoit le même mécanisme afin de déterminer si les experts ou les témoins de faits doivent comparaître pour témoigner lors d'une audience sur la preuve, à savoir pour une comparution sur demande d'une partie ou du tribunal arbitral. Comme pour les témoins de faits, le rapport d'expertise d'un expert désigné par une partie qui ne comparet pas à l'audience peut néanmoins être accepté dans « des circonstances exceptionnelles » sur décision du tribunal arbitral (voir article 5.5), et le fait de ne pas exiger la présence d'un expert à l'audience n'implique pas que les autres parties

seront réputées avoir de ce fait convenu de l'exactitude du contenu de son rapport d'expertise (voir article 5.6).

Enfin, il convient de noter que les Règles IBA sur la preuve n'indiquent pas comment traiter le témoignage d'un expert appelé à comparaître lorsque celui-ci a préalablement été désigné par une juridiction nationale en rapport avec les mêmes questions. Les parties d'origine européenne saisissent fréquemment leurs juridictions nationales, immédiatement après la survenance d'un dommage et bien avant que l'arbitrage ne soit initié, afin de recourir à la désignation d'un expert qui a pour mission de déterminer la cause du dommage et ses éventuelles sanctions ou de préserver les preuves. Il est souvent difficile de convaincre un avocat anglo-saxon du fait qu'un expert désigné judiciairement est, par définition, indépendant, dès lors que sa désignation a été requise en premier lieu par l'autre partie. Dans de telles circonstances, un tribunal arbitral devra alors déterminer comment un tel expert doit être considéré – en tant qu'expert désigné par une partie, expert désigné par le tribunal, ou autrement – et donner des instructions concernant la production de son rapport en tant qu'élément de preuve ou concernant sa comparution à une audience sur la preuve.

Article 6 – Experts désignés par le tribunal

L'article 6 régit la question de la désignation d'experts indépendants par le tribunal arbitral. Un principe général sous-jacent à l'article 6 est la participation substantielle des parties au processus, même si l'expert est désigné par le tribunal lui-même. L'article 6.1 précise clairement que le tribunal arbitral doit consulter les parties avant la désignation d'un tel expert, ainsi qu'avant l'établissement de son acte de mission. Selon l'article 6.2, les parties ont aussi la possibilité d'identifier tout conflit d'intérêts potentiel et de formuler toute objection au tribunal arbitral sur cette base (par exemple, l'absence d'indépendance, des qualifications insuffisantes, un manque de disponibilité, le coût). Surtout, les parties ont l'opportunité de prendre part au processus de collecte d'informations par le tribunal arbitral et de répondre à tout rapport produit par cet expert. Toutefois, pour éviter les retards, l'article 6.2 prévoit désormais que les objections soulevées tardivement ne peuvent être formulées que pour des motifs dont la partie a eu connaissance après sa désignation.

L'article 6.3 offre aux parties et à leurs représentants le droit d'obtenir les informations reçues par l'expert désigné et d'assister à toutes inspections effectuées par lui.

L'article 6.4 énonce le contenu obligatoire du rapport d'expertise. Ces exigences sont les mêmes que celles de l'article 5.2, exception faite de la déclaration d'indépendance exigée de la part de l'expert désigné par l'une des parties (que l'expert désigné par le tribunal arbitral a déjà fourni avant d'accepter sa désignation (article 6.2)).

L'article 6.5 permet aux parties d'examiner tout document que l'expert désigné par le tribunal aura lui-même examiné et d'avoir accès à toute correspondance entre le tribunal arbitral et l'expert qu'il a désigné. Cet article offre également aux parties l'opportunité de répondre au rapport d'expertise de l'expert désigné par le tribunal, dans les délais fixés par le tribunal arbitral. Le Groupe de travail de 1999 et le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 étaient fermement convaincus que les parties devaient être informées de ce que l'expert désigné par le tribunal partageait avec le tribunal arbitral et devaient avoir l'opportunité de répondre à ses conclusions. Une partie peut répondre dans un mémoire, ou en soumettant une déclaration de témoin ou un rapport d'expertise établi par un expert qu'elle a elle-même désigné.

L'expert désigné par le tribunal doit être présent à l'audience sur la preuve et peut être interrogé à cette occasion si une partie ou le tribunal arbitral en fait la demande. L'article 6.6 autorise les parties ou les experts qu'elles ont désignés à interroger l'expert désigné par le tribunal arbitral au cours de cette audience. Néanmoins, la portée de cet interrogatoire est limitée aux questions évoquées dans son rapport d'expertise et aux réponses fournies conformément à l'article 6.5, à savoir le mémoire, la déclaration de témoin ou le rapport d'expertise d'un expert désigné par une partie fourni en réponse au rapport d'expertise de l'expert nommé par le tribunal. Cette disposition est insérée afin que l'expert désigné par le tribunal arbitral sache par avance les sujets sur lesquels il pourra être interrogé, afin qu'il puisse préparer ses réponses. Le Groupe de travail de 1999 souhaitait éviter les situations dans lesquelles une question sur le rapport de l'expert désigné par le tribunal serait soulevée pour la première fois lors de l'audience, ce qui nécessiterait inévitablement un ajournement afin que l'expert nommé par l'autre partie [corrigé : nommé par le tribunal] examine cette question avant que l'audience ne puisse reprendre.

L'article 6.3 vise à garantir que l'expert nommé par le tribunal ait accès à toutes les informations dont il a besoin pour répondre aux questions soulevées dans son acte de mission. L'expert désigné par le tribunal arbitral peut demander à une partie de lui fournir toute information pertinente au regard des questions en litige et de la solution du différend, y compris tous documents, produits, échantillons, propriétés, machines, systèmes, procédés et l'accès à tout site pour inspection. Les parties ont le droit de contester une telle demande sur le fondement des articles 9.2 et 9.3. Si une telle objection est soulevée, le tribunal arbitral doit déterminer l'opportunité et le caractère approprié de la demande de l'expert désigné par le tribunal arbitral dans les conditions prévues aux articles 3.5 à 3.8 relatifs à la demande de production de documents.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a supprimé à l'article 6.3 l'expression suivante : « L'Expert désigné par le Tribunal jouit à cet égard des mêmes pouvoirs que le Tribunal Arbitral ». Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a considéré que cette expression pouvait prêter à confusion et suggérer que l'expert désigné par le tribunal avait le pouvoir de trancher tout litige concernant l'information ou son accès, y compris, par exemple, des différends quant au caractère confidentiel de l'information, ce qui serait incompatible avec le texte de l'article 6.3 qui prévoit que c'est le tribunal arbitral qui tranche de tels différends. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a conclu que les Règles IBA sur la preuve dans l'arbitrage international n'avaient pas besoin de délimiter l'étendue des pouvoirs octroyés à l'expert désigné par le tribunal pour demander l'accès aux informations au-delà de ce que prévoit la première phrase de l'article 6.3, qui dispose que l'expert désigné par le tribunal peut accéder aux informations « pertinentes au regard des questions en litige et de la solution du différend ».

L'article 6.7 précise que c'est le tribunal arbitral et non l'expert qu'il nomme qui tranche les questions litigieuses dans l'affaire. Cet article indique que « [l]e Tribunal arbitral appréciera » le rapport d'expertise établi par l'expert désigné par le tribunal arbitral « et les conclusions qu'il convient d'en tirer en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire ».

Article 7 – Inspection

L'article 7 prévoit la possibilité d'inspecter tout site, propriétés, machines ou tous produits, échantillons, systèmes, procédés ou documents pertinents susceptible de servir au processus décisionnel, où qu'ils se trouvent. De telles inspections se produisent le plus souvent à

l'occasion d'arbitrages de construction au cours desquels le tribunal arbitral visite le site objet du litige.

L'article 7 est volontairement large, offrant ainsi au tribunal arbitral, en consultation avec les parties, une flexibilité dans la détermination du moment et des modalités de l'inspection. Le tribunal peut encourager les parties à échanger et s'accorder sur toutes les questions et/ou étapes nécessaires à la conduite de l'inspection.

L'inspection peut être menée par les représentants des parties, leurs témoins ou leurs experts, ou par un expert désigné par le tribunal. Le tribunal arbitral peut déterminer si les parties peuvent effectuer des observations avant ou pendant l'inspection ou si leurs témoins ou experts peuvent fournir des preuves. Il doit aussi déterminer la façon dont l'inspection sera intégrée au dossier (par exemple, s'il y aura une retranscription de ce qui a été dit ou observé, si l'inspection sera enregistrée au format vidéo ou si l'expert désigné par le tribunal ou les experts désignés par les parties prépareront un rapport d'expertise joint ou des rapports d'expertise séparés). Dans le cas d'une inspection par l'expert désigné par le tribunal arbitral, chaque partie a la possibilité de répondre à l'inspection ou à tout rapport d'expertise portant sur l'inspection (article 6.5).

Article 8 – Audience sur la preuve

L'article 8 traite de l'audience sur la preuve, une expression définie dans la section Définitions des Règles de l'IBA. L'audience sur la preuve peut être organisée en personne, à distance, par visioconférence ou par toute autre méthode, et implique la présentation de preuves orales ou d'autre nature au tribunal arbitral. Dans la plupart des arbitrages internationaux, cette audience est précédée d'une préparation importante, fondée sur le principe selon lequel chaque partie doit être informée dans un délai raisonnable, avant toute audience sur la preuve, des éléments de preuve sur lesquels les autres parties se fondent (voir Préambule, paragraphe 3). Il peut y avoir eu un Acte de mission ou une audience préliminaire¹⁷. Il y aura eu des échanges d'écritures détaillées contenant des éléments factuels et, souvent, des discussions juridiques. Des documents auront été soumis (voir *supra*, article 3). Les témoins de faits pourront avoir soumis des déclarations de témoin par écrit (voir *supra*, article 4). Les experts désignés par les parties ou par le tribunal arbitral pourront avoir soumis leurs rapports d'expertise écrits (voir *supra*, articles 5 et 6). Les parties doivent être informées de la tenue de l'audience sur la preuve de manière appropriée¹⁸. Au regard de l'ensemble de cette préparation, en amont de l'audience sur la preuve, les participants à la procédure d'arbitrage auront vraisemblablement eu le temps de mieux se connaître ainsi que de mieux connaître l'affaire, qu'au début de la procédure d'arbitrage.

L'article 8 est la disposition la plus générale des Règles de l'IBA sur la preuve. Cet article fournit un cadre général pour la procédure à suivre lors de l'audience sur la preuve. Cela est nécessaire au regard de la grande diversité des procédures et séquences possibles à suivre lors de la conduite d'une audience sur la preuve. Normalement, les parties et le tribunal arbitral

¹⁷ Voir, Règlement CCI, article 23; Règlement d'arbitrage CIRDI, article 21; Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales, paragraphe 9.

¹⁸ Voir par exemple, Règlement d'arbitrage HKIAC, article 22(4); Règlement CCI, article 26(1); Règlement d'arbitrage CIRDI, article 23(1); Règlement d'arbitrage LCIA, article 19(3); Règlement d'arbitrage SCC, article 32(2); Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 28(1); Règlement d'arbitrage de l'OMPI, article 55(b).

seront en mesure de concevoir la procédure la mieux adaptée aux circonstances de l'affaire. Bien que certaines des caractéristiques spécifiques décrites à l'article 8 se retrouvent dans de nombreuses audiences sur la preuve, une audience sur la preuve comprenant l'ensemble de ces caractéristiques devrait s'avérer plutôt rare.

Audience à distance

En 2020, l'épidémie mondiale de la COVID-19 a été à l'origine de confinements nationaux, quarantaines et restrictions à la liberté d'aller et venir, ce qui a inévitablement affecté les procédures d'arbitrage, en particulier la conduite d'audiences sur la preuve en personne. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a modifié les Règles IBA sur la preuve afin de refléter les outils utilisés et les méthodes adoptées par les parties et les tribunaux arbitraux pendant cette période. L'article 8.2 décrit une procédure permettant au tribunal arbitral d'ordonner, soit à la demande d'une partie, soit d'office, après consultation des parties, que l'audience sur la preuve soit tenue sous la forme d'une Audience à distance.

Afin de décider si l'audience sur la preuve doit se dérouler à distance, l'article 8.2 encourage les tribunaux arbitraux à être proactifs et à prendre en compte sa durée, son coût et son impact environnemental. Lorsque l'audience sur la preuve doit être tenue sous la forme d'une Audience à distance, l'article 8.2 prévoit qu'un protocole visant à organiser son déroulement doit être établi. Dans un souci de flexibilité, l'article 8.2 laisse ouverte la question de qui préparera ce protocole. En ce sens, les parties ou le tribunal arbitral peuvent y être tenus. En cas de désaccord des parties sur le contenu du protocole, ce dernier sera fixé par le tribunal arbitral après consultation des parties.

Le protocole est, en tout état de cause, établi dans le but de conduire l'Audience à distance de manière efficace, équitable et, dans la mesure du possible, sans interruptions involontaires. Cela peut, par exemple, nécessiter de tester l'équipement et la connexion réseau en amont de l'Audience à distance et de recourir à des fournisseurs professionnels de tels services. La technologie utilisée doit assurer une transmission de qualité suffisante et prévoir une solution alternative au cas où la qualité de la transmission se dégraderait. Une attention particulière doit être portée à la possibilité d'assurer le partage des pièces avec les témoins et le tribunal lorsque cela est nécessaire. Conduire une Audience à distance de manière « équitable » requiert, entre autres, que le tribunal arbitral prenne en compte les différents fuseaux horaires et qu'il puisse organiser plusieurs audiences de courte durée plutôt qu'une seule longue session sur une journée.

L'article 8.2 (d) [corrigé : Article 8.2(e)] dispose que le protocole peut indiquer « les mesures visant à garantir que les témoins ne soient pas indûment influencés ou distraits lors de leur témoignage oral » []. Lors d'un témoignage oral, il existe différents moyens de s'assurer que le témoin n'est pas indûment assisté par d'autres personnes, ou ne fait pas référence à des documents inappropriés. Parmi ces méthodes, il est possible de questionner le témoin, dès le début de l'interrogatoire, sur la salle dans laquelle il témoigne ; les personnes présentes et les documents à sa disposition ; l'installation de miroirs derrière le témoin ; l'utilisation d'un objectif « fish-eye » ; ou la présence physique, aux côtés du témoin, d'un représentant du conseil de la partie adverse.

Organisation de l'audience

Inspiré de la procédure en droit civil, l'article 8.3 précise le principe, désormais largement adopté¹⁹, que le contrôle complet de l'audience appartient au tribunal et non aux parties. Le tribunal arbitral peut limiter ou exclure le recours à l'interrogatoire, ou même à la comparution d'un témoin, s'il l'estime inutile, non pertinent, dénué d'intérêt pour la solution du litige ou redondant, ou s'il estime qu'il se heurte à l'une des causes d'objection prévues aux articles 9.2 et 9.3, ou qu'il imposerait un fardeau déraisonnable. Alors que certains conseils sont habitués à soulever des objections, le tribunal arbitral peut aussi appliquer d'office ces standards. Cet article considère également comme pouvant faire l'objet d'objections les questions qui, lors de l'interrogatoire direct ou du ré-interrogatoire d'un témoin, sont formulées de telle manière qu'elles orientent ses réponses de façon excessive et rendraient donc son témoignage inutile. Ces dispositions sont toutes destinées à donner au tribunal arbitral la possibilité de consacrer l'audience aux questions importantes pour l'issue de l'affaire et la rendre ainsi plus efficace.

Ordre et comparution de témoins et d'experts

Les articles 8.4(a), (b) et (c) établissent l'ordre élémentaire de passage des témoins suivi dans de nombreux cas : les témoins du demandeur, suivis de ceux du défendeur, puis les experts. Pour chaque témoin, l'interrogatoire est d'abord conduit par la partie présentant le témoin suivi d'un contre-interrogatoire de la partie adverse, suivi de la possibilité de réinterroger le témoin pour la partie qui le présente. Habituellement, tout ré-interrogatoire est limité aux questions nouvelles soulevées lors du témoignage oral précédent. Un grand nombre de tribunaux arbitraux ne posent leurs questions qu'à la fin, à l'exception de celles qui tendent à faciliter le processus ou à mettre le témoin à l'aise.

Toutefois, et en particulier dans les cas les plus complexes, les tribunaux arbitraux adaptent de plus en plus ces procédures afin de permettre une meilleure appréhension des questions en litige. L'article 8.4(g) confirme la possibilité pour le tribunal arbitral de poser des questions aux témoins à tout moment. Les tribunaux arbitraux procèdent souvent à l'audition des arguments oraux des conseils des parties, qui peuvent faire partie, ou être distincts, de l'audience sur la preuve. Par conséquent, l'article 8.4(f) confirme le pouvoir discrétionnaire qu'ont les tribunaux arbitraux de modifier la séquence de la procédure de la manière la mieux adaptée aux circonstances de l'affaire. Par exemple, cette disposition autorise l'organisation des témoignages par questions déterminées ou de façon à ce que plusieurs témoins puissent être interrogés en même temps et confrontés sur des problématiques déterminées (la « conférence de témoins »). De telles méthodes peuvent permettre aux tribunaux arbitraux de mieux comprendre les contradictions entre les témoignages et de déterminer le poids et la crédibilité à accorder à un témoignage.

Une autre technique de plus en plus répandue consiste à demander aux experts de faire des présentations avant leur interrogatoire par les conseils, afin que les experts puissent dans un premier temps expliquer leurs points de vue et conclusions de manière générale, et que les membres du tribunal arbitral puissent poser leurs questions, avant que les détails ne soient abordés à l'occasion de questions spécifiques. *In fine*, les Règles IBA sur la preuve laissent au tribunal arbitral et aux parties la possibilité de déterminer la meilleure façon de procéder.

¹⁹ Voir par exemple, Règlement CCI, article 26(3); Règlement d'arbitrage CIRDI, article 23(3); Règlement d'arbitrage LCIA, article 19(2); Loi-type de la CNUDCI, article 24(1).

Les Règles IBA sur la preuve n'indiquent pas si les témoins qui n'ont pas encore témoigné peuvent être présents dans la salle d'audience ou si les témoins qui ont déjà témoigné peuvent y rester. Ce point est laissé à l'appréciation du tribunal eu égard aux circonstances de l'affaire, à la nature du litige et aux personnes impliquées.

La déclaration d'un témoin par laquelle il s'engage à dire la vérité, décrite à l'article 8.5, est largement respectée. Souvent, le tribunal arbitral se contentera également de demander au témoin de dire la vérité, et parfois l'informer des sanctions pénales applicables au siège de l'arbitrage ou au lieu où se déroule l'audience. Il est rare que les tribunaux arbitraux, du moins dans certains pays, fassent eux-mêmes prêter serment au témoin.

Lorsque des attestations de témoin ou des rapports d'expertise écrits sont produits par les témoins et les experts, ils sont d'abord confirmés au début de leur témoignage. Les témoins ou experts peuvent également apporter des rectifications à leurs déclarations de témoin ou rapports d'expertise. La troisième phrase de l'article 8.5 reflète la règle, appliquée dans plusieurs procédures d'arbitrage, selon laquelle les déclarations de témoins tiendront lieu de témoignage direct des témoins. Remplacer entièrement le témoignage direct par la déclaration du témoin incite à rédiger des déclarations de témoins complètes et raccourcit en général la durée de l'audience. Cependant, les Règles n'imposent pas cette pratique, et même lorsque la déclaration de témoin tient lieu de témoignage direct, les tribunaux peuvent estimer qu'il est utile d'entendre un témoignage oral direct, afin, par exemple, d'évoquer de nouvelles allégations ou de nouveaux développements qui ont pu survenir depuis la production de la déclaration de témoin. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté une phrase à la fin de l'article 8.5 pour faire référence à cette possibilité. Si le tribunal prévoit d'autoriser de tels témoignages oraux directs supplémentaires, la question est généralement abordée dans une ordonnance de procédure au début de l'arbitrage.

Les modifications apportées à l'article 8.5 par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 visaient également à mettre fin à certaines incertitudes signalées lors du processus de consultation publique sur le fait de savoir si, lorsqu'une déclaration de témoin fait office de témoignage direct mais que la partie adverse renonce à son droit de procéder à un contre-interrogatoire, la partie qui a présenté le témoin peut néanmoins l'appeler à comparaître à l'audience. L'article 8.5 tel que révisé indique clairement que le tribunal peut autoriser un tel témoignage oral direct supplémentaire.

Rien dans les Règles IBA sur la preuve n'interdit à un tribunal arbitral d'entendre des témoins d'une autre manière, comme la méthode traditionnelle dans certains pays de droit civil où les témoins sont d'abord interrogés par le tribunal arbitral puis par les parties. Il s'agit d'une méthode qui suppose une connaissance approfondie de l'affaire et une analyse complète des questions de droit par le tribunal arbitral.

Les témoins du tribunal

Le pouvoir d'instruction du tribunal arbitral est défini par la *lex arbitri* du siège de l'arbitrage²⁰. Ce pouvoir peut également découler du règlement d'arbitrage convenu par les parties²¹. Les Règles de l'IBA sur la preuve ne prévoient pas l'octroi d'un pouvoir d'instruction aussi étendu pour le tribunal arbitral, mais l'article 8.6 traite du cas de figure principal où ce pouvoir peut être exercé : l'audition d'un témoin clé qui a généralement eu des liens antérieurs avec les deux parties, mais que les parties, pour une raison quelconque, n'ont pas réussi à persuader de comparaître, peut-être car elles n'entretiennent plus de liens avec lui. Un tel témoin sera souvent interrogé de la manière décrite ci-dessus. Cette manière de procéder n'est pas obligatoire, mais est envisagée dans la deuxième phrase de l'article 8.6.

À la fin d'une audience sur la preuve, les parties sont parfois invitées à formuler des commentaires sur la valeur probante des preuves et sur les questions de droit. Ces commentaires peuvent également être présentés dans des mémoires après-audience (*post-hearing briefs*) ou lors d'une audience « finale » ou « de plaidoirie » distincte, ou dans les deux. Les Règles IBA sur la preuve ne traitent pas de cette phase de la procédure.

Article 9 – Recevabilité et valeur probante des preuves

Les articles 1 à 8 des Règles IBA sur la preuve prévoient les mécanismes de collecte et de présentation des preuves au tribunal arbitral. L'article 9 contient les principes selon lesquels le tribunal arbitral doit déterminer les preuves à prendre en compte ainsi que la méthode d'appréciation des preuves qui lui sont présentées.

L'article 9.1 énonce le principe général, qui est également prévu dans de nombreux règlements d'arbitrage institutionnels et *ad hoc*, selon lequel le tribunal arbitral doit déterminer la recevabilité, la pertinence au regard des questions en litige ou de la solution du différend, et la valeur probante des éléments de preuve. Il est évident que le tribunal arbitral doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans ces évaluations, qui sont au centre de ses fonctions.

Les articles 9.2 et 9.3 décrivent les motifs d'exclusion de certaines preuves, qu'elles soient orales ou écrites. Ces exclusions s'appliquent également à la production de documents conformément à l'article 3 et aux inspections visées à l'article 7. Ces exclusions sont importantes dès lors qu'elles préservent la distinction entre les droits des parties et l'autorité du tribunal arbitral. Bien que l'article 9.2 énonce que le tribunal arbitral « peut » (*shall*) exclure toute preuve correspondant à l'une des exceptions prévues, le tribunal arbitral conserve évidemment son pouvoir discrétionnaire pour décider si l'un des critères prévus est rempli. En outre, l'introduction de l'article 9.2, tel que révisé par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020, indique clairement que le tribunal arbitral a le pouvoir discrétionnaire d'écarter la preuve en tout ou partie, selon que les motifs mentionnés à l'article 9.2 s'appliquent à l'ensemble du document ou de toute autre preuve, ou seulement à certaines de ses parties.

L'article 9.2(a) énonce simplement que le tribunal arbitral peut exclure les preuves qui ne sont pas suffisamment pertinentes au regard des questions en litige ou de la solution du différend.

²⁰ Voir, par exemple, English Arbitration Act de 1996, article 34(2)(g) ; Loi suisse sur le droit international privé, article 184.

²¹ Règlement d'arbitrage LCIA, article 22(1)(iii).

Règles légales de confidentialité et de secret professionnel

L'article 9.2(b) prévoit la protection des documents et autres éléments de preuve qui peuvent être couverts par certaines règles légales de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*legal privilege*) en vertu de la loi applicable adéquate, tels que la confidentialité des échanges entre l'avocat et son client (*attorney-client privilege*), le secret professionnel ou la confidentialité « sous toutes réserves » (*without prejudice*). Le Groupe de travail de 1999 a considéré qu'il était important que de telles protections soient reconnues en arbitrage international.

Le Sous-comité sur la Révision des Règles de 2010 a fourni des directives supplémentaires, non impératives, concernant la détermination des règles de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique applicables, à l'article 9.4 (anciennement article 9.3) (et le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a ajouté au texte un renvoi spécifique à l'article 9.4). Bien que le standard applicable soit laissé à la discrétion du tribunal arbitral, il est recommandé que ce dernier tienne compte des éléments énoncés à l'article 9.4, en particulier si les parties sont soumises à des règles juridiques ou éthiques différentes. L'article 9.4(a) cherche à couvrir à la fois l'interprétation de *common law* de la confidentialité avocat-client (*attorney-client privilege*) et l'interprétation de droit civil de l'obligation du secret professionnel. L'article 9.4(b) reflète une approche généralisée de la confidentialité « sous toutes réserves » (*without prejudice*), ou « la réserve relative au contenu des négociations en vue d'un règlement à l'amiable », qui est reconnue par certaines juridictions et se rapporte au contenu des négociations conduites en vue de parvenir à un règlement amiable. L'article 9.4(c) énonce le principe directeur selon lequel il convient de prendre en considération les attentes des parties et de leurs conseils au moment où la cause de confidentialité ou le secret professionnel sont apparus. Souvent, ces attentes découlent de la conception de la notion de confidentialité et de secret professionnel prévalant dans la juridiction d'origine des personnes concernées. L'article 9.4(d) énonce une exception importante aux règles légales de confidentialité et de secret professionnel dans de nombreux pays, à savoir la renonciation. Enfin, l'article 9.4(e) souligne la nécessité de maintenir l'égalité entre les parties et le caractère équitable de la procédure. Cette nécessité peut survenir lorsque la conception des règles légales de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique prévalant dans les juridictions d'origine des parties diffère. Par exemple, une juridiction peut reconnaître la réserve relative au contenu des négociations en vue d'un règlement à l'amiable, alors qu'une autre peut ne pas la reconnaître, ou une juridiction peut étendre la confidentialité avocat-client (*attorney-client privilege*) aux juristes d'entreprise, alors qu'une autre ne le fait pas. Dans de tels cas, l'application de règles différentes aux parties pourrait causer une injustice en empêchant la communication des documents d'une partie mais pas de ceux de l'autre.

L'article 9.2(c) permet au tribunal arbitral de soustraire à la procédure de production de documents ou des éléments de preuve soumis au dossier tout document ou autre élément de preuve dont la production constituerait un fardeau excessif. Un tel fardeau peut revêtir de nombreuses formes, et la nature de ce fardeau est délibérément laissée à la discrétion du tribunal arbitral. Par exemple, il peut s'agir de la production de documents en réponse à une demande de production qui, bien qu'ils aient été correctement identifiés conformément à l'article 3.3(a)(i) et qu'ils soient pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend, sont si nombreux que leur production constituerait un fardeau excessif. De même, l'article 9.2(c) pourrait s'appliquer à une situation où certains documents existent et peuvent même être considérés comme étant « en la possession ou sous le contrôle » d'une autre partie (voir l'article

3.3(c)(ii)), mais dont l'obtention pourrait néanmoins être excessivement difficile pour la partie. L'article 9.2(d) est également explicite, dans la mesure où un document qui a été perdu ou détruit ne peut raisonnablement être produit. Comme il peut être impossible de prouver un fait négatif (à savoir, la perte d'un document), l'article 9.2(d) prévoit qu'il doit être démontré que, selon toute vraisemblance, le document a été perdu ou détruit.

Confidentialité

L'article 9.2(e) aborde la question des règles de confidentialité commerciale ou technique. L'article 3 reflète la conviction que certains documents internes sont bien susceptibles d'être produits dans un arbitrage international, même des documents qui ne pourraient pas être produits devant un tribunal étatique dans certaines juridictions. Toutefois, les Règles IBA sur la preuve prévoient également que, pour des raisons de confidentialité de nature commerciale ou technique, la production et la soumission de certains documents comme moyens de preuve ne saurait être exigée. Ce motif s'applique s'il existe des raisons impérieuses de protéger la confidentialité des documents et qu'une partie a un motif légitime de s'opposer à la divulgation de ces documents. Par exemple, si les parties à un litige sont des concurrents, une partie peut avoir une préoccupation légitime quant à la divulgation des conditions commerciales de ses accords avec ses clients ou partenaires, ou de son savoir-faire, de ses secrets d'affaires, des formules de ses produits ou de leurs spécifications (*product formulae or specifications*), de ses plans d'affaires (*business plans*) etc. De telles préoccupations peuvent également surgir, par exemple, lorsqu'à la lumière du comportement passé de l'autre partie, il y a une probabilité que les documents ou les preuves soient rendus publics ou divulgués à des tiers. Les considérations relatives à la protection des données personnelles (en vertu, par exemple, du RGPD et d'autres législations nationales similaires) peuvent relever de la même catégorie. Cependant, au lieu de soustraire l'intégralité du document du processus de production ou des preuves devant être présentées, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures adéquates pour sauvegarder la confidentialité de ces documents et preuves en vertu de l'article 9.5.

Bien que les Règles IBA ne traitent pas en détail de la question de la recevabilité des preuves obtenues par une partie dans d'autres procédures arbitrales, l'article 9.2(e) peut également s'appliquer à de tels cas de figure. Lorsqu'il examine s'il convient d'ordonner ou d'autoriser la production ou la présentation de ces preuves, le tribunal arbitral peut tenir compte des obligations de confidentialité à la charge d'une partie en vertu du Règlement d'arbitrage ou de la convention d'arbitrage applicable, ainsi que des considérations d'équité de la procédure.

Alors qu'une version antérieure des Règles IBA sur la preuve ne faisait référence qu'à cet aspect du principe de confidentialité, certaines organisations politiques internationales ont souligné que la « confidentialité commerciale et technique » pouvait ne pas inclure la confidentialité au sein de ces organisations. Par conséquent, l'article 9.2(f) a été ajouté pour placer cette sensibilité politique ou institutionnelle particulière sur un pied d'égalité avec la confidentialité commerciale ou technique. Dans le cas de ces deux dispositions, le tribunal arbitral conserve le pouvoir discrétionnaire de déterminer si les considérations de confidentialité ou de sensibilité sont suffisantes pour justifier l'exclusion de la preuve, ou la production de ces documents ou d'autres preuves. Comme l'indiquent les Règles IBA sur la preuve, le tribunal arbitral doit considérer que les préoccupations sont « particulièrement sensibles » pour exclure la preuve.

L'article 9.5 précise également que le tribunal arbitral peut prendre les mesures nécessaires afin d'assurer la protection des informations confidentielles. Ainsi, si des craintes existent quant à la divulgation des documents à des tiers, le tribunal arbitral peut rendre une ordonnance

interdisant toute divulgation ultérieure des éléments de preuve (une ordonnance de confidentialité) ou ordonner aux parties de conclure un accord de confidentialité (*non-disclosure agreement*). Si les intérêts légitimes d'une partie exigent la non-divulgation d'informations confidentielles aux autres parties à la procédure, le tribunal arbitral peut ordonner la production de documents sous une forme caviardée ou peut, lorsque les lois et les règles applicables aux parties et à leurs avocats le permettent, ordonner que les documents ne soient échangés qu'entre avocats (production dite « *pour les yeux de l'avocat seulement* »), sans en permettre l'accès aux parties. Enfin, le tribunal arbitral peut nommer un expert indépendant et impartial, comme prévu à l'article 3.8, pour examiner le document concerné afin de faire un rapport au tribunal arbitral et aux parties sur son contenu non confidentiel. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a précisé que de tels accords de confidentialité peuvent être appliqués au stade de la production des documents et au stade de leur introduction comme éléments de preuve dans la procédure.

Lorsque les parties prévoient d'invoquer des règles légales de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (article 9.2(b), (e) et (f)), les parties et le tribunal arbitral peuvent examiner s'il serait approprié que les parties produisent des registres de confidentialité (*privilege log*) pour détailler leurs objections.

L'article 9.2(g) est une disposition « balais » (*catch-all*), qui vise à assurer l'économie de procédure, la proportionnalité, l'équité et l'égalité des parties dans l'affaire. Par exemple, des documents qui peuvent être considérés comme confidentiels dans un système juridique national peuvent ne pas l'être dans un autre. Si cette situation devait créer une injustice, le tribunal arbitral pourrait exclure la production des documents techniquement non protégés en application de cette disposition. D'une manière générale, cette disposition devrait permettre au tribunal arbitral de garantir aux parties une audience à la fois équitable, efficace et optimale (*efficient*).

Preuves obtenues illégalement

L'article 9.3 est une nouvelle disposition ajoutée par le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020. Il prévoit que le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou d'office, exclure les preuves obtenues illégalement. Par exemple, si la loi d'un pays où l'enregistrement d'une conversation a été réalisé interdit d'enregistrer des conversations sans la permission des personnes concernées, cet enregistrement peut être considéré comme ayant été obtenu illégalement et le tribunal peut donc l'exclure des preuves.

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a tenté de définir les circonstances spécifiques dans lesquelles de telles preuves devaient être exclues, avant de parvenir à la conclusion qu'il n'existait pas de consensus clair sur la question. Les législations nationales varient sur la question de savoir si les preuves obtenues illégalement doivent être exclues du domaine de la preuve, en matière pénale comme civile. De même, les tribunaux arbitraux sont parvenus à des conclusions différentes, en fonction, notamment, de l'implication ou non de la partie présentant la preuve dans la pratique illégale, de considérations de proportionnalité, de l'importance de la preuve et de son caractère déterminant pour la décision, de l'entrée ou non de la preuve dans le domaine public par le biais de « fuites » publiques (*leaks*), ainsi que de la clarté et de la gravité de l'illégalité. Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 a cherché à tenir compte de ces divergences en prévoyant que le tribunal arbitral « pourrait » (*may*) exclure des preuves en vertu de l'article 9.3, alors qu'il « peut » (*shall*) exclure des preuves lorsque les motifs de l'article 9.2 sont présents.

Inférences négatives

Enfin, comme indiqué ci-dessus dans l'analyse de l'article 3, les articles 9.6 et 9.7 permettent de tirer les conséquences de l'absence de production d'un document par une partie, ou du fait que cette partie n'a pas produit un document ou n'a pas fourni d'autres preuves requises par le tribunal arbitral. Le tribunal arbitral peut alors conclure que ce document ou cette preuve serait contraire aux intérêts de cette partie. Lorsqu'une telle inférence est demandée par une partie, il est attendu de celle-ci qu'elle expose clairement et spécifiquement les raisons de l'inférence à tirer ainsi que la conclusion précise de cette inférence. L'article 9.8 accorde spécifiquement au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de sanctionner les parties pour manquement à leur obligation de bonne foi (voir le paragraphe 3 du Préambule) en tenant compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage ou par tout autre moyen prévu par les Règles de l'IBA.

* * *

Le Groupe de Réflexion chargé de la Révision de 2020 estime que les Règles de l'IBA sur la preuve révisées préservent l'équilibre minutieux obtenu par les Règles de l'IBA sur la preuve de 1999 et 2010. Il est également convaincu que les révisions favoriseront encore davantage l'utilisation et le succès des Règles de l'IBA sur la preuve en tant que mécanisme efficace pour assister les parties dans la conduite des arbitrages internationaux.