

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS - INSTITUT DE DROIT COMPARE

MASTER 2 RECHERCHE DE DROIT EUROPEEN COMPARE

2012 - 2013



L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE EN

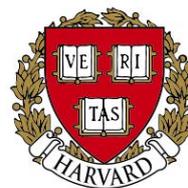
ARBITRAGE INTERNATIONAL

Etude comparative France/Etats-Unis

Mémoire rédigé sous la direction du Professeur Marie Goré

UNFER Lara

*Harvard Law School*



L'université n'entend donner ni approbation ni improbation quant aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



*«Devant les tribunaux, c'est la même chose de n'avoir point de droit ou de n'en avoir point de preuves.»*

*Marcel Planiol<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Marcel Ferdinand Planiol, (1853-1931) juriconsulte, professeur de droit français et d'histoire du droit à l'université de Rennes



## RESUME

En arbitrage international, il n'y a pas de règles fixes de procédure. L'un des principaux atouts de l'arbitrage est que les parties ainsi que l'arbitre ne sont pas liés par les lois nationales de procédure civile telles qu'elles s'appliquent devant les juridictions étatiques. Les parties et à défaut l'arbitre sont libres de choisir les règles de procédure applicables à leur litige. Cela permet d'adapter la procédure arbitrale au cas précis et de prendre en compte les traditions juridiques de chacune des parties, de leur conseil ainsi que des arbitres. Le caractère flexible ainsi que la grande part d'autonomie accordée aux parties font de l'arbitrage un moyen de résolution des conflits attrayant. Cette absence de rigidité est très importante surtout lorsque s'opposent des parties d'origines différentes et des arbitres qui n'ont pas la même tradition juridique. Ces différences se reflètent surtout dans la preuve documentaire et la preuve orale.

L'arbitrage international a réussi à amalgamer d'une façon unique des pratiques de l'administration de la preuve issues de la common law et des pays de tradition civiliste de nature à donner naissance à des procédures de caractère composite. Ces pratiques, dans le domaine de la preuve documentaire et orale, sont largement acceptées dans le monde arbitral et ont été mises à l'écrit par certains organismes, entre autre par l'International Bar Association qui a procédé à une « codification » des meilleures pratiques. Cependant son application pratique n'a pas connu le succès désiré. C'est surtout face au principe fondamental de flexibilité de l'arbitrage que les essais de standardisation échouent. Mais ne serait-ce pas nécessaire de standardiser la procédure pour permettre une plus grande prévisibilité de l'arbitrage et le rendre plus efficace pour diminuer les coûts et la durée de cette procédure ?



## REMERCIEMENTS

J'adresse tous mes remerciements à ma directrice de mémoire, Madame Goré, pour ses conseils et pour m'avoir permis de traiter ce sujet qui me tenait à cœur.

Aux autres professeurs du Master II, et aux étudiants de la promotion.

A ma famille et mes amis pour leur encouragement et leur présence.



## LISTE DES ABREVIATIONS

AAA	American Arbitration Association
Am Rev Intl Arbitration	American Review of International Arbitration
Am. J. Int'l L.	American Journal of International Law
Arb.Int.	Arbitration International
ASA Bulletin	Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de Cassation française
Cass. Civ.	Cour de cassation (Chambre civile)
Cass. Com.	Cour de cassation (Chambre commerciale et financière)
CC	Code civil
CCI	Chambre du commerce internationale
CCP	Code of Civil Procedure
CPC	Code de procédure civile
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
FAA	United States Federal Arbitration Act
Int'l Bus L.J	International Business Law Journal
ICC	International Chamber of Commerce
ICC IC Arb.Bull.	ICC International Court of Arbitration Bulletin
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
JDI	Journal du droit international
J.Int.Arb.	Journal of International Arbitration



LCIA	London Court of International Arbitration
NCPC	Nouveau code de procédure civile français
New York Convention	Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958
Rev. arb	Revue de l'arbitrage
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
TGI	Tribunal de grande instance (français)
USC	United States Code
UNCITRAL	United Nations Commission for International Trade Law
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law



## TABLE DES MATIERES

RESUME .....	3
REMERCIEMENTS .....	4
LISTE DES ABREVIATIONS .....	5
TABLE DES MATIERES .....	7
INTRODUCTION .....	9
PARTIE 1 : La preuve en arbitrage international, un mariage de raison .....	14
Chapitre 1 : La liberté des parties et de l'arbitre dans le choix de la loi .....	14
Section 1 : L'autonomie des parties .....	16
§1. La liberté dans le choix de la loi.....	16
§2. Une liberté bridée .....	18
Section 2 : Le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre .....	19
§1. Le pouvoir de l'arbitre .....	19
§2. <u>Egalité des parties et respect du contradictoire</u> .....	22
Chapitre 2: Les modes de preuve et synthèse des traditions juridiques .....	25
Section 1 : Les différentes conceptions du rôle du juge et du procès .....	26
§1. <u>La vérité des faits et les prétentions des parties</u> .....	26
§2. <u>Le pouvoir de direction du juge</u> .....	27
§3. <u>Le rôle de l'audience</u> .....	28
Section 2 : Les modes de preuves .....	28
§1. <u>La preuve documentaire</u> .....	28
§2. <u>Les témoins</u> .....	40
§3. <u>Les experts</u> .....	45
§4. <u>La descente sur les lieux</u> .....	47
§5. <u>La preuve électronique</u> .....	48
PARTIE II : Vers la création d'une procédure unique ? .....	50
Chapitre 1: Les tentatives d'harmonisation .....	50
Section 1: Les règles de l'IBA - Une « codification » de la meilleure pratique .....	51



§1. Le contenu .....	53
§2. L'application pratique.....	57
Section 2: Autres initiatives.....	60
Chapitre 2: Flexibilité ou Standardisation? .....	62
Section 1:Une catégorisation imparfaite.....	62
§1.Une division moins simpliste.....	62
§2. Une convergence des systèmes .....	64
Section2 : Une standardisation flexible.....	68
§1. La standardisation, une question récurrente .....	68
§2. La flexibilité, un principe inhérent à l'arbitrage .....	69
CONCLUSION .....	74
BIBLIOGRAPHIE.....	75
ANNEXES:.....	83
Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international.....	83



## INTRODUCTION

**« La force de l'arbitrage international réside avant tout dans sa capacité à s'adapter aux circonstances. »<sup>2</sup>**

L'établissement des faits litigieux et l'application des règles qui les régissent sont au cœur de tout différend. La preuve des faits est un des aspects les plus délicats du procès. La méthode de présenter ses preuves joue un rôle crucial pour le dénouement d'une affaire. Savoir manier ces éléments d'une façon ou d'une autre pourra changer complètement la vision des faits. C'est alors à l'arbitre de trouver la vérité avec les moyens qui sont à sa disposition. Devant les juridictions étatiques, la loi régit cette preuve par des règles détaillées, or ce sujet est fondamentalement négligé en matière d'arbitrage. Les lois nationales ainsi que les diverses conventions et règlements ad hoc et internationaux se limitent à énoncer quelques vastes principes en ce qui concerne les modes de preuve. Ce silence est conscient, voire intentionnel. En effet un des principaux attraits de l'arbitrage est son caractère flexible qui donne aux parties une grande part d'autonomie dans le procès afin de l'adapter au mieux à leur cas précis.

Cependant dans de très nombreux cas, cette lacune peut causer des problèmes surtout si les parties ont des visions antagonistes pour la résolution du cas. L'écart des différences entre la tradition juridique issue des pays de tradition romano-germanique et ceux de la common law se manifestent particulièrement dans le domaine de l'administration de la preuve.

Il y a une trentaine d'années, l'arbitrage international reposait encore considérablement sur les lois nationales pour régler la procédure. Ceci a changé et la loi type de la CNUDCI<sup>3</sup> sur l'arbitrage commercial international, ainsi que la plupart des règlements

---

<sup>2</sup> Pierre Tercier, *président de la cour internationale d'arbitrage 2006*

<sup>3</sup> La loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international



institutionnel modernes, telles que les règles de la CCI et de l'AAA<sup>4</sup>, accordent aujourd'hui aux parties et à l'arbitre une grande autonomie pour mener le litige de la manière qu'ils considèrent la plus appropriée. <sup>5</sup>

Etant donné que les règles sont silencieuses et qu'une grande liberté est accordée aux parties en matière de procédure d'arbitrage, le problème est de voir comment s'articule l'administration de la preuve dans un arbitrage international, opposant des acteurs de traditions juridiques différentes.

Cette étude a pour objet d'identifier les pratiques qui se sont développées en arbitrage international sur l'administration de la preuve entre les deux plus grandes familles juridiques et de voir si une standardisation de ces règles serait envisageable ou bien si l'arbitrage restera soumis à la flexibilité qu'elle a connue jusqu'ici.

En l'espèce l'analyse portera sur la France, pays de tradition civiliste et les Etats-Unis, issu du système de la *common law*. Ces deux pays présentent des grandes différences en matière d'administration de la preuve.

L'arbitrage en France et aux Etats-Unis est défini de façon similaire. C'est un mode de résolution des conflits non étatique, qui oppose deux ou plusieurs parties dans un litige, qu'elles décident de soumettre à un ou plusieurs arbitres. Ce dernier est investi de la mission de trancher le litige en vertu d'un contrat formé entre les parties. <sup>6</sup>L'arbitrage international est de plus en plus recherché par les parties qui souhaitent obtenir un

---

<sup>4</sup> Ce sont les deux institutions arbitrales qui serviront d'exemple tout au long de cette étude. D'une part nous avons du côté français la Cour arbitrale internationale de la Chambre de commerce avec son règlement institutionnel sur le commerce international qu'on dénommera ci-dessous, le règlement CCI. D'autre part il y a l'institution arbitrale américaine de l'American Arbitration Association. Ce sont les deux centres d'arbitrage les plus importants dans chacun de ces deux pays qui nous serviront d'exemple pour cette étude.

<sup>5</sup> Baum, « Reconciling anglo-saxon and civil law procedure, the path to a processual *lex arbitrationis* », in, Liber Amicorum Karl Boeckstiegel, *law of international business and dispute settlement in the 21<sup>st</sup> century*, Carl Heymanns VerlagKG, 2001, p. 21

<sup>6</sup> A. Redfern, M. Hunter, « Law and practice of international commercial arbitration 3 », 2<sup>nd</sup> ed, 1991, p.9-10, §7



procès neutre et qui peut être aménagé pour s'adapter au mieux au cas précis sans être restreint par les formalités procédurales applicables devant les juridictions nationales.<sup>7</sup>

En France l'arbitrage international est défini par l'article 1504 CPC: « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* » C'est-à-dire que « (...) *l'internationalité de l'arbitrage faisant appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage ou encore du siège du tribunal arbitral.* »<sup>8</sup> La qualification d'interne ou international n'est donc pas à la disposition des parties mais se caractérise selon une approche économique.<sup>9,10</sup> L'arbitrage international est caractérisé par une procédure beaucoup plus souple, permettant aux parties de définir librement le cadre. Les acteurs commerciaux étant supposés avoir une meilleure connaissance des mécanismes de règlement des litiges.<sup>11</sup>

Il est admis dans pratiquement tous les Etats que l'arbitrage international est un mode de résolution des litiges issu d'accords commerciaux internationaux ou d'autres relations internationales.

Selon E. Gaillard : « *L'arbitrage est sans doute l'une des disciplines dans lesquelles le droit comparé trouve à exprimer de la façon la plus complète l'ensemble des fonctions qui sont susceptibles d'être les siennes. Celles-ci sont au nombre de trois, le droit comparé étant tantôt source d'inspiration, tantôt source de légitimité, tantôt encore source de droit positif.* »<sup>12</sup>

---

<sup>7</sup> G. Born, « Introduction to international arbitral procedures and proceedings », in, G. Born, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, p.1234

<sup>8</sup> Formule classique de la Cour de cassation reprise et précisée par le Cass. Civ 1<sup>ère</sup>, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, *INSERM c/ Ass. Droit norvégien Fondation Letten F. Saugstad* ; JCP E n°11-17 mars 2011, p.40, note C. AsfarCazenave.

<sup>9</sup> D. Vidal, « Droit français de l'arbitrage interne et international », GualinoLextenso, 2012, p.25

<sup>10</sup> Paris, 1<sup>ère</sup>, 5 avril 1990, Rev. arb. 1992, 110, note H. Synvet

<sup>11</sup> D. Vidal, « Droit français de l'arbitrage interne et international », GualinoLextenso, 2012, p.24, §27

<sup>12</sup> E. Gaillard, « Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international », (II.- L'arbitrage, Deuxième séance), Rev. arb. 2005, p. 375



L'essor du commerce international, entre des partenaires de plus en plus éloignés tant culturellement que géographiquement, amène les parties de s'écarter des systèmes juridiques existants et d'opter pour un droit plus neutre, voir même dénué de tout système spécifique.

L'arbitrage a connu un essor énorme ce qui est surtout dû à ses caractéristiques remarquables de flexibilité et neutralité. La flexibilité de cette procédure permet d'adapter le procès au cas par cas afin de mieux convenir aux besoins des parties. Les parties peuvent alors convenir par exemple de ne pas interroger des témoins et de s'en tenir aux preuves documentaires. La neutralité, autre que d'assurer l'indépendance et l'impartialité du tribunal, permet de ne pas soumettre la procédure à une tradition nationale précise.<sup>13</sup>

Or afin de pouvoir faire preuve de neutralité culturelle, l'arbitre doit d'abord connaître les traditions juridiques des parties. L'assimilation d'un certain degré de compréhension est indispensable au bon déroulement du procès pour que les arbitres et les conseils puissent apprécier les attentes et les inquiétudes des parties.<sup>14</sup>

Quelques mots sur le cadre de comparaison de cette étude. Les deux systèmes juridiques, à savoir la France et les Etats-Unis ont été choisis pour deux raisons. D'une part parce que ces pays sont représentatifs chacun d'une des deux grandes familles juridiques qui se partagent le monde arbitral international et d'autre part en fonction du développement et de l'influence de l'arbitrage dans ces pays mais aussi eu égard à leur influence sur la pensée et pratique arbitrale. Bien que l'autonomie des parties accordée en arbitrage international s'étend à toute la procédure, il semble que la problématique de cette liberté se retrouve surtout dans l'administration de la preuve, c'est ici que se reflète leur vision respective de rendre la justice. Ainsi en analysant les pratiques

---

<sup>13</sup> A. Mourre, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspective d'évolution », in, *Les arbitres internationaux*, éditions de la société de législation comparée, 2005, p.153

<sup>14</sup> « L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales », in, *the dossiers of the institute of international business law and practice*, Paris ICC; New York, N.Y.: ICC Pub. Corp., 1990, préface



communes qui se sont développées durant les derniers siècles, pour l'administration de la preuve documentaire et la preuve orale, il est intéressant de voir leurs influences respectives et surtout analyser l'effort de compromis qui a été fait à ce sujet.

L'idée est de parvenir à un juste milieu dans l'application des règles de preuves pour respecter le principe d'égalité de traitement. L'arbitrage international a évolué ces dernières années et certaines pratiques et lignes directrices ont vu le jour essayant d'amalgamer les deux cultures. Faudrait-il alors penser à une standardisation de ces pratiques pour le futur en vue d'une plus grande prévisibilité et d'efficacité de la procédure?

La synthèse des techniques procédurales qui se sont développées grâce à l'autonomie accordée aux parties et à l'arbitre, n'entraînent pas à ce stade une uniformisation de la procédure en matière d'administration de preuve en arbitrage international. Cependant certaines pratiques sont communément admises indifféremment de l'origine des parties. Ainsi, la discrétion totale du tribunal arbitral quant à l'appréciation de la preuve, ou encore la prépondérance de la preuve documentaire au détriment de la preuve orale, la *cross examination* des témoins, la *discovery* pour en donner que quelques exemples.

### **(PARTIE 1)**

Si une telle pratique s'est enracinée il faudrait alors se poser la question d'une standardisation des règles de preuve en vue d'une plus grande prévisibilité et efficacité de l'arbitrage. Certains essais d'harmonisation ont déjà été faits tels que les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international qui a codifié les « meilleures pratiques ». C'est en étudiant les avantages et les inconvénients d'une standardisation au détriment de la flexibilité arbitrale qu'on pourra déterminer si une telle standardisation est possible et désirable. **(PARTIE 2)**



## **PARTIE 1 : La preuve en arbitrage international, un mariage de raison**

### **Chapitre 1 : La liberté des parties et de l'arbitre dans le choix de la loi**

Différentes catégories de règles gouvernent un arbitrage à savoir la loi applicable au fond du litige, la loi applicable à la forme, la loi du siège et la loi déterminant la procédure. L'administration de la preuve est traditionnellement incluse dans le droit de la procédure.

La détermination de la loi applicable à la procédure ayant évolué, la théorie territoriale, selon laquelle la loi applicable aux preuves est celle du siège de l'arbitrage a été abandonnée au profit de ce que Berthold Goldman a appelé la « dérégulation » de la procédure.<sup>15</sup> Ainsi un arbitrage n'est plus limité à la *lex loci*, mais il est loisible aux parties de s'accorder sur des lois et principes applicables à leur arbitrage et ce indépendamment du fait que ces règles soient conformes à la législation du lieu de l'arbitrage.<sup>16</sup> Ceci est à nuancer, puisque quelle que soit la procédure applicable, les parties et à défaut l'arbitre ne peuvent déroger aux règles impératives applicables au siège de l'arbitrage.<sup>17</sup>

Il est cependant clairement affirmé que le droit de la procédure est autonome par rapport aux dispositions de la loi applicable au fond de l'arbitrage. A ce sujet, la CA de Paris a jugé dans deux arrêts de 1974 que : « *La référence faite par les arbitres aux règles de conflit françaises pour la désignation de la loi applicable au fond n'exerce aucune influence sur le choix éventuel d'une loi procédurale. Il est de principe constant en droit*

<sup>15</sup> B. Goldman, « Etudes offertes à P. Bellet », Litec, Paris, 1991, p.220

<sup>16</sup> P. M. Patocchi, L. Meakin, « Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration – The interaction of civil law and common law procedures », Int'l Bus. L.J, 1996, p. 888

<sup>17</sup> P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, « On International Commercial Arbitration », Kluwer, 1999, p. 635, §1178



*international privé français que l'autonomie de la clause compromissoire permet de choisir une loi de procédure d'une loi nationale différente de la loi de fond et que le règlement CCI permet de désigner directement une loi de procédure sans avoir recours à des règles de conflits. »<sup>18</sup>*

En France et aux Etats-Unis comme dans grand nombre d'autres pays, la détermination des règles qui établissent les modes de preuves en arbitrage international est soumise à deux principes : l'autonomie des parties et le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre. (Section I)

Or il faut faire une distinction entre la loi applicable à la procédure arbitrale et les règles procédurales détaillées.

En effet en analysant les différentes lois et règlements institutionnels, on constate que ces sources n'offrent qu'un cadre général insuffisant en lui-même et dont les parties devront apporter les précisions nécessaires afin de combler les lacunes quant à l'administration de la preuve. Dans pratiquement toutes les législations modernes ainsi que règlements internationaux, il est établi que c'est aux parties, et à défaut à l'arbitre, de déterminer les modes d'administration de la preuve. Ce manque de précision est calculé en vue de faire profiter les parties de la flexibilité que leur offre l'arbitrage et d'adapter la procédure à leur cas précis. Or ceci amène les praticiens à s'inspirer ailleurs de règles processuelles comme, les règles de l'International Bar Association (IBA) sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. De plus, on ne peut que constater qu'une « pratique internationale » s'est développée dans ce domaine qui emprunte des pratiques issues des traditions aussi bien française qu'américaine. Ce principe d'autonomie a provoqué une atténuation des divergences entre les modes d'administration des preuves. Il est alors intéressant d'analyser les différentes traditions et leur influence dans la pratique arbitrale internationale. (Section II)

---

<sup>18</sup> CA Paris 1<sup>re</sup> sect. 18 juin 1974, *O.C.P.C. c/ Wilhelm Diefenbacher K.G. et O.C.P.C. c/ Diefenbacher*, 1974, Rev. arb., 1975



Dans un premier temps nous allons voir comment s'articule le choix de la loi sur la procédure laissé au libre choix des parties (§1) et ensuite le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre en la matière (§ 2).

## **Section 1 : L'autonomie des parties**

### **§1. La liberté dans le choix de la loi**

Les parties peuvent donc choisir la loi applicable à la procédure de manière à l'adapter au mieux à leur cas précis<sup>19</sup>.

La plupart des législations modernes ainsi que les institutions arbitrales reconnaissent ce principe d'autonomie des parties.

Ainsi l'article 1509 du CPC français énonce que :

*« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.*

*Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure. »*

La loi française en arbitrage international, avant-gardiste, reflète dans cet article le déclin de la loi du siège au profit de la volonté des parties.

Les parties ont trois options pour « régler la procédure à suivre dans l'arbitrage ». Elles peuvent soit se référer à un règlement d'arbitrage, tel que le règlement CCI ou AAA, ce qui en pratique est la solution la plus souvent adoptée par les parties.

Elles peuvent aussi soumettre leur procédure à une loi étatique.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> L. Vercauteren, « The taking of documentary evidence in international arbitration », Am. Rev. Int'l Arb, 2012, n°23, p. 341



Et une dernière option leur laisse la possibilité de régler « directement » la procédure. Plus précisément les parties ont alors la possibilité de créer *ex nihilo* une procédure d'arbitrage. Ceci leur permet « d'inventer » des clauses ou bien de panacher différentes lois ou certains principes même si ces derniers sont issus de législations différentes<sup>21</sup>. Les parties peuvent ainsi donner la liberté aux arbitres de s'inspirer simplement de différentes lois sans faire application d'une loi précise. (Qu'on appelle en Suisse « *rules of reference* »)<sup>22</sup>.

Or il est très rare que les parties inventent tous les aspects procéduraux applicables à leur cas, le plus souvent ce sont uniquement les questions délicates qui sont soumises à un accord précis (tel que la question de l'échange des mémoires, la confidentialité ou encore la question de la « *discovery* »). Pour les autres aspects, les parties feront le plus souvent référence à des règles préétablies ou bien les laissent à la discrétion de l'arbitre.<sup>23</sup>

Aux Etats-Unis, il y a très peu de règles légales concernant la procédure applicable en arbitrage. La plupart des précisions sont laissées au libre choix des parties et à la discrétion du tribunal arbitral. A défaut de règles et de cadre procedural donné par le FAA (Federal arbitration act), la jurisprudence a permis de préciser certains aspects: « *Unless a mode of conducting the proceedings has been prescribed by the arbitration agreement or submissions, or regulated by statute, arbitrators have a general discretion as to the mode of conducting the proceedings and are not bound by formal rules of procedure and evidence and the standard of review of arbitration procedures is merely whether a party to an arbitration has been denied a fundamentally fair hearing.* »<sup>24</sup> Cet avis est unanimement partagé par les cours et tribunaux américains.

---

<sup>20</sup> Cette possibilité est souvent critiquée du fait qu'elle réintroduirait la rigidité des procédures judiciaires dans l'arbitrage.

<sup>21</sup> D. Cohen, « La soumission de l'arbitrage international à la loi française (Commentaire de l'article 1495 NCPC), Rev.arb., 1991, p.171

<sup>22</sup> P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op cit*, note 17, p.648, §1201

<sup>23</sup> J-F.Poudret, S. Besson; « Comparative law of international arbitration », 2<sup>nd</sup> edition, Sweet and Maxwell Ltd, 2007, p.459

<sup>24</sup> In re Arbitration between U.S Turnkey Exploration, Inc. and PSI, Inc., 577 So.2d 1131 , La. App., 1991



Les cours américaines ont aussi précisé que les parties sont libres de choisir toutes les lois nationales ou internationales gouvernant la procédure devant le tribunal arbitral.<sup>25</sup>

Les institutions arbitrales reconnaissent aussi cette autonomie. Ainsi le règlement de la CCI du 1<sup>er</sup> janvier 2012 dans son article 19 indique que « La procédure devant le tribunal arbitral est régie par le règlement et, dans le silence de ce dernier, par les règles que les parties, ou à défaut, le tribunal arbitral, déterminent en se référant ou non à une loi nationale de procédure applicable à l'arbitrage ».

La AAA concernant le choix de la loi applicable et l'autonomie des parties se prononce via l'article 28 (1) dont les règles énoncent que: « *The tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law designated by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.* »

Nous allons voir plus loin comment ces règles institutionnelles administrent précisément chaque mode de preuve.

## **§2. Une liberté bridée**

Cette autonomie rencontre cependant quelques limites. Tout d'abord, la procédure qu'elles établissent doit être conforme aux règles impératives et d'ordre public applicables au siège de leur arbitrage. Elles doivent aussi tenir compte des règles des conventions internationales sur l'arbitrage qui se préoccupent d'une conduite équitable des procédures d'arbitrage.

Il est interdit aux parties de ne pas tenir compte des règles qui seraient contraires au principe d'égalité de traitement.

---

<sup>25</sup> Karaha Bodas Co, 364 F 3d at 292-94 ; Int'l Standard Elec Corp v Bidas Sociedad Anonima Petrolera, 745 F Supp 172,, 177 (US Dist Ct (SDNY) 1990 « *Parties to international arbitration might prefer to equalize travel distance and costs to witnessess by selecting as a situs forum A, midpoint between two cities or two continents, and submit themselves to a different procedural law by selecting the arbitral procedure of forum B* »



S'il y en a, les parties devront alors aussi s'en tenir aux normes impératives prévues par les institutions arbitrales. Ainsi, pour le règlement CCI « *les parties ne sont pas autorisées à conclure une convention qui dispenserait le tribunal arbitral d'établir l'acte de mission ou de soumettre au préalable le projet de sentence arbitrale à la cour.* »<sup>26</sup>

Enfin les parties ne peuvent pas donner un pouvoir au tribunal qui affecte une tierce personne. Par exemple, le tribunal ne peut pas ordonner à un tiers de payer une somme d'argent alors que cette personne ne fait pas partie de l'arbitrage.<sup>27</sup>

La question qui se pose alors est de savoir si le tribunal est obligé d'accepter les modalités selon lesquelles les parties se sont mises d'accord pour apporter les éléments de preuve ? La réponse est à la fois positive et négative, c'est ce que nous allons voir dans le prochain paragraphe.

## **Section 2 : Le pouvoir discrétionnaire de l'arbitre**

### **§1. Le pouvoir de l'arbitre**

Il est rare en pratique que les parties règlent la question de la procédure applicable. Cette tâche revient donc le plus souvent à l'arbitre qui dispose alors des mêmes libertés et limites que celles qui sont accordées aux parties. Or, l'arbitre en choisissant la procédure applicable devant le tribunal, devra tenir compte des caractéristiques spécifiques du litige ainsi que des traditions juridiques des différents acteurs. L'arbitre doit alors avoir une connaissance générale des différents systèmes ainsi que de leurs spécificités afin de trouver une procédure qui convienne le mieux possible aux deux parties. Il devra aussi faire preuve de neutralité par rapport à ses propres origines. Lors

---

<sup>26</sup> E. Schaefer, H. Verbist, C. Imhoos, « L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale en pratique », Bruylant S.A Bruxelles, 2002, p.97

<sup>27</sup> N. Blackaby, C. Partasides, A.Redfern, M. Hunter; « Redfern and Hunter on international arbitration », 5<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2009, p.366-368



de cette mission délicate, l'arbitre devra essayer d'élaborer une synthèse correspondant aux attentes légitimes des parties tout en choisissant les règles qui permettent la meilleure issue pour le problème. L'arbitre ne doit pas favoriser une tradition au détriment d'une autre sans perdre des yeux les principes du contradictoire et de l'égalité de traitement des parties.<sup>28</sup>

La loi américaine donne aux arbitres un grand pouvoir discrétionnaire pour déterminer la procédure applicable dans un arbitrage. En revanche, les règles concernant les droits de la défense doivent à tout moment être respectées.

La liberté accordée à l'arbitre international français va jusqu'à lui permettre de reporter le choix de la procédure applicable à la fin du procès ou bien si un problème précis l'exige. Dans ce contexte, la loi française appuie clairement la théorie du « contrat sans loi » permettant, selon Nigel Blackaby, à l'arbitre d'adapter la procédure au cas par cas en écartant des règles générales d'application. Souvent critiqué pour faute d'imprévisibilité, les partisans de ce libéralisme, affirment que cela permet de distinguer l'arbitrage des procédures rigides devant les juridictions étatiques. En effet selon eux, le fait de choisir la loi qu'à la fin leur permettra de prendre la décision la mieux adaptée au cas précis. Les arbitres pourront, par exemple, mieux décider après avoir entendu les arguments des parties s'il est nécessaire de procéder à une audition des témoins.

Or cette différence d'opinions s'estompe par le fait que les lois nationales ont de moins en moins de règles impératives concernant les modes de preuves surtout en ce qui concerne l'arbitrage international elles se limitent à imposer quelques principes fondamentaux.<sup>29</sup>

Est-ce que l'arbitre pourra alors ignorer les modalités de preuve des parties ? Dans toutes les lois et règles arbitrales, il est mis que les arbitres doivent respecter le choix de la loi des parties. Cependant, ce principe devant être manié avec précaution, l'arbitre

---

<sup>28</sup> Y. Derains, «La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev.arb.*, 2004 n°4, p.781-783

<sup>29</sup> P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op cit*, note 17, p.649-650, §1203-1204



doit à tout moment concilier le choix des parties, l'efficacité et les principes d'égalité et du contradictoire et en même temps essayer d'éviter des délais supplémentaires et de diminuer les coûts de l'arbitrage. C'est un exercice très complexe.<sup>30</sup>

Ainsi, les arbitres ne devraient pas accepter des audiences trop longues et des productions de documents trop importants. Cette tendance est aussi marquée dans l'arbitrage de la CCI. L'article 15§2 du règlement prévoit que : « *Le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendues.* »

Cet équilibre délicat dont l'arbitre est constamment à la recherche résulte de la nature même de sa fonction. Fonction qui est juridictionnelle mais dont l'investiture est d'origine contractuelle. Les parties invoquent souvent cette origine contractuelle pour faire respecter le choix de leur loi.<sup>31</sup>

Dans la mission de l'arbitre qui a la responsabilité de contrôler l'instruction s'ajoute le pouvoir de décider de l'admissibilité ou l'admission de la preuve et d'en apprécier le caractère probant en cas de désaccord des parties. Il est ici unanimement admis que l'arbitre jouit d'une liberté très large. Or les règles d'admissibilité des moyens de preuve soulèvent en France du droit du fond, alors qu'en droit américain il s'agit d'une question procédurale.<sup>32</sup>

L'autonomie des parties est tempérée par cette liberté de l'arbitre, qui en cas de désaccord des parties va pouvoir déterminer l'admissibilité des modes de preuves et en apprécier leur force probante. En ce qui concerne l'évaluation du caractère probant des preuves, les arbitres vont souvent se référer dans ce cas à leur tradition juridique. Ainsi un arbitre français va se référer à « l'intime conviction du juge » alors qu'un arbitre américain va appliquer le principe de la « *balance of probability* » ou « *preponderance of the evidence* ». Ce pouvoir discrétionnaire fait de l'évaluation des preuves en arbitrage

---

<sup>30</sup> D. Matray. et G. Matray, «L'administration de la preuve en matière d'arbitrage», Bruylant, 2009, p.25

<sup>31</sup> D. Matray et G Matray op cit. p. 26

<sup>32</sup> M. de Boisséson, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », GLN Joly, 1990, p. 733



international une décision entièrement personnelle de l'arbitre. Les arbitres internationaux rejettent rarement des preuves. Ce sera le cas uniquement si celles-ci prolongent inutilement la procédure ou bien si elles sont excessivement lourdes, diffamatoires ou insignifiantes.<sup>33</sup>

L'autorité pour l'arbitre international de déterminer l'admissibilité des preuves et en apprécier le caractère probant a été retenu entre autres par la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, (article 19), par le règlement CCI (article 20§1), par les IBA rules (article 9(a)). De plus une décision de la cour de district de New-York a retenu que « *Arbitrators, like courts, may weigh the probative value of the testimony against the risk of wasting time, prolonging hearings, and confusing issues...Arbitrators are charged with the duty of determining the relevance of evidence.*»<sup>34</sup> L'article 16 du règlement de l'AAA dit que : « (...) *The tribunal may in discretion direct the order of proof, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence, and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case. Documents or information supplied to the tribunal by one party shall at the same time be communicated by that party to the other party or parties.* »

Ces règlements permettent à l'arbitre d'influencer fortement le déroulement de la procédure en dépit de ce qu'ont prévu les parties.

## **§2. Egalité des parties et respect du contradictoire**

Même si les arbitres connaissent une grande liberté dans l'admissibilité, l'exclusion et la manière d'administrer les preuves, cet exercice est pourtant précisément limité.

---

<sup>33</sup> R. Pietrowski, «Evidence in international arbitration», Arb. Int'l, Vol. 22, n°.3, LCIA, 2006, p. 6-7

<sup>34</sup> *Iron Ore Company of Canada v. Argonaut Shipping, Inc*, XII YBCA 173 (1987) (SDNY, 1985), published in the Award Service of the society of maritime arbitrators, Inc No 2065, and extracted in XI YBCA 197, 1986



Quelles que soient les règles applicables au procès, les arbitres ne peuvent déroger au principe du contradictoire et au principe d'égalité de traitement des parties.<sup>35</sup> Ainsi, l'article V, §1, de la Convention de New York prévoit que la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence pourront être refusés si une des parties n'a pas pu faire valoir ses droits.<sup>36</sup> Toutes les législations modernes posent ainsi comme règles impératives ces garanties fondamentales du procès équitable. C'est ce que soutient aussi l'article 15 §2 du règlement CCI qui prévoit que : « *le tribunal arbitral conduit la procédure de manière équitable et impartiale et veille à ce que chaque partie ait eu la possibilité d'être suffisamment entendue.* » L'AAA dans son article 16 portant sur la conduite de l'arbitrage souligne que: « *Subject to these Rules, the tribunal may conduct the arbitration in whatever manner it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case.* » L'article 18 de la loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international indique aussi que les parties doivent être traitées sur un pied d'égalité et que chaque partie doit avoir toute possibilité de faire valoir ses droits.

Les Américains parlent du respect de « *due process* », cette notion se rapproche pour un juriste civiliste du principe de l'égalité des armes et du contradictoire.<sup>37</sup> Ces notions impliquent généralement pour les arbitres internationaux, le droit de chaque partie de soumettre ses preuves, le droit d'avoir connaissance des preuves de l'autre partie, le droit de participer aux interrogatoires tout en respectant le principe d'égalité des parties.

L'USC permet au tribunal dans l'article 9 section 10 (a)(3) de rejeter des sentences s'il y a eu corruption, fraude ou si les arbitres ont commis une faute en refusant par exemple

---

<sup>35</sup> G. Bolard, « Les principes directeurs du procès arbitral », Rev. arb. 2004, p.511, E. Loquin, « A la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage » CAPJIA 2008-2, p.5

<sup>36</sup> D.Matray, G. Matray, op cit, p.24

<sup>37</sup> D.Matray, G. Matray, op cit, p.24



de reporter une audience ou en réfutant des preuves sans raison valable ou tout autre comportement qui mettrait en cause les droits des parties.<sup>38</sup>

En France, l'article 1510 du CPC affirme que : « *Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction* ». Mais en même temps l'article 1506 impose aux parties ainsi qu'à l'arbitre d'agir avec célérité et loyauté dans la conduite de la procédure. L'arbitre devra alors toujours trouver un équilibre entre le principe du contradictoire et la maîtrise des coûts et de la durée de la procédure. Ce souci de limiter les coûts et les délais tout en garantissant le respect d'être entendu, a conduit la CCI à créer un groupe de travail chargé de rédiger un rapport sur les « *techniques pour maîtriser le temps et les coûts dans l'arbitrage* ». <sup>39</sup>

La CA de Paris a jugé en 2011, que le principe d'égalité s'imposait en arbitrage en interdisant aux arbitres de rejeter des demandes reconventionnelles des parties en raison de son impécuniosité.<sup>40</sup> Dès lors, dans la majorité des cas, l'arbitre peut conceptualiser une procédure sur mesure, ce qui est un des principaux avantages de l'arbitrage international.

Dans la deuxième section nous allons voir que ces libertés accordées à l'arbitre et aux parties tempèrent souvent les divergences existantes entre les deux traditions juridiques. Il en résulte la plupart du temps une procédure qui emprunte tant aux

---

<sup>38</sup> 9 USC s 10 (a)(3) : « *In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration – (1) where the award was produced by corruption, fraud, or undue means; (2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them; (3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or (4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter was not made.* ».

<sup>39</sup> Bull. CCI, Vol 18, n° 1-2007, p.23

<sup>40</sup> Paris, 17 nov. 2011, D. Cohen « Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ? », Cah. arb. 2012, n°1, p.159



systèmes de droit civil qu'aux systèmes de la common law.<sup>41</sup> M. Matray parle même « d'esperanto de procédure ». <sup>42</sup>

Cette pratique libérale présente trois avantages : Tout d'abord il n'y a pas de raison pour que les règles applicables devant les juridictions étatiques doivent être appliquées en arbitrage international. Deuxièmement, en permettant cette coopération entre les parties et le tribunal, on permet de développer des règles adaptées au cas précis et de respecter les demandes et attentes de chacune des parties en promouvant l'égalité. Finalement cette approche permet d'atténuer les différences culturelles en s'accordant à une procédure de règles hybrides. <sup>43</sup>

## **Chapitre 2: Les modes de preuve et synthèse des traditions juridiques**

La pratique de l'arbitrage international qui a donné lieu à des procédures ayant des traits caractéristiques à la fois des familles de common law et romano-germanique en matière d'administration de preuve, s'applique non seulement lorsque s'opposent des parties américaine et française, mais aussi de plus en plus dans des litiges opposant des parties issues de la même famille.<sup>44</sup> Comme on le verra, la pratique arbitrale en matière de preuve documentaire est largement inspirée du système civiliste alors que la preuve orale tient de la tradition anglo-américaine. Or avant de se lancer dans l'analyse des différents modes de preuve, il faut bien comprendre les conceptions du procès et du rôle du juge pour chacune de ces traditions. Bien que ces divergences

---

<sup>41</sup> K-H.Böckstiegel, P. Berger, J. Bredow, « The taking of evidence in international commercial arbitration », Carl HeymannsVerlag, German institution of Arbitration, 2010, pp. 2

<sup>42</sup> D. Matray, G. Matray, op cit, p. 22

<sup>43</sup> J. Lew, L. Mistelis, S. Kröll « Comparative international commercial arbitration », Kluwer Law International, 2003, p. 557-560

<sup>44</sup> Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev.arb. 2004, n°4, p. 786



soient beaucoup plus d'ordres théorique et historique, elles jouent cependant encore un grand rôle dans la pratique actuelle.

## **Section 1 : Les différentes conceptions du rôle du juge et du procès**

Avant d'étudier les dissemblances qui peuvent exister dans l'administration de la preuve en France et aux Etats-Unis, il faut d'abord comprendre les conceptions différentes du procès lui-même. Cette distinction gouverne l'administration des preuves dans les deux systèmes.<sup>45</sup>

### **§1. La vérité des faits et les prétentions des parties**

Dans les pays de common law, le juge et les parties cherchent à obtenir une vérité des faits, alors que dans les pays de tradition romaniste, le juge se préoccupe des prétentions des parties telles qu'elles ressortent des documents échangés.<sup>46</sup>

En France, le juge est saisi par un litige, entendu comme l'expression juridique des prétentions des parties. L'administration de la preuve ayant alors une fonction secondaire, celle de concrétiser les prétentions des parties. La préoccupation principale pour le juriste des pays de droit civil est donc de définir correctement le problème juridique les faits sont donc là pour contribuer à étayer celui-ci. La demande en justice est un acte initial et essentiel fixant les limites de la saisine du juge

La common law par contre, privilégie la procédure selon l'ancien adage « *remedies precede rights* ». <sup>47</sup> Les preuves conditionnent l'expression juridique de la demande et la

---

<sup>46</sup> Y. Derains, « Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux - Un point de vue continental », in, La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2006, p. 89

<sup>47</sup> R. David, « L'arbitrage dans le commerce international », Paris, Economica, 1982, p.149



formulation de celle-ci ne se fera qu'après que chacune des parties aura eu connaissance de tous les faits.<sup>48</sup> Ici la véritable procédure n'intervient qu'après une première phase, le pre-trial, lors duquel toutes les preuves sont rassemblées.

Ce sont deux approches différentes, en ce sens que l'une privilégie le droit au détriment de la procédure et vice versa. La tradition civile veut faire apparaître la vérité juridique et les pays de common law essaient de fournir à chaque partie les fonds égaux et loyaux pour le succès du meilleur en accordant une importance secondaire au fond du litige.<sup>49</sup>

Dans la procédure américaine, la partie formule un « complaint » qui est un simple résumé de la demande, formalité qui permet de désigner le juge. C'est alors qu'est enclenché un « pre-trial », une procédure d'investigation des faits. Selon M. Wright ce pre-trial a pour fonction d'éclairer les parties et le tribunal sur les faits litigieux: « *the idea is that civil trials not to be carried on « in the dark » so that the trial is less a game of blind man's bluff and more a fair contest with the basic issues and facts disclosed to the fullest practicable extent.* »<sup>50</sup>

## **§2. Le pouvoir de direction du juge**

Cette différente conception du procès se traduit aussi dans le pouvoir de direction du juge. Le juge d'un pays de droit civil soucieux avant tout de la vérité juridique, pourra circonscrire les débats aux points qu'il juge pertinents, refuser des preuves, procéder à l'interrogation des témoins, ordonner seul la production de certains documents, etc. Le fait étant le domaine exclusif des parties et le droit, celui du juge : « *Da mihi factum, dabo tibi jus* »

Les pouvoirs du juge de common law sont orientés dans une optique différente, celle de donner aux parties tous les moyens égaux relatifs à la connaissance des faits afin

---

<sup>48</sup>Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev.Arb., 2004, n°4, p.786

<sup>49</sup>Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev.Arb., 2004, n°4, p 786

<sup>50</sup> M. Wright, Law of Federal Courts, §81, et les commentaries



d'assurer une procédure loyale. Il n'agit pas *proprio muto*, comme le juge des pays civils, mais à la demande d'une partie.<sup>51</sup>

### **§3. Le rôle de l'audience**

Le plus grand écart semble exister dans le rôle de l'audience. Il y a une prépondérance orale du procès aux Etats-Unis alors qu'en France, la procédure est principalement écrite où pratiquement tout se joue lors de l'échange des mémoires, accompagnés des preuves documentaires.

Ces dissemblances influent sur la communication des pièces, les témoignages et les expertises en arbitrage international, les parties ayant des attentes différentes quant au déroulement de l'audience ou des pouvoirs de l'arbitre par exemple.

Cette seconde section sera consacrée à la preuve documentaire, la preuve testimoniale, l'expertise et enfin se terminera par un bref aperçu de la descente sur les lieux et des problèmes croissants que pose la preuve électronique.

## **Section 2 : Les modes de preuves**

### **§1. La preuve documentaire**

La preuve documentaire en arbitrage est l'un des exemples les plus remarquables de fusion entre les différentes approches de procédure civile.<sup>52</sup> Dans chaque arbitrage, les parties soumettent à l'arbitre leurs mémoires accompagnés des preuves à l'appui de leur défense. La preuve documentaire est le mode de preuve le plus utilisé en arbitrage. La

---

<sup>51</sup> G. Rouhette, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de common law », *Rev.arb.*,1974.237, p. 240

<sup>52</sup> Gabrielle Kaufman-Kohler, « Globalization of arbitral procedure », *Vand. J. Transnat'l L.*, 2003, p.1325



notion de documents est très large, elle comprend entre autres, des lettres, fax et emails échangés entre les parties, des contrats, des traces écrites de discussions ou d'appels téléphoniques, des instruments financiers, des factures, des licences. Sont aussi admis en tant que preuves documentaires les documents sous forme de CD, des enregistrements audiovisuels ainsi que des disques durs.<sup>53</sup>

Plusieurs questions se posent pour ce mode de preuve.

La question de l'admissibilité se pose rarement pour les preuves documentaires. L'arbitre n'est pas contraint à tenir compte des règles légales en vigueur devant les juridictions étatiques. A défaut de précision par les parties, l'arbitre jouit d'une grande liberté. Seules les preuves obtenues qui seraient contraires à l'ordre public sont écartées.

En outre, si les parties ont prévu qu'une preuve est couverte par le secret professionnel et des règles de confidentialité, l'arbitre devra en tenir compte. Or, la plupart des lois et des règles d'arbitrage sont silencieuses à ce sujet. Dans les arbitrages internationaux, la question de la confidentialité n'est pas entérinée par des textes. C'est alors aux parties de décider de son existence et de son étendue.<sup>54</sup> La solution la plus appropriée semble être de faire profiter les deux parties de la protection la plus large en respectant le principe d'égalité.<sup>55</sup>

Il y a deux courants opposés à propos de cette question. Certains estiment que la confidentialité est un élément inhérent à l'arbitrage et qu'il y a une obligation générale de confidentialité. Ainsi cette confidentialité permet aux acteurs de régler leur différend sans prendre le risque de dévoiler des informations qui pourraient leur nuire sur le marché ou encore de révéler leur savoir-faire et leurs technologies. D'autres en revanche

---

<sup>53</sup> J. Lew, L. Mistelis, S. Kroell, «Comparative International Commercial Arbitration», Kluwer Law International, 2003, p. 564

<sup>54</sup> H-J Nougéin, R. Dupeyré, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p. 216

<sup>55</sup> A. Schlaepfer, P. Baertsch, « A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators », RDAI, n°3, 2010, p. 211



affirment que la confidentialité nuit à la transparence et à l'efficacité de l'arbitrage.<sup>56</sup> La confidentialité dans l'arbitrage est un sujet compliqué qui mérite une étude à part, le focus de cette analyse repose sur les preuves documentaires et orales.

Les documents présentés par les parties peuvent être divisés en différentes catégories : Tout d'abord, il y a la production spontanée de documents détenus par chaque partie (1) les documents qui se trouvent entre les mains de la partie adverse et dont l'adversaire veut se servir, c'est la question de la *discovery* (2) le refus d'une partie d'obtempérer à la demande de production par l'arbitre (3) les pièces en possession d'un tiers et l'intervention judiciaire pour la production de documents (4).

Du fait de l'influence des cultures procédurales nationales sur les avocats et les arbitres, les praticiens ont dû faire preuve d'ingéniosité pour concilier ces deux systèmes afin de respecter les attentes des parties. Ainsi comme l'ont noté M. Kimmelman et Mme MacGrath : « *La nationalité ainsi que la formation et l'expérience juridique des participants à un arbitrage international peuvent avoir une incidence significative sur l'étendue de la communication des pièces dans l'affaire (...) L'arbitrage international aux Etats-Unis reproduit souvent le processus de communication de pièces tel qu'il se déroule devant les tribunaux étatiques aux Etats-Unis.* »<sup>57</sup>.

### 1. La production spontanée des pièces par les parties

La production spontanée des documents par les parties forme la source principale de preuves sur lesquelles se base l'arbitre. La quantité de documents produits par les parties différant d'un cas à l'autre, certaines difficultés peuvent surgir. Parfois, il y a un manque de documents pertinents auxquels l'arbitre peut se référer. Ou encore contradictoires ou incompréhensibles, ils peuvent aussi refléter que partiellement la

---

<sup>56</sup> J. Waincymer, « Procedure and evidence in international arbitration », Wolters Kluwer, Law & Business, 2012, p.797-800, n°10.16.7

<sup>57</sup> L.B Kimmelman, D.C MacGrath, « La production des documents aux Etats-Unis », in, in, La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2006, p.57



vérité. D'autre part le nombre de pièces produites peut aussi poser problème et il se peut que des pièces essentielles se perdent dans la masse, ou bien que l'arbitre n'arrive pas à les identifier. Cet obstacle se produit de plus en plus avec la production de documents sous la forme électronique. (Emails, disques durs, etc). En effet l'énorme masse de documents produits par les parties, surtout dans des litiges hautement techniques, constitue de nos jours un grand souci en arbitrage international.<sup>58</sup>

## 2. La demande de production de pièces en possession de l'adversaire

La véritable difficulté à laquelle sont confrontés les arbitres est la production de documents en possession de l'adversaire. La communication des pièces dans la tradition romaniste ne vient qu'étayer la demande des parties, c'est une illustration juridique de l'instance, alors que la communication des pièces dans les pays de common law est un élément constitutif de l'instance. On parle ici de la fameuse notion de « *discovery* » que beaucoup de juristes civilistes ont du mal à cerner. Dans les pays anglo-saxons, il y a une obligation pour les parties de produire spontanément tous les documents et informations à leur disposition même si cela pourrait nuire à leur défense.<sup>59</sup> C'est l'esprit de la *discovery* tel qu'elle est décrite par Lord Denning : « *Discovery of documents is a most valuable aid in the doing of justice. The court orders the parties to a suit, both of them, to disclose on oath all documents in their possession or power relating to the matters in issue in the action...The reason for compelling discovery of documents in this way lies in the public interest of discovering the truth so that justice may be done between the parties. That public interest is to be put into the scales against the public interest in preserving privacy and protecting confidential information. The balance comes down in the ordinary way in favor of the public interest of discovering the truth, i.e in making full disclosure.*»<sup>60</sup>

<sup>58</sup> A. de Lotbinière, Mc Dougall, N. Bouchardie, « L'arbitre international et la preuve documentaire », RDAI, n°4, 2008, p. 512

<sup>59</sup> M. De Boissésou, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », GLN Joly, 1990, p. 735

<sup>60</sup> « *Riddick v. Thames Board Mills Limited* » Court of Appeal, Lord Denning, M. Stephenson and Waller L.J.J 8,9,10<sup>th</sup> February, 11<sup>th</sup> march 1977. 3 all E.R. 677 C.A



Alan Redfern et Martin Hunter ont très justement affirmé que : « *Pour un juriste de droit romano-germanique cela ne veut rien dire ; pour un juriste américain cela comprend ne désigne que la communication des pièces.* »<sup>61</sup>

Pour bien comprendre l'enjeu ici, il faut revenir à distinction de notion entre charge de la preuve et administration de la preuve. En effet, il faut distinguer les règles relatives à la charge de la preuve<sup>62</sup> et celles relatives à l'administration de la preuve. Les premières déterminent à qui incombe de prouver le fait décisif pour gagner le procès. Les règles d'administration de la preuve établissent la technique selon laquelle la preuve est apportée.<sup>63</sup> Les droits américain et français appliquent tous les deux l'adage « *actori incumbit probatio* », et il n'y a donc pas de malentendu quant à la charge de la preuve, or la différence entre les deux systèmes concerne l'accès à ces preuves.

Il faut bien comprendre que le problème se pose au niveau de l'accès à ces éléments de preuve. Une partie A peut-elle contraindre son adversaire B à lui octroyer des documents pour alléguer les faits sur lesquels elle base sa défense ?

La famille de common law applique ici le principe de la *discovery* qui est inconnue dans les pays de tradition civiliste.

Pour comprendre la notion de *discovery* issue de la tradition anglo-américaine, il faut revenir à la procédure civile applicable devant les tribunaux aux Etats-Unis. Ici la procédure se déroule en deux temps : d'abord le *pre-trial* qui se déroule de façon «privée» entre les parties et au cours duquel est établi un état de fait et la liste des questions à trancher devant le tribunal. Cette phase prépare le procès et l'audience qui se tient ensuite dans une deuxième phase, le *trial*. Dans les pays de droit civil, cette

---

<sup>61</sup> A. Redfern, M. Hunter, « Law and Practice of International Commercial Arbitration », 3<sup>rd</sup> edition, London, Sweet and Maxwell, 1999, p.316, n°47

<sup>62</sup> Alors que l'administration de la preuve est clairement inscrite dans la procédure, d'autres aspects tels que la charge de la preuve posent des difficultés de classification. Dans la tradition de droit civil, la charge de la preuve relève du fond du litige alors que dans la common law elle est soumise au droit de la procédure.

<sup>63</sup> M. de Boissésou, « Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de commonlaw et les pays de tradition romaniste », in, Taking of evidence in international arbitral proceedings - The dossiers of the institute of international business and practice, ICC, 1990, pp.87-97



distinction n'existe pas et tout se déroule en une « procédure unique ». Les parties américaines ont l'habitude de recevoir avant l'audience un grand nombre de documents de la partie adverse.

Comme nous l'avons vu plus haut, dans l'esprit américain du procès, le but est d'arriver à une *vérité objective*. Ce qui sous-entend que les parties et le tribunal aient connaissance de tous les faits, même indirects, qui sont liés au litige.<sup>64</sup> La *discovery* permet de répondre à cette exigence. Les parties doivent mettre à la disposition de leur adversaire tous les documents en leur possession pour permettre la préparation de la défense.<sup>65</sup>

Une partie peut alors être sollicitée à verser tous les documents qu'elle détient à l'autre partie et au tribunal, même s'ils seraient défavorables à son cas ou que leur pertinence n'est pas encore établie,<sup>66</sup> ceci afin d'éviter des surprises lors du procès et d'arriver éventuellement à un accord avant celui-ci.

En effet la *discovery* selon le principe américain a trois objectifs principaux. Le premier est de présenter toutes les preuves documentaires que chacune des parties apporte à l'appui de sa cause. Le second consiste à informer précisément chacune des parties des pièces de la partie adverse pour éviter un « effet de surprise ». Enfin le dernier permet de mieux établir les faits en donnant aux parties accès aux documents pertinents qui ne sont pas en leur possession.

Deux aspects de cette *discovery* choquant les juristes civilistes, l'étendue que prend ce mode de communication et le fait que cette pratique oblige les parties à produire tous

---

<sup>64</sup> J. Thorens, « l'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la common law », in, Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, édité par C. Dominicici, R. Patry, C. Reymond, Helbing et Lichtenhahn, 1993, p.694

<sup>65</sup> H-J Nougéin, R. Dupeyré, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p.233

<sup>66</sup> R. H. Smith, « Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux – un point de vue Nord-Américain », in, La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2006, p. 102



les documents au tribunal et à la partie adverse même ceux qui pourraient lui nuire. <sup>67</sup>En *discovery*, les parties ont le droit d'obtenir des pièces de la partie adverse et des tiers, demandes sont souvent très étendues et qui engendre beaucoup de temps et des frais supplémentaires. <sup>68</sup> La *discovery* est un concept qui fait peur aux juristes de tradition civiliste qui craignent une américanisation de la procédure arbitrale internationale.

En effet le droit romano-germanique considère que le tribunal arbitral viole sa neutralité en aidant une partie à obtenir de la partie adverse des éléments de preuve qui pourraient lui être défavorables. Les fonctions qu'occupe la *discovery* en droit américain sont remplies par d'autres moyens en droit français. (Par exemple : conclusion des parties, experts nommés par les tribunaux étatiques, etc.)

En France, les parties doivent uniquement mettre à disposition de leur adversaire et du tribunal les éléments qu'elles invoquent. <sup>69</sup> En effet, la tradition civiliste ne permet pas à une partie de contraindre son adversaire à lui soumettre toutes les preuves en sa possession. Une partie ne peut pas bâtir son argumentation sur des pièces en possession de l'adversaire ou d'un tiers. Cependant dans certaines législations modernes, telles qu'en France, il est permis, à la partie de demander de tels documents à condition qu'elle soit en mesure d'établir que ces documents sont nécessaires pour prouver son allégation. Le requérant devra alors identifier la ou les pièces spécifiques qui se trouvent en possession de l'autre partie. <sup>70</sup>

Aux Etats-Unis, le champ particulièrement large de la production de documents résulte du caractère contradictoire de la recherche des faits, abandonné au libre jeu processuel

---

<sup>67</sup> FED.R.CIV.P. 26(b)(1). La « *discovery* » à l'américaine est très large et comporte aussi les preuves testimoniales contrairement à l'Angleterre. En Angleterre, depuis la « *Woolf Reform of Civil Procedure* » de 1999 la *discovery* a été limitée et on parle désormais de « *disclosure* ». Celle-ci est plus restreinte et soumise à des conditions de proportionnalité par rapport à la complexité du cas.

<sup>68</sup> L. Kimmelman, D. MacGrath, op cit, p.45

<sup>69</sup> B. Hanotiau, « La production de documents dans l'arbitrage international, essai de définition des « meilleures pratiques », in, La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2006, p.122

<sup>70</sup> Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev.Arb., 2004, n°4, p. 795



des parties.<sup>71</sup> La règle 26 du Federal Rules of Civil Procedure permet à chaque partie de recevoir - sans intervention judiciaire - la communication de pièces congrues et non couvertes par le secret professionnel et à condition que cela vise à produire des preuves admissibles.

Ces quelques précisions ont pour but de montrer que selon le choix de la procédure, soit de common law soit de tradition civiliste, le procès peut se dérouler de façon très différente. Un accord précis est donc important dès le début entre les parties et aussi entre les avocats afin de ne pas créer un effet de surprise ou des inégalités.

Comment concilier ces procédures opposées en arbitrage international ?

L'application de la *discovery* et son étendue seront déterminées par les parties et à défaut par l'arbitre. Son application dépendra des caractéristiques de chaque cas et il est difficile de déterminer à l'avance la place qu'elle occupera lors du procès. Cependant une approche « internationale » s'est développée avec le temps.

*« La procédure arbitrale internationale combine ainsi le droit général de contraindre la partie adverse à communiquer des pièces, tel que l'on le trouve dans la procédure civile américaine, et l'obligation conformément à la procédure romano-germanique, d'identifier avec précision les pièces demandées et de montrer qu'elles sont pertinentes en l'espèce. »<sup>72</sup>*

Cette pratique permet donc à chaque partie de soumettre une liste de documents dont elle souhaite la communication à l'autre partie. Cette dernière devra alors communiquer ces pièces même si elles sont défavorables à sa défense.

Même si la *discovery* est admise en arbitrage international mais de façon limitée, elle reste cependant fortement critiquée et a été strictement circonscrite dans l'article 3 des

---

<sup>71</sup> G. Rouhette, « L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de common law », *Rev.arb*, 1974, p. 240

<sup>72</sup> R. H. Smith, « Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux – un point de vue Nord-Américain », in, *La production de documents dans l'arbitrage international - Supplément spécial*, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, 2006, p. 104



règles de l'IBA. Steven P. Finizio s'y réfère en l'appelant « le monstre de Frankenstein dans l'âge digital ». <sup>73</sup>

La *discovery* en arbitrage intervient au milieu de la procédure entre l'échange des mémoires et est donc décalée par rapport à la tradition américaine. Selon K. Sachs, ceci permet à l'arbitre, de se prononcer en connaissance de cause sur le caractère légitime de cette demande de production. <sup>74</sup>

Or selon Justin Thorens, il faut se méfier des mélanges incontrôlés des deux systèmes qui peuvent provoquer des résultats choquants. <sup>75</sup>

Cette pratique doit donc être appliquée avec prudence en tenant compte de la culture de chaque partie. Dans les pays de la famille de common law, les parties vont avoir une approche différente quant à la conservation de leurs documents et leur rédaction car elles anticipent les procédures de *discovery* pour ne pas être prises au dépourvu. Mais dans les pays de tradition civiliste, les parties ne sont pas habituées à être contraintes de produire des documents internes ou d'être interrogées en tant que témoin dans une affaire. Il y a donc plus de laxisme quant à la conservation de leurs documents. Ces différences doivent être prises en compte lors de la demande de production de documents par les arbitres. <sup>76</sup> La recherche de cet équilibre par les arbitres expérimentés conduit encore plus au processus de rapprochement des cultures juridiques diverses. <sup>77</sup>

La preuve documentaire étant la source principale en arbitrage international, celle-ci peut avoir une incidence capitale sur le temps et les coûts de la procédure. Il est important de contrôler l'échange de documents et les éventuels conflits. Il est donc

---

<sup>73</sup> S.P. Finizio, « Discovery in international arbitration: Frankenstein's Monster in the digital age », in, *The taking of evidence in international commercial arbitration*, German Institution of Arbitration, Vol 26, ed. Böckstiegel, Berger, Bredow, Carl HeymannsVerlag, 2010, pp. 57

<sup>74</sup> K. Sachs, « Use of documents and discovery : fishing expeditions versus transparency and burden of proof », *Zeitschrift für Schiedsverfahren*, Schieds VZ, 2003, p.193

<sup>75</sup> J. Thorens, « L'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la common law », in, *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Helbing et Lichtenhahn, 199, p.695

<sup>76</sup> Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2004 n°4, p.794

<sup>77</sup> Gabrielle Kaufman-Kohler, « Globalization of arbitral procedure », 36 *Vand. J. Transnat'l L.*, 2003, p.1328



préconisé de s'accorder au plus tôt sur ces modes d'instructions et de fixer un calendrier pour la production de documents afin d'éviter toute contestation.

Afin de faciliter la tâche aux arbitres, il est d'usage de synthétiser ces requêtes dans un tableau, sous la forme du « *Redfern Schedule* ». <sup>78</sup> Celui-ci consiste en un tableau à quatre colonnes. La première colonne identifie le ou les documents soumis. Dans la seconde colonne est inscrite la raison de la demande par la partie, la troisième permet à la partie adverse d'inscrire son objection à cette requête. Et finalement la quatrième colonne est laissée au tribunal pour y inscrire sa décision.

Description précise du document demandé (date, auteur, support...)	Motifs justifiant la demande de production	Observations et objections de la partie visée par la demande de communication	Décision du tribunal <sup>79</sup> arbitral
	Description de la pertinence de la demande au regard des faits à prouver dans le cadre de la démonstration juridique	Indication si la partie adverse accepte de produire le document ou si elle soulève une objection et, dans ce cas, les raisons de cette objection (confidentialité, perte...)	

Le règlement CCI n'aborde pas la question de la discovery, cependant il semble qu'elle accorde implicitement ce pouvoir aux arbitres. Le règlement AAA permet aux arbitres d'y recourir. <sup>80</sup>

<sup>78</sup> Dont il tient l'appellation du fameux arbitre anglais Alan Redfern

<sup>79</sup> H-J Nougéin, R. Dupeyré, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p. 235



### 3. Le refus de production de documents à la demande de l'arbitre

Lorsqu'une partie ne produit pas spontanément les documents, l'arbitre peut ordonner leur production. Si la partie refuse de produire le document ou adopte une attitude d'obstruction, le tribunal a plusieurs options.

Tout d'abord il va rappeler la partie à son obligation de bonne foi et de diligence.

Le tribunal arbitral ne disposant pas d'impérium était à l'époque impuissant face au refus d'une partie de produire des documents. Or il est admis aujourd'hui que l'arbitre peut assortir d'astreintes son ordonnance de production de documents, en référence à l'article 1467 alinéa 3 auquel l'article 1506 renvoi expressément pour l'arbitrage international : « *Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de la produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin sous peine d'astreinte* ». Selon une jurisprudence confirmée par la CA de Paris dans son arrêt du 7 octobre 2004 : « Son caractère comminatoire et de peine privée ne saurait permettre de l'assimiler à un acte d'imperium, son prononcé ne caractérisant donc pas un outre passage de la mission d'arbitre. »<sup>81</sup>

Finalement l'arme la plus dissuasive consiste en ce que les arbitres tirent des « inférences négatives » de ce refus et qu'ils concluent que ces documents n'ont pas été produits parce qu'ils sont défavorables à la partie. Ce pouvoir de l'arbitre remédie à l'absence d'imperium et elle est couramment admise.<sup>82</sup> C'est aussi ce qu'ont retenu les règles de l'IBA dans l'article 9 (5).

---

<sup>80</sup> Article 25 (1) du règlement CCI et article 19(2) du règlement AAA, et commentaire de L. Vercauteren « The taking of document evidence in international arbitration, Am. Rev. Int'l Arb., 2012, p.341

<sup>81</sup> Henri-Jacques Nougéin, Romain Dupeyré « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p. 2489, note E. Jeuland, Rev. arb. 2005.739

<sup>82</sup> A. de Lotbinière McDougall, N. Bouchardie, « L'arbitre international et la preuve documentaire » RDA, n°4, 2008, p.517



Le règlement d'arbitrage de la CCI laisse aux arbitres la liberté d'ajuster la communication des documents aux cas précis. En évoquant l'article 25 (1) et sous condition de l'article 15(2) d'exercer cette mission de façon équitable et impartiale de façon à ce que « chaque partie ait (...) la possibilité d'être suffisamment entendue. »

#### 4. La production de documents par des tiers au procès

Certains pays, comme la France et les Etats-Unis, acceptent que l'arbitre puisse requérir l'intervention d'un juge étatique disposant de l'imperium pour ordonner la production des documents.

Or ces procédures n'étant efficaces que pour les parties résidant au siège de l'arbitrage,<sup>83</sup> il est préférable d'autoriser l'arbitre à assortir d'astreintes son ordonnance de production de pièces.<sup>84</sup>

Ce pouvoir est accordé en France dans l'article 1469 CPC. Le § 7 du FAA américain donne aux arbitres le pouvoir de citer à comparaître des tiers qui seraient en possession de documents. Or la question de l'intervention du juge étatique pour aider les arbitres a été longuement discutée aux Etats-Unis et n'est à ce jour toujours pas résolue. Selon l'article 28 section 1782 du USC portant sur l'assistance de tribunaux étrangers et internationaux, il est dit que « *le tribunal dans le ressort duquel se trouve une personne peut ordonner à celle-ci de paraître ou de produire un document dont il sera fait usage dans le cadre d'une procédure à l'étranger.* »<sup>85</sup> Il y a eu débat sur la question de savoir si « tribunal étranger ou international » utilisé par ce texte faisait aussi référence aux tribunaux arbitraux. Jusqu'à présent la jurisprudence américaine écarte les tribunaux

---

<sup>83</sup> Y. Derains, «La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Revue de l'arbitrage, 2004 n°4, p.795

<sup>84</sup> A. de Lotbinière, Mc Dougall, N. Bouchardie, « L'arbitre international et la preuve documentaire », RDAI, n°4, 2008, p.517

<sup>85</sup> H-J Nougéin, R. Dupeyré, « Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso éditions, 2012, p.254



arbitraux de l'application de cet article.<sup>86</sup> La cour suprême ne s'est pas encore prononcée à cet égard.<sup>87</sup>

Un compromis a donc été trouvé en arbitrage international. La preuve documentaire qui est fortement influencée par la tradition civiliste autorise cependant de façon limitée la production de documents sous le contrôle de l'autre partie ou d'un tiers. Les différentes parties ne doivent cependant pas produire massivement et automatiquement tous les documents à leur disposition.<sup>88</sup>

Or, même si l'obligation de produire des documents est acceptée en pratique, celle-ci ne joue qu'un rôle secondaire. La production des documents clairement plus limitée que dans la procédure américaine ne permet pas à une partie de bâtir son dossier. Ce n'est qu'un supplément auquel les parties auront recours mais chacune des parties devra apporter ses propres preuves sur lesquelles elle va se baser pour défendre son cas.

## **§2. Les témoins**

La preuve orale, et plus précisément l'interrogation des témoins, en arbitrage international est majoritairement inspirée du système anglo-américain.<sup>89</sup> Cependant le pouvoir correcteur de l'arbitre permettra d'ajuster la preuve orale aux attentes des parties afin d'éviter tout « excès » de la pratique américaine.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> U.S District Court for the Northern District of Illinois Eastern Division, *Norfolk v. Ace Bermuda*, 15 juin 2009, n°09C3092

<sup>87</sup> *CF the American influence on international commercial arbitration*, FR buch 2012, Boeckstiegel.

<sup>88</sup> Bernard Hanotiau, « La production de documents dans l'arbitrage international : essai de définition des « meilleures pratiques », in, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage international de la CCI, La production de documents dans l'arbitrage international*, supplément spécial 2006

<sup>89</sup> L'importance qui est octroyée à la phase orale dans la tradition anglo-américaine s'explique par son caractère principalement accusatoire et par la présence du jury dans les procès.

<sup>90</sup> A. Mourre, « L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état des lieux et perspectives d'évolution », in, J. Rosell, *Les arbitres internationaux*, Société de Législation comparée, 2005, pp.153



L'arbitrage commercial international a lentement dégagé des usages uniformes en la matière qui s'appliquent indépendamment de l'origine des parties. La pratique actuelle d'administration de la preuve orale se résume principalement autour de trois questions :

Premièrement, la notion de témoin, (1) la « préparation » des témoins (2), les modalités d'interrogatoire des témoins (3).

### 1. La notion de témoin

La notion de témoin prête à confusion car elle ne désigne pas les mêmes personnes selon qu'on se place du côté de la common law ou des pays de tradition civiliste. Pour cette dernière, la notion de témoin est beaucoup plus stricte. Ceci est dû à l'importance consacrée à l'idée d'indépendance des témoins. Ainsi, par exemple, le droit allemand ne permet pas aux parties elles-mêmes de témoigner.<sup>91</sup> La France a adopté une vision moins restrictive de la personne du témoin tant en arbitrage interne qu'international. Les parties peuvent être témoins à condition de respecter des règles spéciales.<sup>92</sup> Dans les droits de common law, ces restrictions n'existent pas. Ici la notion de « *witness* » recouvre toute personne qui permet d'étayer les faits de l'affaire. C'est ainsi que les experts sont considérés comme des *witness* en common law. En cas d'absence de directives appropriées par l'arbitre, cette différence de définition peut désavantager les parties d'origine continentale qui estiment qu'elles n'ont pas ou peu de témoins à leur disposition.<sup>93</sup>

En arbitrage international, la pratique a retenu la notion de *witness* au sens anglo-américain. C'est ce que témoigne l'article 25(3) du règlement d'arbitrage de la CCI.

---

<sup>91</sup> P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, op cit, p. 699, n°1280

<sup>92</sup> H-J. Nougéin et R. Dupeyré, « règles et pratiques du droit français de l'arbitrage, Lextenso, 2012, p.236 et P. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, op cit, p.699, n°1280

<sup>93</sup> Y. Derains, « Le témoin en matière d'arbitrage international », in, Mélanges en l'honneur de François Knoepfler édités par François Bohnet et Pierre Wessner, Collections Neufchâteloise, Helbing et Lichtenhahn, 2005, p.228



Cette souplesse permet à l'arbitre d'entendre toute personne pertinente sans avoir à se préoccuper des restrictions d'admissibilité des témoignages. Ceci est rendu possible du fait que les témoins ne prêtent habituellement pas serment en arbitrage international et dès lors la distinction entre témoin et expert perd beaucoup de son importance. En France, il est admis que les arbitres sont des personnes privées et ils ne peuvent pas demander aux personnes de prêter serment.<sup>94</sup>

Si la flexibilité des auditions peut être un avantage, elle se caractérise aussi par une absence de formalisme qui peut générer de la méfiance de l'arbitre face aux déclarations des témoins. L'arbitre est donc beaucoup plus libre selon Alex Mourre du fait que les déclarations du témoin n'ont d'autre valeur que ce qui leur accorde l'arbitre en son for intérieur. De plus, Yves Derains écrit que : « *dans la grande majorité des cas, les témoins sont des employés des parties, si ce n'est leur représentants légaux. Plus que porteurs de preuves complémentaires aux documents qui se trouvent déjà dans le dossier, ils contribuent surtout à les expliquer et à les confirmer que l'interprétation de la partie qui les présente est correcte.* »<sup>95</sup>.

En arbitrage international, la preuve orale ne vient que conforter la preuve écrite et y est intimement liée.

L'influence anglo-américaine de la preuve orale est tempérée cependant par le pouvoir modérateur de l'arbitre, qui peut décider des personnes qu'il veut entendre comme témoins et ainsi refuser un témoin proposé par une partie ou même convoquer un témoin de son choix.<sup>96</sup> L'arbitre sera privé de ce pouvoir uniquement si les parties limitent la pratique de témoignage dans leur convention d'arbitrage. Ce pouvoir de l'arbitre inconnu dans la tradition de common law atténué en quelque l'absence de définition précise de la notion de témoins pour ces derniers.

---

<sup>94</sup> Article 1467 du CPC

<sup>95</sup> Y. Derains, « la pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », Rev. Arb. 2004, p.798

<sup>96</sup> P. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, note 17, p. 698, n°1277



## 2. La « préparation » des témoins

Le coaching des témoins par l'avocat étant un usage courant dans les pays de common law peut poser des problèmes dans un arbitrage international confrontant des parties qui considèrent que cela est contraire à la déontologie.<sup>97</sup> C'est la raison pour laquelle le barreau de Paris a adopté le 26 février 2008 un texte afin d'assurer le respect d'égalité entre les parties : « *dans le cadre des procédures d'arbitrage international, situées en France ou à l'étranger, il entre dans la mission de l'avocat de mesurer la pertinence et le sérieux des procédures applicables. Dans ce même contexte, la préparation du témoin par l'avocat avant son audition ne porte pas atteinte aux principes essentiels de la profession d'avocat et s'inscrit dans une pratique communément admise où l'avocat doit pouvoir exercer pleinement son rôle de défenseur.* »<sup>98</sup>

Dans la pratique, il est admis que les avocats préparent leurs témoins au nom de l'égalité de traitement des parties.<sup>99</sup> Ceci est un des points les plus délicats et cruciaux de la défense des intérêts d'une partie. En effet l'avocat déterminera ici avec le témoin, les questions qui pourront lui être posées et ils examinent ensemble les réponses afin de servir au mieux les intérêts de la partie. Ensuite le témoin sera aussi préparé à un éventuel contre-interrogatoire. Ces pratiques sont inspirées du système américain. Cependant, cette préparation de témoins ne doit pas être confondue avec la technique américaine de « *depositions* » qui constitue une audition des témoins, en dehors du tribunal, par les conseils des deux parties, l'audience étant ensuite une simple reproduction de ces « *depositions* ». Cette pratique quasiment inconnue<sup>100</sup> en arbitrage est coûteuse et longue, les témoins ne faisant que récapituler ce qu'ils ont préparé lors des « *depositions* ». Cette préparation des témoins permet d'un côté de concentrer

<sup>97</sup> H-J. Nougéin et R. Dupeyré, « règles et pratiques du droit français de l'arbitrage, Lextenso, 2012, p.241

<sup>98</sup> X. Normand-Bodard, « La préparation du témoin en arbitrage international », Petites Affiches, 30 avril 2008, n° 87, p.4. Bulletin du Barreau de Paris, n 9, mars 2008, p. 45

<sup>99</sup> G. Kaufmann-Kohler, « Globalization of arbitral procedure », 36 Vand. J. Transnat'l L, 2003, p.1329

<sup>100</sup> Elle peut être admise uniquement sur accord des conseils des deux parties, or c'est rare



l'interrogatoire sur les questions pertinentes au procès et de faciliter la compréhension du dossier mais d'un autre côté, elle enlève toute spontanéité aux témoignages.<sup>101</sup>

### 3. Les modalités de l'interrogatoire des témoins

La trame générale ici est celle de la common law. L'arbitre n'interroge pas les témoins comme c'est le cas devant les juridictions continentales. En revanche, l'interrogatoire se déroule en deux temps. Les témoins sont d'abord interrogés par l'avocat de la partie qui les a proposés, c'est la *direct examination*, ensuite par le conseil de l'autre partie lors de la *cross examination*. L'arbitre pourra à ce moment éventuellement poser des questions. La *cross examination* est le moment le plus important de l'interrogatoire car elle permet de vérifier la crédibilité du témoin.

Il est regrettable que la *direct examination* se réduise parfois à une confirmation d'une déclaration écrite du témoin. Cette déclaration écrite ou *witness statement* retient l'identité du témoin, ses relations avec la partie, décrit ses qualifications et fonctions et finalement l'exposé des faits de son témoignage. Elle accompagne généralement la production de la liste des témoins qu'une partie souhaite faire entendre.

Cette pratique regrettable diminue la crédibilité du témoignage car ces déclarations sont souvent écrites par les conseils eux-mêmes, et les témoins ne répètent que le contenu de l'écrit. Le témoignage se résumera alors à la *cross examination*. Selon A. Mourre: « *Cette pratique procède du souci des arbitres internationaux d'assurer le respect du contradictoire. L'absence d'un statut du témoin devant l'arbitre, le non formalisme des auditions et la liberté des conseils de préparer les témoins, pourraient en effet permettre à une partie d'utiliser les auditions pour introduire par surprise des nouveaux éléments dans les débats...* »

---

<sup>101</sup> A. Mourre, « L'administration de la preuve », in Les arbitres internationaux, éditions de la société de législation comparée, 2005, p.157



Il y a un désaccord entre les limites de la *cross examination*. Certains estiment qu'elle doit être restreinte à la matière traitée par le témoin dans sa déclaration écrite afin de respecter le principe de l'égalité des parties et ne pas prendre par surprise l'autre partie qui pourra alors préparer son contre-interrogatoire avant l'audience. D'un autre côté, il y a ceux qui considèrent que la *cross examination* ne devrait pas se limiter à cela mais elle pourrait porter sur tous les points du litige afin de préserver plus de flexibilité et de spontanéité.<sup>102</sup>

Ainsi en vue de diminuer les coûts et promouvoir l'efficacité de la procédure, il est devenu usuel de demander aux parties de soumettre avant les audiences des déclarations écrites des témoins.<sup>103</sup>

Ainsi la pratique arbitrale internationale en matière de l'administration de la preuve orale est principalement inspirée de la common law. Par contre, cette influence est atténuée par les déclarations écrites qui enlèvent le caractère oral à la procédure. De plus certains aspects tels que le pouvoir des arbitres de refuser des témoignages ou de proposer des témoins ainsi que les limites de temps imposées, sont d'inspiration civiliste et inconnues aux praticiens anglo-américains. Finalement, sous la pression des praticiens d'origine continentale l'interrogation des témoins en arbitrage international, dépourvu de règles strictes à l'américaine dans la *direct et cross examination*, fait de la preuve orale en arbitrage international une pratique entièrement nouvelle.

### **§3. Les experts**

Le troisième mode de preuve en arbitrage international constitue la preuve par expert.

---

<sup>102</sup> A. Mourre, *op cit*, p.160 et « Take the witness : Cross-examination in international arbitration », ed. L.W. Newmann, B. Sheppard Jr. , Juris, 2010, pp. 77

<sup>103</sup> A. Schlaepfer, P. Baertsch, « A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators », RDAI, n°3, 2010, p.215



Comme nous venons de le voir, en common law, les experts font partie de la catégorie des *witness*, ils sont appelés à éclairer le juge sur des problèmes techniques ou sur le droit étranger, alors que dans les pays de droit continental, la nomination d'un expert est une mesure d'instruction ordonnée par le juge à la demande d'une partie ou de sa propre initiative.

La pratique arbitrale a fait un mélange des deux systèmes et propose deux méthodes d'expertise pour éclairer l'arbitre sur des questions techniques, financières ou juridiques.

D'une part le tribunal arbitral peut procéder à la nomination de ses propres experts, d'autre part, à l'image de la tradition de common law, chaque partie présente son ou ses experts au tribunal et ceux-ci seront alors soumis à une *direct examination*, une *cross examination* et une *re examination*. Le tribunal évaluera alors ces preuves.<sup>104</sup>

*Les experts du tribunal arbitral* : Il est rare qu'un tribunal arbitral désigne ses propres experts à moins que ce pouvoir leur soit expressément conféré. Le corollaire à ce pouvoir consiste en ce que les parties peuvent commenter le rapport de cette expertise, souvent durant un interrogatoire lors de l'audience.<sup>105</sup>

*Les experts présentés par les parties* : Cette pratique n'est pas tout à fait satisfaisante puisqu'il est rare qu'un arbitre, lors d'un débat sur une question hautement technique, ait la connaissance suffisante pour pouvoir écarter rationnellement une expertise professionnelle plutôt que l'autre. Pourtant, cette méthode semble être utilisée souvent dans des arbitrages internationaux. Pour les cas très compliqués, l'arbitre préfère désigner un seul expert.

Cette preuve est généralement soumise en forme d'un rapport écrit d'expert avant l'audience et en même temps que les déclarations écrites des témoins.

---

<sup>104</sup> Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.*, 2004, n°4, p.797

<sup>105</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op cit.*, note 27, p.407



Une expertise peut être ordonnée pour n'importe quelle question technique. En ce qui concerne les catégories d'experts admissibles, elles sont de toutes sortes. Il peut s'agir d'ingénieurs, de comptables, d'avocats pour des questions d'un droit étranger.<sup>106</sup>

En France une distinction est faite entre la personne de l'expert, qui est un auxiliaire de la justice et l'expertise qui est un mode de preuve. Même si cette expertise est de nature subjective, en France, on y consacre une valeur plus importante qu'aux déclarations des témoins. Ainsi dans les pays de droit civil, un expert n'est pas soumis à une telle *cross examination*.<sup>107</sup>

Les experts doivent être indépendants et faire preuve de neutralité. Ils ont pour principale obligation d'être loyaux à l'égard du tribunal arbitral. La question de l'interaction entre les experts et le conseil soulevant souvent des difficultés, il est important que ces contacts n'influencent pas le contenu même du rapport.<sup>108</sup>

#### **§4. La descente sur les lieux**

Ce point de l'administration de la preuve en arbitrage international manque de précision. La preuve peut porter sur une machine, un document, un immeuble, etc. Les objectifs recherchés ici changent en fonction du cas. Elle permet, soit de constater l'état de l'objet, soit d'éclairer l'arbitre sur l'enjeu réel des problèmes.<sup>109</sup> Cette descente sur les lieux commence généralement par une préparation minutieuse de la visite en précisant ce qui va être montré, la liste des thèmes abordés lors des visites, une

---

<sup>106</sup> A. Redfern, M. Hunter, *op cit.*, note 27, p. 408

<sup>107</sup> Lawrence Craig, «Common Law principles on the taking of evidence», in, *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, 2001, p.20

<sup>108</sup> H-J. Nougéin et R. Dupeyré, « règles et pratiques du droit français de l'arbitrage », Lextenso, 2012, p.239

<sup>109</sup> A. Schlaepfer, P. Baertsch, « A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators », *RDAI*, n°3, 2010, p.216



limitation des participants et limitation dans le temps. Les déclarations des parties seront enregistrées lors de cette visite ainsi que les photos.<sup>110</sup>

### **§5. La preuve électronique**

Comme nous l'avons énoncé plus haut, l'usage de plus en plus fréquent d'outils électroniques comme mode d'administration de la preuve cause beaucoup de soucis aux arbitres. Les moyens électroniques modernes permettent de stocker et de produire beaucoup plus de documents, ce qui risque de ralentir la procédure et d'augmentera les coûts.

Plusieurs protocoles et lignes directrices ont été adoptés pour faire face à cette production de pièces électroniques en limitant l'échange aux documents pertinents. La commission de la CCI a également publié des lignes directrices afin de faciliter l'usage de documents électroniques dans une procédure arbitrale, c'est que nous allons voir plus loin.<sup>111</sup>

A part le risque de retarder la procédure, la preuve électronique pose beaucoup de souci par rapport à la politique de confidentialité. En France, la vie privée est un droit fondamental, ainsi la communication d'un document électronique peut être refusée avec l'argument qu'il s'agit de la propriété privée de la personne. Cependant les Etats-Unis n'ont pas une telle législation générale sur la protection des données. Ces derniers procèdent par secteurs pour réguler la question de confidentialité en mélangeant la loi aux régulations et à la soft-law.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Y. Derains, « La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Rev.arb.*, 2004, n°4, p.801

<sup>111</sup> Commission Report, *Techniques for managing Electronic document production when it is permitted or required in international arbitration*, may 2012, ICC publication 860 E.

<sup>112</sup> J. El Ahdab, A. Bouchenaki, « Discovery in international arbitration: a foreign creature for civil lawyers? », in, Albert Jan van den Berg, *Arbitration advocacy in changing times*, ICCA Congress series, 2010, Rio Volume 15, Kluwer law international, 2011, p. 99



Par la flexibilité qui est accordée dans l'arbitrage pour l'administration des modes de preuves, les parties et les arbitres devaient constamment essayer de trouver des compromis en vue de la meilleure résolution de leur litige. Ceci a conduit à un rapprochement des systèmes et il en est né une certaine pratique hybride qui mélange les meilleures pratiques des deux systèmes. Les arbitres administrent de plus en plus souvent la preuve de cette manière et ce indépendamment de l'origine des parties. Or cette procédure mixte bien que constamment appliquée en pratique et mise à l'écrit, n'a jamais été perçue comme contraignante par crainte de perdre la flexibilité de l'arbitrage. Cependant se pose la question s'il ne serait pas mieux de standardiser ces modes de preuve en arbitrage international en vue d'une meilleure prévisibilité et efficacité de l'arbitrage ? C'est ce que nous allons analyser dans cette deuxième partie. D'une part nous verrons les essais d'harmonisation qui ont déjà été faits en la matière. **(Section 1)** D'autre part une analyse approfondie s'impose sur les avantages et inconvénients respectifs de la flexibilité et de la standardisation des modes de preuves. **(Section 2)**



## PARTIE II : Vers la création d'une procédure unique ?

### Chapitre 1: Les tentatives d'harmonisation

Nathan O'Malley fait une Remarque très pertinente dès le début de son ouvrage : « *If arbitration is, the antithesis of rules-based dispute resolution, how can we speak of « rules of evidence » in international arbitration ?* »<sup>113</sup>

Existe-t-il vraiment des règles pour l'administration de la preuve en arbitrage international où s'agit-il d'un « legal vacuum »?<sup>114</sup>

L'étude de Durward V. Sandifer, sur la preuve devant des tribunaux internationaux,<sup>115</sup> montre cependant que les pratiques qui s'appliquent aujourd'hui en arbitrage international datent d'il y a plus d'un siècle.

Lors de chaque arbitrage, les parties, leurs conseils et les arbitres doivent s'accorder sur des règles détaillées quant à l'échange des mémoires, la production de documents, les témoignages ainsi que la nomination d'experts. Une sorte de droit procédural commun s'est développé avec le temps. La flexibilité accordée aux acteurs d'arbitrages internationaux leur a permis de développer des règles communes. Ces usages ont alors été mis par écrit par certains organismes. L'« International Bar association » (IBA) a produit un corps de règles sur l'administration de la preuve en arbitrage international. (§1) Il est intéressant d'en étudier les différentes influences qui ont donné naissance à ce corps de règles et voir comment elles se trouvent appliquées en pratique. Mais cette

<sup>113</sup> N. O'Malley, « Rules of evidence in international arbitration », Informa, 2012, p. 1

<sup>114</sup> N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, « On International Arbitration, Applicable Laws », Oxford University Press, 2009, p. 163

<sup>115</sup> D. Sandifer, « Evidence Before International Tribunals » 1975, in, Procedural aspects of International Law Series, vol.13



initiative n'est pas la seule, d'autres instruments existent aussi et sont d'importants outils pratiques. (§ 2.)

## **Section 1: Les règles de l'IBA - Une « codification » de la meilleure pratique**

*L'international bar association, (IBA)* fondée en 1947 est la première organisation mondiale regroupant des juristes, des associations et des ordres internationaux. Elle participe en outre au développement de la réforme du droit international.

En 1983, un groupe d'arbitres spécialisés issus de différents pays de common law et continentaux ont procédé à un premier rassemblement de ce qui était perçu comme pratique commune pour l'administration des preuves en arbitrage international. Ceci a donné lieu à un premier corps de règles « *Les règles supplémentaires gouvernant la présentation de la preuve en arbitrage commercial international* », qui reflète un essai de compromis entre ces différentes cultures.<sup>116</sup>

En 1999, du fait de l'évolution remarquable de l'arbitrage international, une révision s'est imposée et a donné naissance aux règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage commercial international. Celles-ci ont été soumises en 2010 à une dernière révision qui a enlevé le mot « commercial » du titre pour leur donner une application plus étendue.

Ces règles établies pour munir les parties et les arbitres d'une procédure efficace, économique et équitable pour l'administration de la preuve, règlent les mécanismes de production de documents, la présentation des témoins et des experts et la descente sur les lieux.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> G. Kaufmann-Kohler, « Globalization of arbitral procedure », 36 Vand. J. Transnat'l L, 2003, p.1323

<sup>117</sup> Avant-propos des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international telles qu'adoptées par le Conseil de l'IBA le 29 mai 2010



Le préambule des règles de l'IBA montre bien leur intention de faire un lien entre les différents systèmes juridiques. Il a aussi été reconnu qu'il n'y a pas de procédure unique adaptée à tous les arbitrages internationaux, raison pour laquelle ces règles ont dès le départ explicitement énoncé qu'elles n'entendent en aucun sens limiter la flexibilité inhérente à l'arbitrage.

Un principe directeur précise dès le début que les parties doivent agir de bonne foi, notion qui prête cependant à confusion. Un juge anglais a donné un commentaire à cette notion de bonne foi en précisant "*... we in England find it difficult to adopt a general concept of good faith. It may sound astonishing to you, but we do not know quite what it means...*"<sup>118</sup>

Dans un commentaire sur la révision de 2010, Georg von Segessen<sup>119</sup> explique que l'application de ce principe oblige les parties de produire tous les documents au tribunal et à la partie adverse même ceux qui pourraient nuire à sa défense. Or ce principe ne correspond pas à la notion de bonne foi française, il semble poser plus de questions qu'il ne donne de réponses. Le comité en ayant introduit ce principe semblait vouloir aider les personnes inexpérimentées en arbitrage international et pourvoir les arbitres d'un fil conducteur pour mener à bien le procès.

Selon ces règles les parties disposent aussi du droit d'être informées avant l'audience sur les éléments de preuves sur lesquels s'appuie l'autre partie. Cela a pour effet d'éviter les « *fishing expeditions* » lors desquelles une partie base sa défense sur des moyens de preuve qu'elle espère trouver dans les ressources de son adversaire. Aux Etats-Unis, pourtant, les parties ne doivent pas déclarer avant le procès sur quels éléments de preuve elles se fondent.

Le nouvel article 2 promeut l'efficacité, l'économie et l'équité de la procédure en exigeant le plus tôt possible dans le déroulement de l'arbitrage une consultation sur la

---

<sup>118</sup> Excerpts from Roy Goode, «The Concept of 'Good Faith' in English Law » , Centro di Studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1992

<sup>119</sup> G. Von Segessen, « The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the IBA on 29 May 2010 », ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2010 vol. 28 n°4, p.740



question de la preuve entre le tribunal et les parties. L'article contient aussi une liste des questions sur lesquelles les parties devraient trouver un accord avant la procédure pour assurer la fluidité du procès. Nous allons dans un premier temps voir le contenu de ses règles avant d'en apprécier son application pratique.

### **§1. Le contenu**

Une étude plus approfondie de la communication des documents (1), de la confidentialité (2), la preuve orale (3), et de l'admissibilité (4) permettra de comprendre mieux l'optique de fusion des procédures qu'a recherchées l'IBA en faisant ces règles.

#### **1. La communication des documents**

L'un des aspects les plus remarquables de ces règles de l'IBA est la manière dont elles ont trouvé un compromis pour la production de documents. Comme nous l'avons vu plus haut, la *pre-trial discovery* selon le modèle américain, illustre une particularité judiciaire de ce système. Or ce procédé étant inconnue dans les pays de droit civil et posant des grandes difficultés en pratique, l'IBA a associé ces différences dans son article 3.

Tout d'abord quelques précisions sur des principes bien établis aussi bien dans les règles de l'IBA que dans d'autres règlements institutionnels. Premièrement, il est sous-entendu qu'il n'y a pas de large *discovery* à l'américaine, c'est-à-dire qu'il n'est pas permis d'ordonner une *discovery* telle qu'elle se fait devant les juridictions étatiques aux Etats-Unis pour l'arbitrage. Deuxièmement, il est établi aujourd'hui, même parmi les arbitres continentaux, que le tribunal peut ordonner la production de documents. Finalement, l'étendue de la production de documents est entièrement sous le contrôle de l'arbitre.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> G. Born, « International civil litigation in United States Courts, Commentary and Materials», 1996, p.458



L'article 3 du règlement divise les documents en trois catégories : Les documents appartenant à chaque partie, les documents sur lesquels une partie veut s'appuyer mais qui sont en possession de son adversaire. Et la troisième catégorie, ce sont les documents qu'aucune des parties n'a produits mais qui semblent pertinents aux yeux de l'arbitre.<sup>121</sup>

De ce fait les parties doivent soumettre leurs propres pièces sur lesquelles elles entendent construire leur défense. Cet article reflète le principe « *actori incumbit probatio* ».

A la demande d'une partie et s'il n'y a pas d'objection, chaque partie doit produire à la requérante et au tribunal, tous les documents demandés. Or la production de ces documents est strictement limitée. On a ici un mélange de la liberté de production de documents selon la common law mais qui est strictement limitée par des principes issus de la tradition civiliste. Ainsi l'article 3.3(a) pose des limites strictes selon lesquelles (1) une description du document doit permettre l'identification de ce dernier. (2) Les documents doivent être pertinents au regard de la solution du litige et (3) doivent être en possession ou sous le contrôle de l'autre partie. (4) Finalement ils ne doivent pas être protégés par une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique.

Les arbitres tiennent généralement compte du milieu juridique des parties et adaptent leur comportement selon que les parties sont issues de pays qui connaissent la *discovery* ou non.

Il s'ensuit que le libéralisme américain est limité d'une part par l'exigence de la connaissance de l'existence du document, (pour éviter les *fishing expeditions*), et d'autre part du caractère pertinent de ce document pour l'issue du litige.

---

<sup>121</sup> «Commentary on the revised text of the 2010 IBA rules on the taking of evidence in international arbitration» by the 1999 IBA working party and the 2010 IBA rules of evidence review subcommittee, [ibanet.org](http://ibanet.org) ([www.ibanet.org/publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx))



Finale­ment il est admis que le tribunal arbitral demande la production, soit de documents qu'elle estime pertinents et qui n'ont pas été soumis par les parties, soit de documents qui sont entre les mains d'un tiers. (Article 3.9). Ainsi une partie qui souhaite obtenir un document d'entre les mains d'un tiers peut demander au tribunal de prendre toutes les mesures prévues par la loi afin d'avoir accès à ces pièces. Ainsi par exemple en France, il est admis de demander l'assistance d'un juge. Le tribunal peut aussi prendre lui-même toute mesure appropriée pour obtenir la production d'un document qu'il estime pertinent mais qui ne lui a pas été soumis. (Article 3.10).

L'article 9.5 permet à l'arbitre de tirer des conclusions négatives si une partie refuse de produire un document.

Enfin selon ces règles, il est permis de soumettre des copies comme moyen de preuve au lieu de présenter l'original. (3.12 (a)). De plus des traductions sont permises si elles sont accompagnées de l'original (3.12 (d)).

## 2. La confidentialité

Comme nous venons de le voir, l'étendue de la confidentialité en arbitrage international est un sujet qui reste encore hautement débattu surtout dans le domaine de la propriété intellectuelle.

L'article 3.13 énonce que : « *Tout document déposé par une partie ou un tiers et n'appartenant pas au domaine public doit être tenu confidentiel (...).* » On ne peut déroger à ce principe que s'il s'agit pour une partie de s'acquitter d'une obligation légale, de protéger ou poursuivre un droit ou pour lui permettre d'exécuter une sentence ou de s'y opposer devant une autre juridiction.

La révision de 2010 étend le principe de confidentialité à tous les documents y compris ceux produits par des tiers, alors que l'ancien article se limitait la confidentialité aux documents produits sur requête de l'autre partie ou du tribunal.



Les règles de l'IBA ne prennent pas position quant à la confidentialité de preuves orales.

C'est aux parties et à l'arbitre de déterminer les règles précises de confidentialité qui gouverneront la preuve orale. Il faudra à ce sujet se référer à l'accord pris entre les parties, aux règles institutionnelles ou ad hoc.

### 3. La preuve orale

Alors que la plupart des réglementations sur l'arbitrage évitent la question des témoins, les règles de l'IBA pallient ce silence. Il est admis sous ce règlement de préparer les témoins. (article 4.3). L'arbitre déterminera la recevabilité, la pertinence et la valeur des témoignages. (article 9.1). Le tribunal peut ordonner aux parties de lui soumettre des « *written statements* ». (article 4.4). Ceci permettra de connaître avant l'audience les preuves qu'apportera ce témoin. L'autre partie pourra de ce fait mieux préparer son contre-interrogatoire. Le tribunal sera alors aussi en mesure d'interroger intelligemment le témoin et cette tâche ne sera pas laissée aux conseils des parties tel que c'est le cas dans le système américain.

Ces règles n'exigent pas que les témoins prêtent serment. En effet il y a des dissemblances trop grandes à ce sujet entre les différents systèmes juridiques. Le témoin se résumera à affirmer qu'il s'engage à dire la vérité.(article 8.4).

Les témoins sont présentés par chaque partie. Mais depuis la révision de 2010, il a aussi été permis au tribunal de demander la comparution d'un témoin.(article 8.1)

En ce qui concerne les experts, parties et tribunal peuvent présenter les leurs. Dans ce cas, les deux traditions juridiques ont fusionné.

### 4. L'admissibilité des preuves



Finale­ment, l'article 9 des règles de l'IBA énonce le principe général selon lequel l'arbitre détermine la recevabilité, la pertinence et la valeur probante des preuves qui lui sont sou­mises.

Après avoir passé en revue le contenu de ces règles, on voit bien qu'elles reflètent la pratique arbitrale connue jusqu'ici, comme l'indiquent la plupart des institutions arbitrales modernes telles que la CCI et l'AAA. Or l'IBA se prend comme objet de régler encore plus en détails les modes de preuves afin de pallier le silence des diverses lois et des règlements. C'est dans un but de créer une procédure unifiée des meilleures pratiques issues de la common law et de la tradition continentale que l'IBA a créé ce corps de règles. Elle espère ainsi promouvoir l'efficacité de l'arbitrage en le rendant plus prévisible et attrayant pour les parties. Or qu'en est-il alors de son application en pratique ?

## **§2. L'application pratique**

Il y a clairement un équilibre entre la tradition continentale et de common law dans l'énonciation de ces règles qui reflètent les pratiques qu'on vient d'énoncer dans la première partie. Une harmonie ayant été trouvée entre ces deux systèmes, il semble qu'une procédure uniforme en soit sortie. Or qu'en est-il de son application concrète ?

Il est vrai que ces règles sont très souvent utilisées en pratique, surtout lorsque l'arbitrage oppose des parties issues de traditions juridiques différentes. Or elles sont moins bienvenues qu'on ne le croirait. La plupart du temps, les personnes se limitent à les utiliser comme lignes directrices à leur cas.

Selon un sondage fait par les membres du sous-comité sur la révision des règles de l'IBA sur la preuve, 18% des participants ont intégré ces règles dans « toutes » ou « la plupart » de leurs conventions d'arbitrage et 31% dans « certains » de leurs arbitrages. Pour ceux qui n'ont pas inclus les règles de l'IBA dans leur convention, 43% s'inspirent



de ces règles dans « la plupart » de leurs arbitrages, et 42% dans « certains » cas seulement.<sup>122</sup> Ceci est certainement dû à l'image que se donnent ces règles elles mêmes.

En effet dans le préambule des règles d'administration des preuves en arbitrage international il est dit qu'elles « *peuvent être adoptées ou appliquées en conjonction avec un règlement d'arbitrage institutionnel, ad hoc, ou avec d'autres règlements ou procédures pouvant être applicables dans le cadre d'arbitrages internationaux (...) Les parties et les tribunaux arbitraux peuvent également adopter les Règles IBA sur la preuve, en totalité ou en partie, à l'ouverture de l'arbitrage ou à tout moment de la procédure. Ils peuvent également les adapter ou s'en servir comme principes directeurs pour développer leurs propres procédures.* » Il est précisé de plus qu'elles n'ont pas comme but de réduire la souplesse de l'arbitrage international et qu'elles peuvent être librement appliquées au cas par cas.

La plupart du temps ces règles serviront de principes directeurs aux parties et aux arbitres, leur influence va donc plus loin que leur application formelle.

Ces règles resteront cependant toujours soumises aux règles impératives applicables dans l'Etat du siège de l'arbitrage et si elles ont choisi un arbitrage institutionnel, du règlement institutionnel devant laquelle elles règlent leur litige. Leur application se trouvera restreinte par la loi de la juridiction dont l'arbitre aurait demandé une assistance pour la production de preuves. De plus elles ne peuvent déroger à la déontologie respectée par les avocats des parties. Si les parties s'accordent sur l'application des règles de l'IBA mais que ces dernières sont en conflit avec le règlement arbitral de l'institution auquel leur litige est soumis, il n'est pas très clair quelle règle devra prévaloir. A défaut d'accord entre les parties, ce sera à l'arbitre de décider. Mais on s'accorde en principe sur l'adage « *lex specialis derogat lex generalis* ». Le comité de

---

<sup>122</sup> Ce sondage a été fait en 2009 et 30 juridictions ont été représentées. (dont entre autres, les Etats-Unis, le R-U, la France, l'Allemagne, l'Italie), in, Von Segessen, « The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the IBA on 29 May 2010 », ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2010 vol. 28 n°4, p.737



rédaction de ces règles propose à l'arbitre d'essayer d'harmoniser les deux règles qui seraient en contradiction pour arriver à une meilleure solution.

Ces règles restent pour la plupart assez générales pour permettre au mieux une bonne collaboration, équité, et efficacité.

Pour certains, ce corps de règles représente un assemblage des « meilleures pratiques » issues de l'expérience d'arbitres de différentes cultures juridiques.<sup>123</sup> Pour d'autres, elles reflètent les approches des différents arbitres compétents.<sup>124</sup> Mais certains sont plus sceptiques et selon Laurence Shore, il s'agit d'un rassemblement maladroit d'aspects variés de cultures différentes.<sup>125</sup> A la limite on pourrait décrire ces règles comme la domination de la common law sur les principes de droit civil en matière de production de documents et d'interrogation des témoins. Mais d'autre part on pourrait tout aussi bien affirmer que l'administration de la preuve en arbitrage international repose surtout sur le droit civil et que la common law ne vient qu'assouplir ces principes et donner plus de possibilité d'action aux parties qu'à l'arbitre.

Peu importe la ratio d'influence dans ce domaine, c'est que ces règles aspirent à trouver un compromis qui permette d'arriver à des règles justes, équitables et efficaces.

Il est bien établi que même si ces règles ne trouvent pas l'écho qu'elles espéraient, beaucoup de praticiens y trouvent une grande source d'inspiration, ce qui mènera avec le temps à une pratique unitaire bien établie. Cependant comme il est laissé une très grande part discrétionnaire aux arbitres, même une pratique commune laissera toujours de la place à des divergences d'application selon la tradition de l'arbitre qui aurait différentes opinions quant à l'équilibre entre vérité, liberté et efficacité.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> B. Hanotiau, « Document production in international arbitration: A tentative definition of «best practices » », in, ICC International court of arbitration bulletin, 2006, special supplement: Document production in international arbitration, Paris, ICC publishing, p. 114

<sup>124</sup> J. Paulsson, « Cross-Enrichment of Public and Private Law Dispute Resolution Mechanism in the International Arena », J.Int.Arb.9, n°1, 1992, p.63

<sup>125</sup> L. Shore, «Three Evidentiary Problems in international Arbitration», SchiedsVZ, 2004, p. 76-80

<sup>126</sup> J. Waincymer, «Procedure and Evidence in International Arbitration», Kluwer Law International, 2012, n°10.3.6.1., p.758-760



## Section 2: Autres initiatives

Les règles de l'IBA n'ont pas été la seule initiative de ce genre. En effet il existe une multitude d'autres instruments qui ont pour but d'aider et de guider les praticiens pour une meilleure administration des preuves en vue d'arriver à une procédure efficace et équitable.

Ces outils ne prétendent pas donner des règles précises. Ainsi on a par exemple l'aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 1996. Ce dernier reprend une série de questions auxquelles il serait utile pour les praticiens de répondre. Elles concernent par exemple la langue et le lieu d'arbitrage mais aussi des questions essentielles quant à la conduite de l'interrogation des témoins ou de la confidentialité des documents. Un accord assez rapide sur ces points permettrait un meilleur déroulement de la procédure. Ce texte pouvant être appliqué dans un arbitrage institutionnel et ad hoc et n'a pas de caractère contraignant. Dans les travaux préparatoires, il est précisé qu'une bonne planification de la procédure sous la direction de l'arbitre permettra aux parties de se préparer en connaissance de cause, que spécialement en arbitrage international il est possible qu'une partie du fait de la différence de culture juridique ait du mal à mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour une meilleure défense et que l'audience lui semblera imprévisible et difficile à préparer. Ce qui conduira à des malentendus, délais et accroissement des coûts de la procédure.

Un autre outil serait le « *Chartered Institute of Arbitrators Protocol for the use of party-appointed experts in international arbitration* ». Ce protocole établi en 2007 prévoit un régime complet destiné à gouverner de manière efficace et économique la préparation et production de preuves par les experts nommés par les parties. Ce protocole peut aussi uniquement servir de lignes directrices pour les parties.



Dans les « *ICC techniques for controlling time and cost in arbitration* », la CCI a produit un rapport avec des recommandations pour diminuer les coûts et le temps dans un arbitrage. Ce n'est pas un rassemblement des meilleures pratiques, mais il propose des techniques pour assister les conseils et les arbitres en vue d'une procédure efficace. Il a été intégré dans le règlement de la CCI de 2012.

Il y a aussi les « *ICDR guidelines for arbitrators concerning exchanges of information* », ce sont des lignes directrices pour la disclosure d'informations dans des disputes commerciales internationales. Dans ce même sens il y a le « *CPR protocol on disclosure of documents and presentation of witnesses in commercial arbitration* »<sup>127</sup>

D'autres initiatives ont aussi été prises, dont une a essayé de créer une procédure civile transnationale. Cette dernière ne s'applique pas directement à l'arbitrage mais peut servir d'inspiration. Ce sont les principes ALI/UNIDROIT et les règles sur la procédure civile transnationale.<sup>128</sup>

Les règlements des différents centres d'arbitrages sont une autre source de standardisation des modes de preuves. Comme l'ont montré les règles institutionnelles de l'AAA et de la CCI plus haut, il y a souvent des fortes ressemblances.

Les arbitres jouent également un rôle important dans l'harmonisation des modes de preuve en arbitrage international.

Au vu de toutes ces initiatives d'harmonisation et d'outils serait-il alors envisageable de standardiser l'administration de la preuve en arbitrage international ?

---

<sup>127</sup> <http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx>

<sup>128</sup> <http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>



---

## Chapitre 2: Flexibilité ou Standardisation?

---

Une standardisation des règles en matière d'administration de preuve faciliterait considérablement l'établissement des faits en arbitrage international, cependant cela réduirait la flexibilité de l'arbitrage qui permet d'adapter la procédure au cas par cas.

Or avant d'aborder la discussion d'une telle standardisation, il faudra d'abord analyser dans quelle mesure cela est possible.

### Section 1: Une catégorisation imparfaite

Est-il possible de trouver une procédure standardisée pour l'administration des preuves en combinant les deux grandes familles juridiques qui se divisent le monde arbitral? Les règles de l'IBA ont tenté leur chance mais leur succès est mitigé, ce qui s'explique à travers plusieurs facteurs. Il est important de remarquer que les règles d'administration de la preuve telle qu'elles sont posées par exemple aux Etats-Unis ou en France ne sont pas seulement des normes procédurales strictes, mais plus un régime reflétant un idéal de justice. Il faut voir alors comment on pourrait concilier cela en un seul corps de règles sans qu'une partie se sente lésée.

#### §1. Une division moins simpliste

Comme dans la plupart des questions de nature comparative, il y a le risque d'une catégorisation trop rapide et vaste. Comme l'a bien affirmé Claude Raymond, la distinction entre la common law et la tradition romano-germanique est quelque peu artificielle en procédure civile.<sup>129</sup> Dans les pays d'une même famille juridique, il existe

---

<sup>129</sup> Claude Raymond précise que: « *This distinction between common law and civil law is somewhat artificial in civil procedure because the various Continental codes of procedure do not have a common origin.* », in, C.



des dissimilitudes qui ne peuvent pas être ignorées. Par exemple alors que l'Allemagne et la France ont une vision restrictive de la notion de témoin par rapport aux Etats-Unis, l'Allemagne ne permet pas que les parties soient témoins au procès alors que ceci est admis en France.

D'autre part, la *discovery* à l'américaine est beaucoup plus large que la *disclosure* en Angleterre. Aux Etats-Unis cette *discovery* ne se limite pas à la demande et production de documents qui sont entre les mains de la partie adverse mais s'étend aussi aux interrogatoires écrits des témoins et experts ainsi que les *depositions* de témoins et experts.<sup>130</sup>

Un autre exemple de différences dans une même famille serait le mode de détermination de la loi gouvernant la procédure arbitrale. En effet il y a deux modes distincts :

Le test objectif ou territorial, qui applique la loi du siège à la procédure arbitrale. Cette méthode est préférée entre autre en Suisse, en Italie et en Angleterre.<sup>131</sup>

Le test subjectif, selon lequel la loi procédurale applicable est celle qui résulte du choix des parties et à défaut de l'arbitre. Tel est le cas en France où le test territorial a été abandonné au profit de ce que Berthold Goldman a appelé « la dérégulation » de la procédure d'arbitrage.<sup>132</sup>

Ceci pour n'énoncer que quelques exemples. Il faut donc faire attention à ne pas tout mélanger dans un système et à l'opposer grossièrement à un autre.

Les différences qui existent sur un point particulier sont souvent le résultat d'une suite logique issue de concepts de base différents. Ainsi par exemple dans un système accusatoire, qui repose principalement sur les preuves présentées par les parties,

---

Reymond, « Civil law and common law procedures: which is the more inquisitorial? A common lawyers response », Arb.int. 1989, p.358

<sup>130</sup> United States Federal Rule of Civil Procedure, Rule 26

<sup>131</sup> Swiss Private International Law Act 1987, art. 176(1); CPC art 832 (Italie); Arbitration Act, 1966 §§2(1), 3 (Ang); G. Kaufmann-Kohler, « Globalization of Arbitral Procedure », 36 Vand. J. Transnat'l L., p.1315

<sup>132</sup> P. M. Patocchi, L. Meakin, « Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration – The interaction of Civil Law and Common Law Procedures », Int'l Bus. L.J. 884, 1996, p. 888



l'arbitre imposera des obligations éthiques de produire toutes les preuves, y compris celles qui seraient contraires à leur cause. Aux Etats-Unis, le champ particulièrement large de la production de documents résulte du caractère contradictoire de la recherche des faits, qui est laissé au libre jeu processuel des parties.<sup>133</sup>

Mais une pratique inexistante dans un système est souvent compensée par un autre mécanisme. Ainsi par exemple, en France il n'existe pas la « *parol evidence rule* » qui empêche d'admettre des témoignages pour contredire le sens du contrat formé entre les parties. Mais comme le système civiliste est méfiant à l'égard des témoignages per se, cela revient au même.<sup>134</sup>

## **§2. Une convergence des systèmes**

Or parfois, on risque de catégoriser trop hâtivement et de différencier les systèmes alors qu'en regardant de plus près, il y a une convergence de ces systèmes. Leur évolution montre un rapprochement sur les points les plus importants, peut-être moins dans la manière de faire mais plus dans le résultat recherché.

Ainsi, notamment en France et en Suisse, une jurisprudence s'est développée pour obliger les parties à communiquer davantage leurs pièces. De plus l'absence de *discovery* est compensée dans le régime français par un rôle plus grand de l'expert qui pourra alors « découvrir » dans des procès hautement techniques ce que les parties n'auraient pas communiqué spontanément. Dans la common law, la *discovery* a été atténuée par une limitation de son champ d'application. C'est ce qui ressort de la révision de l'article 26 b des règles fédérales de procédure civile des Etats-Unis qui a interdit de procéder à

---

<sup>133</sup>J. Waincymer, « Procedure and Evidence in International arbitration », Wolters Kluwer, 2012, n°10.2 comparative law perspectives, p. 745-748

<sup>134</sup>J. Waincymer, *op.cit.*, note 131, p.746



la *discovery* dans certains cas, par exemple lorsqu'elle est excessive ou déraisonnablement onéreuse.<sup>135</sup>

De plus il y a une atténuation des différences par la pratique selon laquelle les juges civilistes peuvent tirer des conclusions négatives du fait du refus d'une des parties de produire des documents.<sup>136</sup>

De même il serait trop simpliste de dire que la common law préfère les témoignages et la tradition romano-germanique les écrits. Ce qu'ils recherchent tous les deux c'est la vérité et les preuves qui peuvent déceler cette vérité. Ainsi souvent dans des litiges commerciaux compliqués et hautement techniques il est nécessaire de combiner les preuves documentaires aux preuves orales pour avoir la meilleure compréhension du litige. Les témoignages sont toujours très subjectifs et même s'ils sont beaucoup plus utilisés aux Etats-Unis, les arbitres restent très méfiants, qu'il s'agisse d'un arbitre français ou américain.<sup>137</sup>

On ne peut ignorer le fait que les systèmes se soient rapprochés de plus en plus avec le temps. Bien que les arbitres et les parties portent un regard différent sur le meilleur moyen de résoudre le litige, ils essayeront toujours de trouver un compromis. L'arbitrage essaye de trouver un arrangement qui respecte au mieux les attentes raisonnables des parties. Chaque système ayant ses avantages et inconvénients il est intéressant de voir comment une fusion des deux pourrait conduire à une meilleure résolution du conflit.

Il est impossible de dire lequel des deux systèmes pourrait s'imposer le plus dans la pratique arbitrale. Certains disent qu'en preuve documentaire, c'est le système des pays

---

<sup>135</sup> M. de Boissésou, « Introduction comparative aux systèmes d'administration des preuves dans les pays de commonlaw et les pays de tradition romaniste », in, *Taking of evidence in international arbitral proceedings*, The Dossiers of the institute of international business and practice, international chamber of commerce, 1990, p. 95

<sup>136</sup> P. Hafter, « The provisions on the discovery of internal documents in the IBA rules of 1999 », in, *Global reflections on International law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber amicorum in honour of Robert Briner, ed. Gerald Aksen et al. Paris ICC Publish

<sup>137</sup> J. Waincymer, *op cit.*, note 131, p.747



de droit civil et que pour la preuve testimoniale c'est le système de common law qui s'impose. Pour les experts on a accepté d'appliquer les deux systèmes en même temps. D'autres par contre affirment que la common law est omniprésente. Ainsi Pedro J. Martinez-Fraga a écrit un livre sur l'influence américaine en arbitrage international,<sup>138</sup> où il explique entre autre comment la *discovery* a intégré l'arbitrage international. Or en France il existe aussi un mécanisme de production forcée de documents et la *discovery* à l'américaine comme nous l'avons vu est écartée en arbitrage international. De plus les témoins sont interrogés selon le système anglo-américain de la *cross examination*. D'un autre côté on pourrait dire que le système continental vient à chaque fois limiter les pratiques plus libérales de la common law, ainsi comme c'est le cas pour la *discovery* qui est acceptée mais strictement limitée. Un juriste américain, Roger K. Ward, a expliqué dans son article l'énorme difficulté à laquelle sont confrontés les arbitres américains face à cette *discovery* adaptée au procès arbitral. Il nous explique que par sa déformation en arbitrage international, elle est finalement devenue une institution aussi étrangère que pour un juriste français. Il en est de même pour l'interrogatoire des témoins.<sup>139</sup>

In fine, il est établi que l'administration de la preuve en arbitrage international reflète aujourd'hui un compromis entre les deux systèmes.

Mais ce mélange conduirait à des malentendus et la confusion des parties selon Craig, Park et Paulsson, qui confirment ce qu'a dit Lord Mustill en 1976 « *arbitrators should not confuse flexibility with compromise. Having chosen one system, the arbitrators may modify it in the interest of efficiency, but should not try to marry it to the other system...this attempt to amalgamate the two systems invariably produces a solution which embodies the weakest features of each system; and it almost always guarantees misunderstanding and confusion.* »<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Martinez-Fraga, «The American Influence on International Arbitration – Doctrinal Developments and Discovery Methods», Cambridge University Press, 2009

<sup>139</sup> Roger K. Ward, « The Flexibility of Evidentiary Rules in International Trade Dispute Arbitration Problems Posed to American-Trained Lawyers », J Int'l Arb, 1996, Vol 13, n°3, Kluwer Law International, p.5 - 20

<sup>140</sup> Craig, Park, Paulsson, «International Chamber of commerce arbitration», 3<sup>rd</sup> ed., Oceania Publishers, Paris, 2000



Cet avis, alors qu'il n'est pas partagé par tous les experts, devrait cependant être pris en compte pour ne pas se perdre dans des technicités procédurales au détriment de l'objectif réel recherché par les parties. Cependant dans des litiges internationaux, une certaine harmonisation des différentes traditions est inévitable et l'arbitrage international de nos jours doit être perçu comme un effort collectif de résolution des disputes par des règles issues de traditions juridiques différentes<sup>141</sup>

Il faudrait en effet changer le regard, la manière d'aborder la question. Ce n'est pas la recherche d'une différence de nature mais plus une différence de degré. Ainsi la production de documents est acceptée dans les deux systèmes mais elle est beaucoup plus laxiste aux Etats-Unis qu'en France, c'est le cas aussi pour les témoignages qui sont tous les deux acceptés comme mode de preuve mais leur influence à des degrés différents.<sup>142</sup>

Ainsi pourrait-on voir ici une convergence des différences en ce que l'aspiration est semblable, même si les moyens pour y arriver sont quelque peu différents. La preuve et la recherche de la vérité constituent un but recherché dans chaque culture.

Ainsi une fois que les parties se sont mises d'accord sur un principe, le litige se règlera plus dans l'envergure de son application.

D'une part on pourrait penser qu'il serait préférable que l'arbitre décide au cas par cas quelles règles appliquer pour l'administration de la preuve. Or de cette façon, les parties ne pourront pas connaître lors de la conclusion de la convention d'arbitrage quelle sorte d'arbitrage elles auront et à quoi elles pourront s'attendre. De plus, chaque fois qu'il y aura une discussion sur ces questions, ce sera une perte de temps, cela entrainera quand

---

<sup>141</sup> E. Ricci, « Evidence in international arbitration: a synthetic glimpse », in, Miguel Angel Fernandez-Ballesteros and David Arias (ed.) *Liber amicorum Bernardo Cremades*, La Ley, 2010, p. 1031

<sup>142</sup> J. El Ahdab, A. Bouchenaki, « Discovery in international arbitration: a foreign creature for a civil lawyer », in, *Arbitration Advocacy in Changing Times*, edited by Albert Jan van den Berg, ICCA Congress Series, 2010, Kluwer Law International, 2011, p. 89



même des incertitudes et probablement qu'une partie aura le sentiment d'être traitée injustement ou soit prise par surprise.<sup>143</sup>

De cela on pourrait conclure qu'une standardisation est non seulement recommandée mais nécessaire or serait-ce envisageable d'un point de vue pratique ?

## **Section2 : Une standardisation flexible**

### **§1. La standardisation, une question récurrente**

Il y a différentes raisons qui font que la question d'une standardisation des modes de preuves en arbitrages est récurrente. Des standards bien établis permettraient d'avoir plus de prévisibilité quant à l'issue du litige. Si on sait quels modes de preuves pourront être apportés et de quelle manière, les parties et leurs conseils auront l'opportunité de mieux se préparer.

Un deuxième argument serait l'objectivité. En pratique les parties laissent le plus souvent à l'arbitre la tâche de régler la question de la procédure et surtout l'administration des modes de preuve. Ainsi il en résulte un grand pouvoir discrétionnaire pour l'arbitre. Ce dernier en toute la liberté se référera le plus souvent à ses connaissances personnelles, ce qui pourrait avoir des désavantages pour la partie issue d'une autre culture juridique. Si le tribunal est composé par plusieurs arbitres de nationalités différentes cela pourra ralentir considérablement l'affaire jusqu'à ce qu'ils aient trouvé un accord.

Ensuite un des grands soucis en arbitrage en ce moment porte sur le débat de la diminution des coûts et d'une plus grande efficacité de la procédure. Une

---

<sup>143</sup> M. Rubino-Sammartano, « Rules of evidence in International Arbitration: A Need for Discipline and Harmonization », *J Int'l Arb.*, 1987, 3 (2), p.90



standardisation des modes de preuve diminuerait d'innombrables conflits entre les parties, ce qui ferait gagner du temps et par conséquent de l'argent. En vue de pallier ces problèmes, une commission de la CCI coprésidée par Yves Derains et Christopher Newark a rédigé en 2007 un rapport intitulé ; « *Techniques for controlling time and cost in arbitration* ». <sup>144</sup>

Finally on peut s'apercevoir que la pratique arbitrale qui s'est développée durant les dernières décennies et que nous avons développé plus haut fait foi d'une standardisation tacite. Pourquoi alors cette réserve de fixer des standards en la matière ? Les règles de l'IBA ont tenté d'y remédier mais les praticiens alors qu'ils y font souvent référence, insistent sur leur caractère non contraignant.

Si on accepte d'appliquer une procédure unique et obligatoire à tous, il faudra expliquer chaque dérogation. Cela revient à une obligation qui pèse lourd sur les acteurs et qui entraîne finalement une juridicisation de l'arbitrage.

## **§2. La flexibilité, un principe inhérent à l'arbitrage**

Le principe d'autonomie des parties est fortement ancré dans la procédure arbitrale internationale. L'idée est de permettre aux parties d'adapter la procédure au mieux à leur cas précis et de trouver ainsi la méthode qui pourra donner la meilleure solution au litige.

Or en pratique il s'avère que les parties s'abstiennent généralement de préciser ces points dans la convention d'arbitrage et il reviendra finalement à l'arbitre de s'en occuper. L'arbitre risque alors d'abuser de ce pouvoir ou simplement d'utiliser les moyens qu'il connaît sans tenir compte de la différence culturelle.

Il y a aussi le risque qu'en mélangeant différentes règles, il y ait confusion et qu'il en ressorte un mélange inadapté et qui finalement n'a plus rien à voir avec l'idée initiale.

---

<sup>144</sup>Bull. CCI, Vol. 18/No 1 – 2007, p. 23.



Par exemple comme pour la *discovery* strictement limitée, Claude Raymond a dit que dans ce cas : « Nobody really feels at home. »<sup>145</sup>

Le problème de standardisation remonte beaucoup plus loin que d'essayer de trouver des compromis. Lawrence Craig précise que: « *It must be understood that common law rules of evidence should be considered not only as narrow procedural rules determining what means of proof may be considered by adjudicators of fact in the settlement of disputes, but as a regime reflecting underlying assumptions about how justice should be rendered.* » De ce fait, il serait impossible de trouver un accord sans lequel une partie ne se sentirait pas lésée ou qu'elle ait dû faire des concessions.

La recherche d'un compromis a une connotation négative. Dès lors, il est difficile pour les praticiens de trouver une procédure unique parfaite qui relierait les deux traditions.

De plus si on analyse de plus près, aucun des deux systèmes n'est parfaitement adapté à l'arbitrage. Peut-être une meilleure solution serait-elle de créer une nouvelle procédure sans essayer de combiner les deux traditions.

Finalement, au vu de l'énorme diversité des disputes et aussi des acteurs, il est difficile de trouver un standard de procédure.

Or le plus grand obstacle à une standardisation de la procédure réside dans l'attitude des acteurs face à l'arbitrage, plus précisément de ce que les individus attendent de ce mode de règlement des conflits. Dans l'esprit des personnes, l'arbitrage est synonyme de flexibilité. Les parties vont décider de porter leur litige devant un arbitre pour cette raison précise. Donc standardiser la procédure reviendrait à enlever une des caractéristiques principales de l'arbitrage.

Lors d'une conférence internationale sur l'arbitrage de la ICCA en 2009 qui s'est tenue à Dublin, certains arbitres se sont exprimés sur le futur de l'arbitrage et notamment à propos d'une possible standardisation.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> C. Reymond, « Civil Law and Common Law Procedures: Which is more Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response », *Arb. Int'l*, 1989, n°4, p. 366



L'arbitre John Townsend des Etats-Unis dit que l'arbitrage a pour but de résoudre le litige qui lui est soumis. Cependant pour y arriver, il faut présenter des moyens autres que ceux qu'on trouve devant les juridictions étatiques et ne pas imiter cette procédure rigide. Il précise ensuite que depuis des décennies les praticiens essaient précisément de se fixer des règles mais que ceci est regrettable puisque ce qu'on essaie d'accomplir l'arbitrage est un procès moins coûteux et rapide. Il fait l'éloge des lignes directrices de l'ICDR sur l'échange des informations de 2008 qui rappelle à tout moment que la responsabilité primaire des arbitres est de mener un procès rapide et moins coûteux tout en évitant d'appliquer la *discovery* au procès.

Selon lui, la flexibilité est le meilleur moyen d'arriver à une procédure moins coûteuse et plus rapide.

Matthieu de Boissésou, poursuit en ce sens sur le danger de normalisation dont parlait son collègue américain. Il précise encore que l'harmonisation de la procédure est un phénomène naturel et nécessaire. Cependant à son avis, il y a trop de lignes directrices qui risquent de se standardiser. Il reconnaît que les motivations des parties à un arbitrage international peuvent être très différentes et donc qu'on ne peut leur imposer une procédure fixe. Il dit qu'il est impératif que les arbitres s'intéressent aux différentes approches et styles des parties et ne se fixent pas à appliquer des règles toutes faites.

On voit donc ici que les praticiens sont réticents à une standardisation de la procédure même s'ils sont tous d'accord sur l'énorme avantage que procurent les différentes lignes directrices.

L'existence de ces dernières est très importante. Puisqu'elles aident à résoudre des problèmes les plus récurrents.

---

<sup>146</sup> «Quo Vadis Arbitration? », in, Albert Jan van den Berg, 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series, 2009 Dublin Volume 14, Kluwer Law International, 2009, p. 635 - 645



Comme énoncé plus haut, il y a déjà un certain nombre de lignes directrices créées soit par des organismes indépendants tels que la loi modèle de la CNUDCI ou encore celles établies par des institutions arbitrales. Pour mieux comprendre comment cela peut guider un arbitrage, un bon exemple est de voir comment la CCI et l'AAA ont essayé de résoudre le problème de la *discovery*.

En août 2007 la CCI a rédigé un rapport, « *Techniques for controlling Time and Costs in Arbitration* » dont la dernière révision a été faite en 2012. Ces règles encouragent les parties à utiliser le « *Redfern Schedule* » déjà présenté dans ce document. Ce rapport donne aussi des lignes directrices sur la réduction de production de documents. Certains incluent la limitation de demande de communication de documents. Ainsi le paragraphe 50 de ces règles pose le principe selon lequel les parties doivent normalement produire chaque document sur lequel elles entendent se baser. Chaque partie devrait éviter de demander la production de documents en possession de l'autre partie à moins que cette pièce soit pertinente pour l'issue du procès. Dans le cas où les parties sont en accord sur des faits précis, aucune preuve n'est requise pour les établir.

C'est très semblable à ce que disent les règles de l'IBA. Est donc exclue dans ce cas la *discovery* à l'américaine.

De plus ce rapport recommande d'établir des délais pour la communication des documents. Dans ce même ordre d'idées, la CCI a soumis un rapport sur la production de documents électroniques. « *L'ICC Arbitration commission report on managing e-document production* » du 16 mai 2012. Ce rapport a repris certains principes de base qui ont pour objectif d'exclure les « *fishing expeditions* »<sup>147</sup>.

L'ICDR, l'international center for dispute resolution de l'AAA a publié en 2008 les « *ICDR Guidelines for arbitrators concerning exchange of information* ». Contrairement à celles de

---

<sup>147</sup> L'article 5.6 (b) de ce règlement: « *Where documents requests are allowed, parties and arbitrators should ensure that they are narrowly drawn in the manner envisaged in the IBA rules of Evidence, that only documents relevant and material to the outcome of the case are requested and ordered to be produced, and that the benefits and burdens of production are properly assessed before production is ordered. "Fishing expeditions" should be avoided.* »



la CCI, leur application est obligatoire pour toutes les affaires qui se déroulent devant le ICDR depuis mai 2008. Ces lignes directrices reflètent la plupart des règles de l'IBA. Selon l'article 3, «*Upon application, require one party to make available to another party, documents in the party's possession, not otherwise available to the party seeking the documents, that are reasonably believed to exist and to be relevant and material to the outcome of the case. Requests for documents shall contain a description of specific documents or classes of documents, along with an explanation of their relevance and materiality to the outcome of the case.*» Elles limitent expressément la demande de production de documents et elles vont même plus loin que toutes les autres règles institutionnelles en déterminant une procédure précise pour obliger la production de documents.<sup>148</sup>

Donc ce qui serait envisageable est ce qui est en train de se faire en ce moment : une sorte de standardisation flexible sous la forme de *guidelines* pouvant être plus ou moins contraignantes. Au choix des parties de les adopter ou de les adapter comme elles l'entendent.

Aussi longtemps qu'on va identifier l'arbitrage à la flexibilité, on ne pourra jamais créer un corps de règles fixant l'administration de la preuve en arbitrage international. Pour arriver à une vraie standardisation, il faut changer l'idée selon laquelle arbitrage est synonyme de flexibilité.

---

<sup>148</sup> J. El Ahdab, A. Bouchenaki, « Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers? », in, Albert Jan van den Berg (éd), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2010 Rio Volume 15, Kluwer Law International, 2011, p. 84-85



## CONCLUSION

De nombreuses études ont été faites sur les différences qui existaient entre la common law et les pays continentaux en matière de preuve, or c'est dans l'arbitrage international que les praticiens sont réellement confrontés à ces problèmes. Il est donc intéressant de voir comment la pratique arbitrale manie l'administration de la preuve. Alors que des grandes différences existent entre les deux systèmes, une procédure commune s'est développée qui rassemble les meilleures pratiques des deux traditions. Le silence dans les textes et la grande autonomie accordée aux parties et aux arbitres dans ce domaine, a engendré une harmonisation de la procédure.

Même si la question d'une standardisation des règles de procédure en matière de preuve a déjà fait couler beaucoup d'encre, elle est loin d'être réglée. Le problème concerne moins sa transposition pratique que le défaut d'accord sur la question de savoir s'il y a un vrai désir, un besoin de créer un corps de règles pour l'administration de la preuve fixe ou pas. La flexibilité est synonyme de l'arbitrage et les parties recherchent expressément cette qualité. Standardiser les règles irait à l'encontre de cette idée fondamentale, Mais pour des raisons d'efficacité et de coûts, lesquelles font que l'arbitrage est de plus en plus critiqué aujourd'hui, on ne peut qu'espérer qu'en matière d'administration de la preuve, une certaine standardisation pour le futur. Nous venons de voir qu'en pratique cela serait envisageable mais que l'obstacle réel réside dans ce que l'arbitrage représente pour les parties.

C'est alors se poser d'abord la question de la juridicisation de l'arbitrage international, or ce point devrait faire l'objet d'une autre étude.



## BIBLIOGRAPHIE

### Sources des pays de tradition romano-germanique

---

#### *I. Ouvrages généraux*

Matthieu DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, collection GLN éditions Joly, 1990

Karl-Heinz BOECKSTIEGEL, *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, Carl Heymanns Verlag, Band 14, 2001

Karl-Heinz BOECKSTIEGEL, Klaus Peter BERGER, Jens BREDOW, *The taking of evidence in international arbitration*, Carl Heymanns Verlag, 2010

P. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *On international commercial arbitration*, edited by Emmanuel Gaillard and John Savage, Kluwer Law international, 1999

Emanuel GAILLARD, *Legal theory of international arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010

D. MATRAY. et G. MATRAY, *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruylant, 2009

Henri-Jacques NOUGEIN, Romain DUPEYRÉ, *Règles et pratiques du droit français de l'arbitrage*, Gazette du Palais, Lextenso éd., 2012

Jean-François POUDRET, Sébastien BESSON, *Comparative law of international arbitration*, traduction par Stephen V Berti et Annette Ponti, 2<sup>nd</sup>ed. , Thomson Sweet and Maxwell, 2002



Eric SCHAEFER, Herman VERBIST, Christophe IMHOOS, *L'arbitrage de la chambre de commerce internationale (CCI) en pratique*, Bruylant S.A Bruxelles, 2002

Dominique VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, Gaulino Lextenso editions, 2012

## ***II. Mélanges et Etudes***

Etudes offertes à Pierre BELLET, Litec, 1991

Mélanges Jacques van COMPERNOLLE, Bruylant Bruxelles 2004

- F. RICCI, *L'arbitre et la preuve en droit italien*

Mélanges en l'honneur de François KNOEPFLER édités par François Bohnet et Pierre Wessner, Collections Neufchâteloise, Helbing et Lichtenhahn, 2005

- Yves Derains, *Le témoin en matière d'arbitrage international*

Etudes de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE, Helbing et Lichtenhahn, 1993 :

- Justin Thorens, *L'arbitre international au point de rencontre des traditions du droit civil et de la common law –deux problèmes liés, l'un à la communication des pièces et l'autre à l'audition des témoins*
- Karl-Heinz Boeckstiegel, *Experiences as an Arbitrator Using the UNCITRAL Arbitration Rules*
- Jean-François Poudret, *Expertise et droit d'être entendu dans l'arbitrage international*

Liber amicorum en l'honneur de Serge LAZAREFF sous la direction de Laurent Lévy et Yves Derains, A. Pedone, 2011

Les arbitres internationaux, éditions de la société de législation comparée, 2005



- Alexis Mourre, *L'administration de la preuve orale dans l'arbitrage international : état actuel de la pratique et perspective d'évolution*

### **III. Revues, articles et autres**

D. COHEN, *Non-paiement de la provision d'arbitrage, droit d'accès à la justice et égalité des parties : avancée ou menace pour l'arbitrage ?*, Cah. arb. 2012, n°1

D. COHEN, *La soumission de l'arbitrage international à la loi française (Commentaire de l'article 1495 NCPC)*, Rev.arb., 1991

Yves DERAÏNS, «La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international », *Revue de l'arbitrage*, 2004, n°4

E. GAILLARD, *Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international*, Rev. arb. 2005

G. BOLARD, *Les principes directeurs du procès arbitral*, Rev. arb., 2004

E. LOQUIN, *A la recherche du principe d'égalité des parties dans le droit de l'arbitrage*, CAPJIA 2008-2

X.NORMA ND-BODARD, *La préparation du témoin en arbitrage international*, Petites Affiches, 30 avril 2008, n° 87, p.4. Bulletin du Barreau de Paris, n 9, mars 2008

C. REYMOND, *Civil Law and Common Law Procedures: Which is more Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response*, Arb. Int'l, 1989, n°4, p. 366

G. ROUHETTE, *L'administration de la preuve au cours des arbitrages commerciaux se déroulant selon les systèmes de droit français et de common law*, Rev.arb,1974.237

A. SCHLAEPFER, P. BAERTSCH, *A few reflections on the assessment of evidence by international arbitrators*, RDAI, n°3, 2010



G. VON SEGESSEN, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the IBA on 29 May 2010*, ASA Bulletin, Kluwer Law International, 2010 vol. 28 n°4

Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage international de la CCI, *La production de documents dans l'arbitrage international*, supplément spécial 2006 :

- Y. DERAÏNS, *Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux, un point de vue continental*
- B. HANOTIAU, *La production de documents dans l'arbitrage international : essai de définition des « meilleures pratiques »*
- L. B. KIMMELMAN et D. C. MACGRATH, *La production des documents aux Etats-Unis*
- R. H. SMITH, *Améliorer l'efficacité de la production de documents devant les tribunaux arbitraux – un point de vue nord-américain*

*L'administration de la preuve dans les procédures arbitrales internationales*, the dossiers of the institute of international business law and practice, Paris ICC; New York, N.Y.: ICC Pub. Corp., 1990

#### **IV. Sentences**

Dominique HASCHER, *Recueil des décisions de procédure dans l'arbitrage CCI*, ICC publishing SA, Kluwer Law International, 1993-1996



## Sources des pays issus de tradition de *common law*

---

### **I. Ouvrages généraux :**

Gary BORN, *International arbitration cases and material*, Wolters Kluwer, 2011

James H. CARTER, John FELLAS, *International commercial arbitration in New-York*, Oxford university press, 2010

Guiditta CORDERO-MOSS, *International commercial arbitration, different forms and their features*, Cambridge University Press, 2013

Julian D. M. LEW, Loukas A. MISTELIS, Stefan M. KROELL, *Comparative international commercial arbitration*, Kluwer law international, 2003

Pedro J. MARTINEZ-FRAGA, *The American Influence on International Arbitration – Doctrinal Developments an Discovery Methods*, Cambridge University Press, 2009

Margaret L. MOSES, *The principles and practice of International commercial arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Cambridge University Press, 2008

Lawrence W. NEWMAN, Richard D. HILL, *The leading arbitrators' guide to international arbitration*, 2<sup>nd</sup>éd., Juris Publishing, Inc. 2008

Lawrence W. NEWMAN, Ben H. SHEPPARD Jr., *Take the witness: Cross-examination in international arbitration*, Juris, 2010

Nathan O'MALLEY, *Rules of evidence in international arbitration*, Informa London, 2012

Alan REDFERN, Martin HUNTER, *On international arbitration*, 5<sup>th</sup> ed., edited by Nigel Blackaby and Constantine Partasides, Oxford University Press, 2009

Rufus V. RHOADES, Daniel M. KOLKEY, Richard CHERNICK, *Practitioner's handbook on international arbitration and mediation*, 2<sup>nd</sup> ed., JurisNet LLC, 2007



In Arthur W. ROVINE, *Contemporary Issues in International arbitration and mediation*, The Fordham Papers 2011, Martinus Nijhoff Publishers, 2011

- Pedro J. Martinez-Fraga, *Adam, How about a second bite at the Apple? Revising the need for uniformity in the application of res judicata in international commercial and treaty-based arbitration*
- David W. Rivkin, *The revised IBA rules on the taking of evidence*
- Catherine A. Rogers, *The restatements As "New Rules"*
- George A. Bermann, *American Exceptionalism in International Arbitration*

Jeffrey WAINCYMER, *Procedure and Evidence in international arbitration*, Wolters Kluwer law and business, 2012

Frank-Bernd WEIGLAND, *Practitioners Handbook on international commercial arbitration*, Oxford university press, 2009

SIMPSON THACHER and BARTLETT LLP, *Comparison of international arbitration rules*, 4<sup>th</sup> edition, Juris, 2013

## **II. Revues, articles et autres**

A. de LOTBINIERE- MC DOUGALL, N. BOUCHARDIE, *L'arbitre international et la preuve documentaire*, RDAI, n°4, 2008

G. KAUFMAN-KOHLER, *Globalization of arbitral procedure*, Vand. J. Transnat'l L., 2003

R. PIETROWSKI, *Evidence in international arbitration*, Arb. Int'l, Vol. 22, n°3, LCIA, 2006

P. M. PATOCCHI, L. MEAKIN, *Procedure and the taking of evidence in international commercial arbitration – The interaction of civil law and common law procedures*, Int'l Bus. L.J, 1996

L. VERCAUTEREN,, « The taking of documentary evidence in international arbitration»,



Am. Rev. Int'l Arb, 2012, n°23

J. El AHDAB, A. BOUCHENAKI, *Discovery in international arbitration: a foreign creature for civil lawyers?*, in Albert Jan van den Berg, *Arbitration advocacy in changing times*, ICCA Congress series, 2010, Rio Volume 15, Kluwer law international, 2011

A. MARRIOTT, *Evidence in international arbitration*, 5 Arb. Int'l, 1989

R. K. WARD, *The Flexibility of Evidentiary Rules in International Trade Dispute Arbitration Problems Posed to American-Trained Lawyers*, J Int'l Arb, 1996, Vol 13, n°3, Kluwer Law International

J.G. WETTER, *The Conduct of the Arbitration*, 2 J. Int'LAB, June 1985

«Quo Vadis Arbitration? », in, Albert Jan van den Berg (ed), *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference*, ICCA Congress Series, 2009 Dublin Volume 14, Kluwer Law International, 2009

### ***III. Sites internet***

Commentary on the revised text of the 2010 IBA rules on the taking of evidence in international arbitration by the 1999 IBA working party and the 2010 IBA rules of evidence review subcommittee, ibanet.org:

[www.ibanet.org/publications/publications IBA guides and free materials.aspx](http://www.ibanet.org/publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)

Principes Ali/Unidroit de procédure civile transnationale:

<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>

CPR protocol on disclosure of documents and presentation of witnesses in commercial arbitration:



<http://www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx>



## ANNEXES:

# Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international

*Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010*

## Préambule

1. Les présentes Règles IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international ont pour objectif d'établir une procédure efficace, économique et équitable d'administration de la preuve dans l'arbitrage international, en particulier pour des parties de traditions juridiques différentes. Elles sont conçues pour compléter les dispositions légales et les règlements institutionnels, *ad hoc* ou autres pouvant s'appliquer au déroulement de l'arbitrage.

2. Les parties et les tribunaux arbitraux peuvent adopter les Règles IBA sur la preuve, en tout ou en partie, pour régir la procédure d'arbitrage ou elles peuvent les adapter ou s'en servir comme principes directeurs pour élaborer leurs propres procédures. Les Règles ne visent pas à restreindre la souplesse inhérente à l'arbitrage international, et l'avantage qu'elle présente, et les parties et les tribunaux arbitraux sont libres de les adapter aux circonstances particulières de chaque arbitrage.

3. L'administration de la preuve doit se dérouler conformément au principe selon lequel chaque partie doit agir de bonne foi et 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.

### 4. Définitions

Dans les Règles IBA sur la preuve: '*Audience sur la preuve*' vise toute audience, se déroulant sur une période de un ou plusieurs jours, consécutifs ou non, au cours de laquelle le Tribunal Arbitral, aussi bien physiquement que par téléconférence, vidéoconférence ou par une autre méthode, reçoit une preuve orale ou autre '*Déclaration de témoin*' vise une déclaration écrite signée par un témoin de faits;

'*Défendeur*' vise la ou les Parties à l'encontre desquelles le Demandeur a introduit sa demande et toute Partie qui, par voie d'intervention ou autrement, devient une Partie et a des intérêts convergents avec cette ou ces Parties, y compris le Défendeur qui introduit une demande reconventionnelle;

'*Demande de production*' vise la demande écrite d'une Partie sollicitant la production de Documents par une autre Partie;

'*Demandeur*' vise la ou les Parties qui ont engagé l'arbitrage et toute partie qui, par voie d'intervention ou autrement, devient une Partie et a des intérêts convergents avec cette ou ces Parties;



'Document' vise un écrit, une communication, une image, un dessin, un programme ou une donnée de quelque nature qu'elle soit, aussi bien enregistrée que conservée sur support papier ou électronique, audio, visuel ou par tout autre moyen;

'Expert désigné par le Tribunal' vise une personne ou une organisation désignée par le Tribunal Arbitral pour se prononcer sur des questions précises formulées par le Tribunal Arbitral;

'Expert désigné par une Partie' vise une personne ou une organisation désignée par une Partie pour se prononcer sur des questions précises formulées par cette Partie;

'Partie' vise une partie à l'arbitrage;

'Rapport d'expertise' vise le rapport écrit par un Expert désigné par le Tribunal ou un Expert désigné par une Partie;

'Règlement' vise le règlement institutionnel, *ad hoc* ou autre applicable à l'arbitrage;

'Règles IBA sur la preuve' ou 'Règles' vise les présentes Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, en leur version révisée ou modifiée;

'Tribunal Arbitral' vise un arbitre unique ou un tribunal arbitral.

## **Article 1 Champ d'application**

1. Lorsque les Parties ont prévu, ou que le Tribunal Arbitral a décidé, d'appliquer les Règles IBA sur la preuve, les Règles régissent l'administration de la preuve, sauf si une ou plusieurs des dispositions spécifiques qu'elles contiennent entrent en conflit avec une disposition impérative du droit applicable choisi par les Parties ou que le Tribunal Arbitral estime applicable.

2. Lorsque les Parties ont choisi d'appliquer les Règles IBA sur la preuve, elles sont réputées avoir accepté, sauf stipulation contraire, la version des Règles en vigueur à la date de leur accord.

3. En cas de conflit entre le Règlement et les Règles IBA sur la preuve, le Tribunal Arbitral applique les Règles IBA sur la preuve de la façon qu'il estime la plus appropriée afin d'atteindre les objectifs du Règlement et ceux des Règles IBA sur la preuve, à moins que les Parties n'en aient disposé autrement.

4. En cas de désaccord sur l'interprétation des Règles IBA sur la preuve, le Tribunal Arbitral les interprète au regard de leurs objectifs et de la façon la plus appropriée à l'arbitrage en question.

5. Si les Règles IBA sur la preuve et le Règlement sont silencieux sur une question concernant l'administration de la preuve, et sauf stipulation contraire des Parties, le Tribunal Arbitral dirige l'administration de la preuve de la façon qu'il juge la plus appropriée conformément aux principes généraux des Règles IBA sur la preuve.

## **Article 2 Consultation sur les questions de preuve**



1. Le Tribunal Arbitral consulte les Parties aussitôt que possible et les invite à se concerter et à s'accorder pour organiser l'administration de la preuve de la manière la plus efficace, économique et équitable que possible.
2. La consultation peut porter sur l'étendue et les modalités de l'administration de la preuve, ainsi que sur le stade de la procédure auquel les preuves pourront être produites. En particulier, le Tribunal Arbitral peut consulter les Parties sur:
  - (a) la préparation et la production de Déclarations de témoin et de Rapports d'expertise;
  - (b) l'administration de la preuve orale lors d'une Audience sur la preuve;
  - (c) les conditions et règles procédurales applicables à la production de Documents ainsi que la forme de ces derniers;
  - (d) le degré de confidentialité à respecter en ce qui concerne les preuves produites dans l'arbitrage et
  - (e) la meilleure manière de faire en sorte que l'administration de la preuve se fasse de façon efficace et économique en évitant la consommation de ressources inutiles.
3. Le Tribunal Arbitral est encouragé à identifier et à soumettre aux Parties, dès qu'il l'estime approprié, toute question:
  - (a) qu'il estime pertinente au regard des questions en litige et de la solution du différend; et/ou
  - (b) pour laquelle il pourrait être opportun de prendre une décision préliminaire.

### **Article 3 Documents**

1. Chaque Partie communique au Tribunal Arbitral et aux autres Parties, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, tous les Documents à sa disposition et sur lesquels elle entend se fonder, y compris les Documents à caractère public et ceux se trouvant dans le domaine public, à l'exception des Documents ayant déjà été produits par une autre Partie.
2. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, toute Partie peut soumettre une Demande de production au Tribunal Arbitral et aux autres Parties.
3. La Demande de production doit contenir: (a) (i) une description de chacun des Documents dont la production est demandée qui soit suffisante pour l'identifier, ou (ii) une description 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. Pour ce qui concerne les Documents conservés sous forme électronique, la Partie sollicitant la production pourra identifier, ou le Tribunal Arbitral lui ordonner d'identifier, des fichiers électroniques, des mots-clés ou d'autres moyens permettant de rechercher les Documents demandés de façon efficace et économique; (b) une déclaration concernant la pertinence des Documents demandés au regard des questions en litige et de la solution du différend; et (c) (i) une déclaration précisant que les Documents demandés ne sont pas en la possession ou sous le contrôle de la Partie qui en sollicite la production, ou indiquant les raisons pour lesquelles la production de ces Documents imposerait un fardeau déraisonnable à la Partie qui sollicite la production, et (ii) une déclaration concernant les motifs pour



lesquels la Partie qui sollicite la production estime que les Documents demandés sont en la possession ou sous le contrôle d'une autre Partie.

4. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, la Partie à laquelle la Demande de production est adressée doit produire aux autres Parties, et au Tribunal Arbitral si ce dernier l'ordonne, 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.

5. Si la Partie à laquelle la Demande de production est adressée formule une objection à la Demande de production d'un ou plusieurs des Documents visés, elle doit formuler cette objection par écrit au Tribunal Arbitral et aux autres Parties dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral. Une telle objection peut être fondée sur un des motifs énoncés à l'Article 9.2 ou sur un manquement à l'une des exigences prévues à l'Article 3.3.

6. A réception d'une telle objection, le Tribunal Arbitral peut inviter les Parties concernées à se concerter afin de la résoudre.

7. Toute Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, demander au Tribunal Arbitral de statuer sur l'objection ainsi soulevée. Le Tribunal Arbitral examine alors, en consultation avec les Parties et dans les meilleurs délais, la Demande de production et l'objection. Le Tribunal Arbitral peut ordonner à la Partie à qui la Demande est adressée de produire tout Document demandé se trouvant en sa possession ou sous son contrôle et à l'égard duquel le Tribunal Arbitral estime (i) que 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 par l'Article 9.2 n'est applicable, et (iii) que les conditions de l'Article 3.3 ont été remplies. Les Documents dont la production est ordonnée doivent être produits aux autres Parties et, si le Tribunal l'ordonne, au Tribunal Arbitral.

8. Dans des circonstances exceptionnelles, si le bienfondé d'une objection ne peut être déterminé qu'en examinant un Document, le Tribunal Arbitral peut décider de ne pas l'examiner. En ce cas, le Tribunal Arbitral peut, après consultation des Parties, nommer un expert indépendant et impartial, lequel sera tenu à la confidentialité, pour examiner ce Document et faire rapport sur l'objection. Dans la mesure où le Tribunal Arbitral estime fondée l'objection à la Demande de production, l'expert ne doit divulguer le contenu du Document examiné ni au Tribunal Arbitral, ni aux autres Parties.

9. Si une Partie souhaite obtenir la production de Documents d'une personne ou d'une organisation qui n'est pas partie à l'arbitrage et de qui la Partie ne peut les obtenir par elle-même, cette Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, demander au 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. La Partie doit soumettre une telle demande par écrit au Tribunal Arbitral et aux autres Parties en respectant les exigences prévues par l'Article 3.3. Le Tribunal Arbitral statue sur cette demande et prend, autorise la Partie requérante à prendre, ou ordonne à toute Partie de prendre, les mesures qu'il juge appropriées s'il estime, à sa discrétion, (i) que les documents sont pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend, (ii) que les exigences de l'Article 3.3, dans la mesure où elles



sont applicables, ont été satisfaites, et *(iii)* qu'aucun des motifs d'objection prévus à l'Article 9.2 ne s'applique.

10. A tout moment avant la fin de l'arbitrage, le Tribunal Arbitral peut *(i)* demander à toute Partie de produire des Documents, *(ii)* demander à toute Partie de faire de son mieux pour prendre, ou *(iii)* prendre lui-même, toute mesure qu'il estime appropriée pour obtenir des Documents détenus par toute personne ou organisation. La Partie à qui une telle demande de Documents est adressée peut s'opposer à cette demande pour l'un des motifs prévus à l'Article 9.2. Dans cette hypothèse, les Articles 3.4 à 3.8 s'appliquent par analogie.

11. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, les Parties peuvent produire au Tribunal Arbitral et aux autres Parties tous Documents additionnels sur lesquels elles envisagent de se fonder ou qu'elles estiment, à la suite des questions résultant notamment de Documents, de Déclarations de témoin, de Rapports d'expertise ou de mémoires des Parties, devenus pertinents au regard des questions en litige et de la solution du différend.

12. Les règles suivantes seront applicables aux modalités de présentation ou de production des Documents: (a) toutes copies doivent être conformes aux originaux et, à la demande du Tribunal Arbitral, tout original d'un Document produit en copie doit être présenté pour vérification; (b) sauf accord contraire des parties ou, en l'absence d'accord, sur décision du Tribunal Arbitral, les Documents qu'une Partie conserve sous forme électronique doivent être déposés ou produits sous la forme la plus pratique ou économique afin d'être raisonnablement exploitables par leurs destinataires; (c) sauf décision contraire du Tribunal Arbitral, une Partie n'est pas tenue de produire plusieurs exemplaires de Documents qui sont pour l'essentiel identiques; et (d) toutes traductions doivent être produites avec les versions originales des Documents traduits, et identifiées comme telles avec indication de la langue d'origine.

13. Tout Document déposé ou produit par une Partie ou par une personne qui n'est pas partie à l'arbitrage et n'appartenant pas au domaine public doit être tenu confidentiel par le Tribunal Arbitral et les autres Parties, et ne peut être utilisé qu'en lien avec l'arbitrage. Il ne peut être dérogé à cette exigence que si la communication du Document 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.

Le Tribunal Arbitral peut décider des conditions auxquelles sera soumise la confidentialité. Le présent article est sans préjudice de toutes autres obligations de confidentialité qui peuvent s'imposer aux parties dans le cadre de l'arbitrage.

14. Si l'arbitrage est organisé de façon séquentielle ou par phases (par exemple, sur la compétence, sur certaines questions préliminaires, sur la responsabilité ou sur le quantum), le Tribunal Arbitral peut, après consultation des Parties, organiser la production des Documents et l'échange de Demandes de production séparément pour chacune des séquences ou phases de l'arbitrage.



#### Article 4 Témoins de faits

1. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, chaque Partie identifie les témoins sur le témoignage desquels elle entend se fonder, ainsi que l'objet de leur témoignage.
2. Toute personne peut témoigner, y compris une Partie ainsi qu'un dirigeant, un employé ou un autre représentant d'une Partie.
3. Une Partie ou ses dirigeants, employés, conseils ou autres représentants peuvent, sans commettre d'irrégularité, rencontrer les témoins ou témoins potentiels de cette Partie, et discuter avec eux de leur éventuel témoignage.
4. Le Tribunal Arbitral peut ordonner à chaque Partie de soumettre dans un certain délai au Tribunal Arbitral et aux autres Parties une Déclaration de témoin pour chaque témoin sur le témoignage duquel elle entend se fonder, à l'exception des témoins visés aux Articles 4.9 ou 4.10. Si les Audiences sur la preuve sont organisées de façon séquentielle ou par phases (par exemple, sur la compétence, sur certaines questions préliminaires, sur la responsabilité ou sur le quantum), le Tribunal Arbitral ou les Parties peuvent, d'un commun accord, organiser la production des Déclarations de témoin de façon séquentielle ou par phases.
5. Chaque Déclaration de témoin doit contenir: (a) les nom, prénom et adresse du témoin, ainsi qu'une déclaration sur ses éventuels liens actuels et passés avec chacune des Parties et, si une telle description peut être pertinente au regard du litige ou du contenu de la Déclaration de témoin, une description de son expérience professionnelle, de ses diplômes, de sa formation et de son expérience; (b) 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, d'une manière qui soit suffisante pour permettre que la Déclaration de témoin constitue le témoignage du témoin sur les faits en litige. Tous les Documents sur lesquels se fonde le témoin et qui n'ont pas déjà été produits doivent être fournis avec sa Déclaration de témoin; (c) 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; (d) une affirmation quant à la véracité de la Déclaration de témoin; et (e) la signature du témoin accompagnée de la date et du lieu de signature de la Déclaration de témoin.
6. Si des Déclarations de témoin sont produites, toute Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, soumettre au Tribunal Arbitral et aux autres Parties des Déclarations de témoin modifiées ou additionnelles, y compris des Déclarations de personnes n'ayant pas encore été désignées en qualité de témoin, à la condition que les éléments nouveaux ainsi introduits n'aient pour objet que de répondre à des éléments nouveaux contenus notamment dans une Déclaration de témoin, un Rapport d'expertise ou un mémoire d'une autre Partie.
7. Si un témoin, dont la comparution a été demandée conformément à l'Article 8.1, ne se présente pas sans raison valable pour témoigner à une Audience sur la preuve, le Tribunal Arbitral écarte, sauf décision contraire justifiée par des circonstances



exceptionnelles, toute Déclaration écrite de ce témoin et produite en vue de cette Audience sur la preuve.

8. Si la comparution d'un témoin n'a pas été requise conformément à l'Article 8.1, aucune des autres Parties ne sera réputée avoir de ce fait acquiescé au contenu de sa Déclaration de témoin.

9. Si une Partie souhaite présenter le témoignage d'une personne qui ne comparaitra pas volontairement à sa demande, cette Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, lui demander de prendre toute mesure légalement autorisée en vue d'obtenir le témoignage de cette personne, ou lui demander l'autorisation de prendre elle-même de telles mesures. Dans ce cas, cette Partie doit identifier le témoin concerné, décrire les sujets sur lesquels son témoignage est requis, et en établir la pertinence au regard des questions en litige et de la solution du différend. Le Tribunal Arbitral statue sur cette demande et prend, autorise la Partie requérante à prendre, ou ordonne à toute autre Partie de prendre, les mesures qu'il juge appropriées s'il estime, à sa discrétion, que le témoignage sollicité est pertinent au regard des questions en litige et de la solution du différend.

10. A tout moment avant la fin de l'arbitrage, le Tribunal Arbitral peut ordonner à une 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. Une Partie à qui une telle demande est adressée peut y objecter pour l'une des raisons prévues à l'Article 9.2.

## **Article 5 Experts désignés par une Partie**

1. Une Partie peut recourir à un Expert désigné par une Partie comme moyen de preuve à l'égard de questions données. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, (i) chaque Partie identifie tout Expert désigné par une Partie sur le témoignage duquel elle entend se fonder et l'objet de ce témoignage, et (ii) l'Expert désigné par une Partie présente un Rapport d'expertise.

2. Le Rapport d'expertise doit contenir: (a) le nom complet et l'adresse de l'Expert désigné par une Partie, une déclaration de ses éventuels liens actuels et passés avec chacune des Parties, leurs conseils et le Tribunal Arbitral et une description de son expérience professionnelle, de ses diplômes, de sa formation et de son expérience; (b) une description des instructions que l'Expert désigné par une Partie a reçues et sur la base desquelles il formule ses opinions et ses conclusions; (c) une déclaration de son indépendance à l'égard des Parties, de leurs conseils et du Tribunal Arbitral; (d) les faits sur lesquels il fonde ses opinions et ses conclusions à titre d'expert; (e) ses opinions et ses conclusions à titre d'expert, y compris une description des éléments de preuve et des informations sur lesquels il s'est appuyé et des méthodes employées pour y parvenir. Tous les documents sur lesquels se fonde l'Expert désigné par une Partie et qui n'ont pas déjà été produits doivent être fournis; (f) si le Rapport d'expertise a été traduit, une déclaration concernant la langue dans laquelle il a initialement été préparé et la langue



dans laquelle l'Expert désigné par une Partie envisage de témoigner à l'Audience sur la preuve; (g) une affirmation selon laquelle il estime en toute bonne foi exactes les opinions exprimées dans son Rapport d'expertise; (h) la signature de l'Expert désigné par une Partie accompagnée de la date et du lieu de signature de son Rapport d'expertise; (i) si le Rapport d'expertise a été signé par plusieurs personnes, l'attribution à ses auteurs respectifs de l'intégralité ou de parties déterminées du Rapport d'expertise.

3. Si des Rapports d'expertise sont produits, toute Partie peut, dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, soumettre au Tribunal Arbitral et aux autres Parties des Rapports d'expertise modifiés ou additionnels, y compris des rapports ou déclarations de personnes qui n'ont pas été précédemment identifiées comme Experts désignés par une Partie, à la condition que les éléments nouveaux ainsi introduits n'aient pour objet que de répondre à des éléments nouveaux contenus dans une Déclaration de témoin, un Rapport d'expertise ou un mémoire d'une autre Partie.

4. Le Tribunal Arbitral peut, à sa discrétion, ordonner que tous les Experts désignés par une Partie ayant soumis ou devant soumettre des Rapports d'expertise sur une même question ou sur des questions liées entre elles se rencontrent et se concertent sur ces questions. Au cours de cette réunion, ces experts s'efforceront de parvenir à un accord sur les questions faisant l'objet de leurs Rapports d'expertise respectifs. Ils consigneront ensuite par écrit chacune des questions sur lesquelles ils sont arrivés à un accord ainsi que les points de désaccord qui subsistent et les raisons pour lesquelles ils n'ont pu parvenir à un accord sur ces points.

5. Si un Expert désigné par une Partie, dont la comparution a été requise conformément à l'Article 8.1, ne se présente pas sans raison valable pour témoigner à une Audience sur la preuve, le Tribunal Arbitral écarte, sauf décision contraire justifiée par des circonstances exceptionnelles, le ou les Rapports d'expertise de cet expert produits en vue de cette Audience sur la preuve.

6. Si la comparution d'un Expert désigné par une Partie n'a pas été requise conformément à l'Article 8.1, aucune des autres Parties ne sera réputée avoir de ce fait convenu de l'exactitude du contenu de son Rapport d'expertise.

## **Article 6 Experts désignés par le Tribunal**

1. Le Tribunal Arbitral, après consultation des Parties, peut désigner un ou plusieurs experts indépendants pour se prononcer sur des questions précises formulées par lui. Le Tribunal Arbitral établit, après avoir consulté les Parties, l'acte de mission de tout expert qu'il désigne. Le Tribunal Arbitral adresse aux Parties un exemplaire de l'acte de mission destiné à l'Expert désigné par le Tribunal.

2. Avant d'accepter sa mission, l'Expert désigné par le Tribunal soumet au Tribunal Arbitral et aux Parties une description de ses qualifications ainsi qu'une déclaration d'indépendance à l'égard des Parties, de leurs conseils et du Tribunal Arbitral. Dans le



délai imparti par le Tribunal Arbitral, les Parties communiquent au Tribunal Arbitral leurs éventuelles objections quant aux qualifications et à l'indépendance de l'expert. Le Tribunal Arbitral statue sans délai sur ces objections. Une Partie ne peut contester les qualifications et l'indépendance d'un Expert désigné par le Tribunal que pour des motifs dont elle a eu connaissance après sa désignation. En un tel cas, le Tribunal Arbitral statue sans délai sur les mesures à prendre.

3. Sous réserve des dispositions de l'Article 9.2, l'Expert désigné par le Tribunal peut demander à une Partie de fournir toute information ou de lui permettre l'accès à tous Documents, produits, échantillons, propriétés, machines, systèmes, procédés ou sites pour lui permettre de procéder à toutes inspections pouvant être pertinentes au regard des questions en litige et de la solution du différend. L'Expert désigné par le Tribunal jouit à cet égard des mêmes pouvoirs que le Tribunal Arbitral. Les Parties et leurs représentants ont le droit d'obtenir les informations reçues par l'Expert désigné par le Tribunal et d'assister à toutes inspections effectuées par lui. Tout désaccord entre un Expert désigné par le Tribunal et une Partie quant à la pertinence, à l'importance ou au caractère approprié d'une telle demande est

tranché par le Tribunal Arbitral, conformément aux Articles 3.5 à 3.8. L'Expert désigné par le Tribunal doit consigner dans son Rapport d'expertise tout refus d'une Partie de se soumettre à une demande de sa part ou à une décision du Tribunal Arbitral et doit en décrire les conséquences sur la résolution de la ou des questions formulées par le Tribunal Arbitral.

4. L'Expert désigné par le Tribunal Arbitral remet un Rapport d'expertise écrit au Tribunal. Ce Rapport doit contenir: (a) les nom, prénom et adresse de l'Expert désigné par le Tribunal et une description de son expérience professionnelle, de ses diplômes, de sa formation et de son expérience; (b) les faits sur lesquels il fonde ses opinions et ses conclusions à titre d'expert; (c) ses opinions et ses conclusions à titre d'expert, y compris une description des éléments de preuve et des informations sur lesquels il s'est appuyé et des méthodes employées pour y parvenir. Tous les documents sur lesquels se fonde l'Expert désigné par le Tribunal et qui n'ont pas déjà été produits doivent être fournis; (d) si le Rapport d'expertise a été traduit, une déclaration concernant la langue dans laquelle il a initialement été préparé et la langue dans laquelle l'Expert désigné par le Tribunal envisage de témoigner à l'Audience sur la preuve; (e) une affirmation selon laquelle il estime en toute bonne foi exactes les opinions exprimées dans son Rapport d'expertise; (f) la signature de l'Expert désigné par le Tribunal accompagnée de la date et du lieu de signature de son Rapport d'expertise; (g) si le Rapport d'expertise a été signé par plusieurs personnes, l'attribution à ses auteurs respectifs de l'intégralité ou de parties déterminées du Rapport d'expertise.

5. Le Tribunal Arbitral adresse un exemplaire de ce Rapport d'expertise aux Parties. Les Parties peuvent examiner toute information de même que tous Documents, produits, échantillons, propriétés, machines, systèmes, procédés ou sites que l'Expert désigné par le Tribunal aura lui-même examinés et avoir accès à toute correspondance échangée entre le Tribunal Arbitral et l'Expert désigné par le Tribunal. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, toute Partie a l'opportunité de répondre au Rapport d'expertise par un mémoire, une Déclaration de témoin ou un Rapport d'expertise établi par un Expert



désigné par une Partie. Le Tribunal Arbitral adresse à l'Expert désigné par le Tribunal et aux autres Parties ces mémoires, Déclarations de témoin ou Rapports d'expertise.

6. A la demande d'une Partie ou du Tribunal Arbitral, l'Expert désigné par le Tribunal Arbitral doit être présent lors de l'Audience sur la preuve. Le Tribunal Arbitral peut interroger l'Expert désigné par le Tribunal, et celui-ci peut également être interrogé par les Parties ou par tout Expert désigné par une Partie sur les questions évoquées dans son Rapport d'expertise, dans les mémoires des Parties, dans les Déclarations de témoins ou dans les Rapports d'expertise établis par les Experts désignés par une Partie en vertu de l'Article 6.5

7. Le Tribunal Arbitral appréciera tout Rapport d'expertise établi par un Expert désigné par le Tribunal et les conclusions qu'il convient d'en tirer en tenant compte de toutes les circonstances de l'affaire.

8. Les honoraires et frais de l'Expert désigné par le Tribunal, qui seront répartis selon ce que ce dernier décidera, feront partie des coûts de l'arbitrage.

## **Article 7 Inspection**

Sous réserve de l'Article 9.2, le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, s'il le juge approprié, inspecter lui-même, ou demander à tout Expert désigné par le Tribunal ou par une Partie d'inspecter, tout site, propriété, machine ou tous produits, échantillons, systèmes, procédés ou Documents. Le Tribunal Arbitral détermine, en consultation avec les Parties, le moment et les modalités de l'inspection. Les Parties et leurs représentants ont le droit d'assister à toute inspection ainsi réalisée.

## **Article 8 Audience sur la preuve**

1. Dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral, chaque Partie informe le Tribunal Arbitral et les autres Parties des témoins dont elle requiert la comparution à l'Audience sur la preuve.

Sous réserve de l'Article 8.2, tout témoin (incluant, aux fins du présent Article, aussi bien des témoins de faits que des experts) dont la comparution a été demandée par le Tribunal Arbitral ou par une Partie doit comparaître pour témoigner à l'Audience sur la preuve. Chaque témoin comparaît en personne, à moins que le Tribunal Arbitral n'ait autorisé le recours à une vidéoconférence ou à une technologie similaire pour un témoin déterminé.

2. Le Tribunal Arbitral conserve à tout moment un contrôle complet de l'Audience sur la preuve. Il peut limiter ou exclure toute question, réponse ou comparution d'un témoin s'il estime que cette question, cette réponse ou ce témoignage est 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 à l'Article 9.2 ou qu'il impose un fardeau déraisonnable. Les questions posées à un témoin par la partie ayant offert son témoignage lors de son interrogatoire direct et de son ré-interrogatoire ne doivent pas être formulées de telle sorte qu'elles orientent ses réponses de façon excessive.



3. Les règles suivantes s'appliquent aux témoignages oraux: (a) le témoignage des témoins du Demandeur est en principe présenté en premier lieu, suivi par celui des témoins du Défendeur; (b) toute Partie autre que celle ayant présenté le témoin peut, après l'interrogatoire direct de ce dernier, et dans l'ordre déterminé par le Tribunal Arbitral, l'interroger à son tour. La Partie ayant présenté le témoin aura ensuite la possibilité de lui poser certaines questions complémentaires portant sur les sujets abordés lors de l'interrogatoire des autres Parties; (c) le Demandeur présente normalement ensuite le témoignage des experts qu'il a désignés, qui est suivi par celui des Experts désignés par le Défendeur. La Partie ayant présenté un expert pourra, à l'issue de l'interrogatoire de celui-ci par les autres Parties, lui poser certaines questions complémentaires portant sur les sujets abordés lors de l'interrogatoire des autres Parties; (d) le Tribunal Arbitral peut interroger tout Expert désigné par lui, et ce dernier peut aussi être interrogé par les Parties ou par tout Expert désigné par une Partie sur le contenu de son Rapport d'expertise, sur les mémoires des Parties ou sur le contenu des Rapports d'expertise des Experts désignés par une Partie; (e) si l'arbitrage est organisé de façon séquentielle ou par phases (par exemple, sur la compétence, sur certaines questions préliminaires, sur la responsabilité ou sur le quantum), les Parties peuvent convenir, ou le Tribunal Arbitral peut ordonner, que les témoignages soient présentés séparément ou par phases; (f) le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, apporter toutes modifications au processus prévu par cet article. Il peut, notamment, ordonner que les témoignages soient présentés par questions déterminées ou de façon à ce que plusieurs témoins puissent être interrogés en même temps et confrontés (conférence de témoins); (g) le Tribunal Arbitral peut à tout moment poser des questions à un témoin. 4. Lors de son témoignage, le témoin de faits doit d'abord affirmer, de la façon que le Tribunal Arbitral estimera la plus appropriée, qu'il s'engage à dire la vérité ou, s'il s'agit d'un expert, qu'il est en toute bonne foi convaincu que le contenu de son témoignage est exact. Si le témoin a produit une Déclaration de témoin ou un Rapport d'expertise, il doit le confirmer. Les Parties peuvent convenir, ou le Tribunal Arbitral peut ordonner, que la Déclaration du témoin ou le Rapport d'expertise d'un expert tiendra lieu de témoignage direct de ce témoin. 5. Sous réserve des dispositions de l'Article 9.2, le Tribunal Arbitral peut demander à toute personne de fournir par écrit ou oralement toute preuve qu'il considère pertinente au regard des questions en litige et de la solution du différend. Tout témoin appelé par le Tribunal Arbitral et interrogé par ce dernier peut également être interrogé par les Parties.

## **Article 9 Recevabilité et valeur probante des preuves**

1. Le Tribunal Arbitral détermine la recevabilité, la pertinence, et la valeur des preuves qui lui sont présentées.
2. Le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, exclure de la preuve tout témoignage, toute déclaration, tout Document ou toute constatation faite dans le cadre d'une inspection ou encore interdire leur production, pour l'une des raisons



suivantes: (a) ils ne sont pas pertinents au regard des questions en litige ou de la solution du différend;

(b) existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (*légal privilege*) que le Tribunal Arbitral estime applicable; (c) la production de la preuve représente un

fardeau excessif; (d) il a été démontré que, selon toute vraisemblance, le Document a été perdu ou détruit; (e) existence de raisons tenant à des règles de confidentialité commerciale ou technique que le Tribunal Arbitral estime s'imposer avec une force particulière; (f) existence de motifs politiques ou institutionnels particulièrement sensibles (notamment lorsque la preuve est classée comme secrète par un gouvernement ou une institution internationale de droit public) que le Tribunal Arbitral estime s'imposer avec une force particulière; ou (g) existence de considérations d'économie de procédure, de proportionnalité, d'équité ou d'égalité des Parties que le Tribunal Arbitral estime s'imposer avec une force particulière.

3. Lorsque le Tribunal Arbitral apprécie les questions de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique au sens de l'Article 9.2(b) ci-dessus, et dans la mesure où cela est compatible avec toutes règles impératives ou d'éthique qu'il estime applicables, il peut prendre en compte: (a) toute nécessité de protéger la confidentialité d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le but de fournir ou d'obtenir un conseil ou un avis juridique; (b) toute nécessité de protéger la confidentialité

d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le contexte de négociations en vue de parvenir à un règlement amiable; (c) les attentes des Parties et de leurs conseils au moment où la cause de confidentialité ou de secret professionnel est apparue; (d) toute renonciation possible à la confidentialité ou au secret professionnel, que ce soit par consentement, divulgation antérieure, utilisation effective du Document ou de la déclaration, communication orale ou avis y figurant, ou autrement; et (e) la nécessité de maintenir l'égalité entre les Parties et le caractère équitable de la procédure, en particulier lorsque les Parties sont soumises à des règles d'éthique différentes ou relèvent de systèmes juridiques différents.

4. Le Tribunal Arbitral peut, s'il l'estime approprié, prendre les mesures nécessaires afin d'assurer une protection adéquate de la confidentialité des preuves devant être produites ou prises en compte.

5. Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne produit pas tout Document à l'égard duquel une autre Partie a formulé une Demande de production et à laquelle elle n'a pas formulé d'objection dans le délai imparti ou ne produit pas tout Document dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le Tribunal Arbitral peut en déduire que ce Document est contraire aux intérêts de cette Partie.

6. Si une Partie, sans raison satisfaisante, ne fournit pas toute autre preuve pertinente demandée par une autre Partie, y compris un témoignage, alors que cette Partie ne s'est pas opposée à cette demande dans le délai imparti, ou ne fournit pas toute preuve, y compris un témoignage, dont la production a été ordonnée par le Tribunal Arbitral, le



Tribunal Arbitral peut en déduire que cette preuve est contraire aux intérêts de cette Partie.

7. Si le Tribunal Arbitral estime qu'une Partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure permise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve.