



L'administration de la preuve en arbitrage international au regard des règles de *l'International Bar Association* ainsi que des règles de Prague

Laurence GOMME

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2018-2019

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Olivier CAPRASSE

Professeur ordinaire

RESUME

Ce travail traite principalement de l'administration de la preuve en arbitrage international. Cette question divise les praticiens du monde arbitral en deux camps : ceux issus de la tradition de *common law* et ceux issus de la tradition de *civil law*.

Dans un premier temps, les règles de l'*International Bar Association* relatives à l'administration de la preuve ont tenté de concilier ces deux traditions juridiques différentes.

Dans un second temps, les règles de Prague ont, récemment, été publiées ce qui nous permettra, dans ce travail, d'analyser les deux systèmes pour ensuite les comparer.

Enfin, nous essayerons d'envisager l'avenir de ces nouvelles règles de Prague.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier les personnes sans lesquelles je n'aurai pas pu mener à bien le présent travail.

En premier lieu, je remercie mon promoteur, Monsieur Caprasse, pour ses précieux conseils.

Je tiens également à remercier mes proches pour leur soutien et leur relecture durant ce travail.

TABLE DES MATIERES

Introduction	9
Titre 1 – Le concept de <i>soft law</i> - Définition	10
Titre 2 – Les règles de l’<i>International Bar Association</i> sur l’administration de la preuve en arbitrage international (= règles de l’IBA)	11
Chapitre 1 – Remarques générales et notions théoriques	11
Chapitre 2 – Analyse des règles de l’<i>International Bar Association</i> sur l’administration de la preuve en arbitrage international	14
Chapitre 3 – Les mécanismes existants quant à la production de documents	16
Section 1. Remarques diverses	16
Section 2. L’article 3 des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve	17
§1. Caractéristiques des documents concernés	17
§2. Quelle partie est en possession du document ?	19
Section 3. La pertinence des documents et l’admission de la preuve	19
Section 4. La possibilité d’émettre une objection à la demande de production de documents	21
Section 5. La production tardive de documents	21
Section 6. La production de documents inexistantes	21
Section 7. Conclusion quant à cet article 3 des règles de l’IBA	22
Chapitre 4 – La présentation de témoins de faits et d’experts	23
Section 1. Les témoins de faits	23
Section 2. Les experts	24
§1. Désignés par une partie	25
§2. Désignés par un Tribunal Arbitral	25
Chapitre 5 – La réalisation d’inspections	27
Chapitre 6 – Les audiences relatives à la preuve	27
Chapitre 7 – Les avantages et les inconvénients des règles de l’IBA	28
Section 1. Leurs avantages	28
Section 2. Leurs inconvénients	29

Titre 3 – L’admissibilité de la preuve	31
Chapitre 1 – Qu’en est-il de l’admissibilité de la preuve?	31
Chapitre 2 – L’administration de la preuve <i>sensu-stricto</i>	32
 Titre 4 – Les règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en arbitrage international	33
 Titre 5 – Comparaison entre les règles de l’IBA et les règles de Prague	35
§1. Le rôle du Tribunal Arbitral	35
§2. La production de documents	37
§3. La présentation des témoins	39
§4. La désignation d’experts	39
§5. Les audiences relatives à la preuve	40
 Titre 6 – Quel avenir est-il réservé les règles de Prague ?	41
 Conclusion	42
 Bibliographie	44

Introduction

« *L'arbitrage est le facteur d'équilibre pour régler deux contradictions inconciliables* ».

Serge Zeller dans les belles Lettres, France, 1958.

Lors du début de mes études de droit à l'Université de Liège, la première phrase que j'ai entendue est « Pas de preuve, pas de droit ». Effectivement, être en mesure de prouver les faits lors d'un litige est déterminant pour le dénouement de l'affaire. Devant les juridictions étatiques, l'administration de la preuve est régie par des normes détaillées. En droit international, et plus précisément en arbitrage international, il en est tout autre chose car cet aspect est volontairement négligé afin de maintenir l'autonomie des parties lors de l'arbitrage, ce qui leur laisse une flexibilité dans le choix du mode de preuve.

Dans de ce travail, nous commencerons par définir le concept de *soft law* en arbitrage. Ensuite, nous nous attarderons sur les règles de l'*International Bar Association* concernant l'administration de la preuve en arbitrage international (appelées, dans ce travail, les « règles de l'IBA »). Nous analyserons, dans un premier temps, les principes théoriques généraux qui entourent ces règles. Par après, nous nous concentrerons sur l'analyse particulière des dispositions que contiennent les règles de l'IBA. Nous en profiterons pour dégager les avantages et les inconvénients de ce système. Enfin, nous étudierons plus précisément l'admissibilité de la preuve.

Par ailleurs, de nouvelles normes de *soft law* ont été publiées, celles-ci se nomment « les règles de Prague » (ou *Prague Rules*, en anglais). Nous étudierons ce nouveau système qui n'a pas encore fait l'objet de nombreuses applications. Nous nous questionnerons sur le fait de savoir quel est le dessein de l'élaboration de ces règles et nous essayerons de prévoir ce qu'il en sera de l'application de celles-ci à l'avenir.

Enfin, *the last but not the least*, les deux systèmes évoqués ayant été étudiés, nous pourrions établir une comparaison de ceux-ci.

Titre 1 – Le concept de *soft law* - Définition

Dans l'ordre juridique international, le recours aux procédures juridictionnelles de règlements des différends devient moins exceptionnel¹ qu'il y a quelques décennies. Concernant les normes applicables en droit international, il y a notamment celles que nous caractérisons de *soft law*. Afin d'illustrer ce concept, nous nous référons aux lignes directrices adoptées par l'*International Bar Association* qui émet à intervalles réguliers des recommandations qui ne sont pas liantes pour les parties. Ces recommandations n'ont donc pas force de loi, sauf si les parties prévoient expressément qu'elles veulent y être liées. En général, ces recommandations servent juste de guides². Nous constatons un usage croissant du concept de *soft law* dans les pratiques internationales.

Le dictionnaire du droit international publié sous la direction de Jean SALMON définit le concept de *soft law* comme étant « *des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes* »³.

Par ailleurs, par *soft law*, il convient « *d'entendre, non pas le vide absolu du droit mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique* »⁴. En français, nous parlerons de « droit mou » ou encore de « droit souple ».

Pour qu'une règle soit qualifiée comme étant de *soft law*, il faut donc, en résumé, que celle-ci soit caractérisée par l'absence de caractère obligatoire.

¹ C.I.J., *Liberia c. Afrique du Sud* ; *Éthiopie c. Afrique du Sud*, arrêts du 18 juill. 1966, C.I.J Rec. 1996, p. 46, § 86 (« Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire en dernier ressort l'objet d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception »).

² Notes personnelles du cours intitulé « droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des conflits » enseigné par le Professeur Caprasse, Uliège, année académique 2017-2018.

³ J., SALMON, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p.1039.

⁴ J., CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 26.

Titre 2 – Les règles de l'*International Bar Association* sur l'administration de la preuve en arbitrage international (= règles de l'IBA)

Chapitre 1 – Remarques générales et notions théoriques

Tout d'abord, notons que les règles du Code judiciaire belge régissent la procédure d'arbitrage⁵. L'article 1700 du Code judiciaire mentionne : « § 1er. Les parties peuvent convenir de la procédure à suivre par le Tribunal Arbitral. § 2. Faute d'une telle convention, le Tribunal Arbitral peut, sous réserve des dispositions de la sixième partie du présent Code, fixer les règles de procédure applicable à l'arbitrage comme il le juge approprié. § 3. Sauf convention contraire des parties, le Tribunal Arbitral apprécie librement l'admissibilité des moyens de preuve et leur force probante (...) ». Cet article prévoit que ce sont les parties qui déterminent, dans la convention d'arbitrage, les règles de procédure applicables. Elles peuvent également faire le choix de s'entendre ultérieurement sur ces dernières⁶. Enfin, si les parties ne s'accordent pas sur les règles de procédure qui encadrent l'environnement dans lequel l'arbitrage évoluera, les arbitres détermineront alors celles-ci. Or, nous remarquons « *qu'il s'agisse du Code judiciaire ou d'un règlement d'arbitrage, ces sources ne contiennent pas de règles détaillées pour l'administration de la preuve et laisse une large part à l'autonomie des parties et au Tribunal Arbitral* »⁷.

En arbitrage international, nous voulons éviter de déterminer une loi nationale applicable ; c'est pourquoi, nous favorisons une approche autonome. « *Les parties ont toute latitude pour déterminer le contenu de la convention d'arbitrage* »⁸. Dans la pratique, il est évidemment plus simple pour les parties de s'inspirer d'un cadre déjà établi, comme celui par exemple, des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve que nous examinerons dans la suite de cet exposé.

Les parties, qui veulent profiter de l'existence de ces règles de l'IBA et donc les incorporer dans une clause d'arbitrage, sont invitées à ajouter la clause suivante dans celle-ci en l'adaptant en fonction de la situation visée : « *Les parties conviennent qu'outre les règles prévues par [le règlement institutionnel, ad hoc ou autre choisi par les parties], l'arbitrage se déroulera conformément aux règles de l'IBA sur la preuve en vigueur à la date [des présentes/à laquelle la procédure d'arbitrage a été engagée]* »⁹. Ce cadre préétabli servira de référence commune aux parties afin qu'elles s'entendent sur les modalités relatives à l'administration de la preuve, que ce soit sous forme documentaire, testimoniale ou expertale.

⁵ Articles 1676 et suivants du Code judiciaire belge.

⁶ D., HASCHER, *Principes et pratiques de procédure dans l'arbitration commercial international*, Rec. cours., 1999, pp.74-82.

⁷ J-F., TOSSENS, *L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance*, in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009, p.57.

⁸ G.-A., DAL, G., KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p.143.

⁹ 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.

Les règles de l'IBA ne constituent pas une aide exhaustive et ne permettent, dès lors, pas de mener un arbitrage international à elles seules. Ces règles sont volontairement incomplètes. De ce fait, les parties doivent choisir un ensemble de règles institutionnelles ou *ad hoc*, comme par exemple, les règles de la CCI, AAA, LCIA, UNCITRAL ou ICSID¹⁰. Celles-ci peuvent également décider de concevoir leurs propres règles afin d'établir le cadre procédural global de leur arbitrage. Les règles de l'IBA combleraient intentionnellement les lacunes concernant l'obtention des preuves laissées par ces règles-cadres procédurales.

Les règles de l'IBA sur la preuve peuvent donc être adoptées ou appliquées suite à la conclusion d'un règlement d'arbitrage institutionnel, *ad hoc* ou avec d'autres règlements ou procédures pouvant être applicables dans le cadre de règlements internationaux¹¹.

Les règles de l'IBA sur la preuve peuvent être adoptées en totalité ou en partie par les parties ou les arbitres, à l'ouverture de l'arbitrage ou encore à tout moment de la procédure¹². Elles peuvent être adaptées en fonction du besoin inhérent à chaque arbitrage ou appliquées telles quelles par les parties en tant que lignes directrices de leur arbitrage. Certains principes doivent toutefois être respectés. Effectivement, l'administration de la preuve accorde une importance aux principes de bonne foi et de délai raisonnable¹³. Les parties doivent être informées dans un délai raisonnable concernant les éléments de preuve sur lesquels elles se fondent pour la résolution du litige. Le délai raisonnable s'entend comme étant « *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* »¹⁴.

Dans la pratique, l'arbitrage international réunit, souvent, des parties qui appliquent un droit différent¹⁵. Concernant l'administration de la preuve, sujet qui nous retient particulièrement dans ce travail, nous ne sommes pas sans savoir que les règles relatives à celle-ci diffèrent en fonction des traditions juridiques. C'est pourquoi, depuis 1983¹⁶, les règles de l'IBA ont été adoptées afin de rapprocher les traditions juridiques en matière de preuve. Ces règles ont été révisées en 2010 dans le but de les détailler davantage. La version de 2010 intitulée « *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* » remplace la version de 1999 intitulée « *Rules on the Taking of Evidence in International commercial Arbitration* ». Nous constatons d'emblée que le terme « commercial » a été supprimé, ce qui laisse entendre que depuis 2010, l'arbitrage commercial n'est plus exclusivement visé puisque

¹⁰ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.3.

¹¹ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, préambule point I, p.4. ; 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.3.

¹² Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, préambule, point II, p.4. ; 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.3.

¹³ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, préambule, point III, p.4.

¹⁴ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, p.4.

¹⁵ N.D., O'MALLEY, *Internationally Known*, Los Angeles Lawyer magazine, 2014, p.1.

¹⁶ Les règles de l'IBA de 1983 s'intitulaient « *Les règles additionnelles sur la présentation et la recevabilité de la preuve dans l'arbitrage international commercial* ».

le champ d'application est élargi à tout type d'arbitrage international¹⁷, et plus particulièrement aux arbitrages d'investissements¹⁸. Ces règles sont un compromis entre les deux principales traditions juridiques existantes et concilient les traditions de *civil law* et de *common law*¹⁹.

Pour poursuivre, ces règles ont été établies « *en vue de fournir aux parties et aux arbitres un moyen d'assurer une procédure efficace, économique et équitable pour l'administration de la preuve dans l'arbitrage international* »²⁰. Le terme « équitable » a été ajouté dans la version de 2010 des règles de l'IBA. L'ajout de ce terme permet aux tribunaux arbitraux de garder à l'esprit cette exigence d'équité et vise ainsi à limiter autant que possible les contestations de décisions de procédure fondées sur des preuves²¹. En incluant ce vocable, les rédacteurs attendaient que les tribunaux agissent dans les limites de l'équité en ce qui concerne la collecte de preuves en arbitrage international.

Enfin, nous avons précisé le concept de *soft law* précédemment car les règles de l'IBA sont qualifiées comme telles²². En effet, ces règles ne sont pas contraignantes à moins d'être contractualisées par les parties. Elles ne sont ni obligatoires pour les parties à l'arbitrage, ni pour les arbitres. Ces règles de l'IBA constituent simplement une aide. Toutefois, il y est régulièrement fait référence dans les arbitrages internationaux et elles sont généralement très respectées des praticiens. D'ailleurs, ces règles de l'IBA sont souvent adoptées en tant que règles non contraignantes mais sont néanmoins instructives²³.

¹⁷ S., SAMEER, *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011, p.2.

¹⁸ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2010), p.2.

¹⁹ B., HANOTIAU, *International Arbitration in a global economy: the challenge of the future*, Journal of International Arbitration, April 2011, no 2.

²⁰ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, avant-propos, p.2.

²¹ S., SAMEER, *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011, p.2.

²² W.W., PARK, *Arbitration of International Business Disputes*, Oxford, 2006, p.46.

²³ ICSID Case No. ARB/07/23, *Railroad Dev. Corp. v. Republic of Guatemala*, October 2008, Decision on provisional measures, §15.

Chapitre 2 - Analyse des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international

Les questions relatives à la preuve sont intimement liées aux revendications des parties²⁴. Ce n'est qu'une fois le litige né, que ces revendications apparaîtront de manière précise. A l'aube de leur relation, les parties éprouveront donc des difficultés quant au fait de préciser de façon détaillée les modes de preuve qui régiront le litige²⁵. Toutefois, que nous soyons devant un juge ou un arbitre, il faut une appréciation correcte des faits en cause à l'aide des règles de preuves. De ce fait, si les parties désirent préciser davantage le régime de preuves sans attendre pour autant que le différend soit devant l'arbitre, elles peuvent faire référence aux règles rédigées par l'IBA. De cette manière, les parties allient facilité et rigueur. Cependant, comme le relève Filip DE LY, il est rare qu'une convention d'arbitrage contienne des règles relatives à l'administration de la preuve²⁶.

L'outil de travail que sont les règles de l'IBA profite pourtant d'une renommée internationale²⁷. D'ailleurs, l'utilisation répandue des règles de l'IBA comme lignes directrices générales en matière de preuves, même dans les arbitrages non commerciaux, est illustrée par un arrêt du 12 octobre 2005 qui soutient que les règles de l'IBA « *though not directly applicable in this case and primarily provided for use in the field of commercial arbitrations, can be considered (particularly in the articles 3 and 9) as giving indications of what may be relevant criteria for what documents may be requested and ordered to be produced, in the ICSID procedures between investors and host States* »²⁸.

Il est intéressant de remarquer que certains auteurs pensent que le Tribunal Arbitral a le pouvoir d'appliquer les règles de l'IBA contre la volonté des parties.²⁹ Cependant, nous ne trouvons aucun article dans les règles de l'IBA qui affirme ce propos. Au contraire même, l'article 2.1 des règles de l'IBA prévoit une consultation obligatoire entre le Tribunal Arbitral et les parties. De plus, les arbitres doivent souvent appliquer les règles de l'IBA "après consultation des parties"³⁰. En agissant de cette manière, elles peuvent s'exprimer³¹.

Les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international contiennent exclusivement neuf articles. Elles énoncent uniquement des règles de procédure,

²⁴ P., WAUTELET, *Le progrès de l'arbitrage*, Uliège, 2012, p.9.

²⁵ D.G., HENRIQUES, *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*, ASA Bulletin 2/2018 (June), p.353.

²⁶ F., DE LY, « De overeenkomst tot arbitrage, de inleiding van de procedure en bewijslevering » in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009, p.46.

²⁷ M., SCHERER, *The limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document production Based on a contractual or Statutory Rights*, International Arbitration Law Review, Vol. 13 Issue 5, Thomson Reuters (legal) Limited and Contributors, 2010, p.195.

²⁸ ICSID Case No. ARB/01/11, *Noble Ventures Inc. and Romania*, 12 October 2005, §20.

²⁹ G.B., BORN, *International Commercial Arbitration*, Vol. II., Austin, Boston, New-York, Chicago, The Netherlands, 2009, p.1794.

³⁰ Article 3.7 des règles de l'IBA; Article 3.8 des règles de l'IBA; Article 3.14 des règles de l'IBA ; Article 6.1 des règles de l'IBA; Article 7 des règles de l'IBA.

³¹ H., VAN HOUTTE, « Arbitration Guidelines: Straitjacket or compass? » in K., HOBÉR, A., MAGNUSSON, M., ÖHRSTRÖM, *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, Huntington, 2010, p.527.

et non des règles de fond. Cela ressort clairement de l'avant-propos du règlement, ainsi que de ses termes³².

Il est également important de noter que les règles de l'IBA prévoient qu'elles ne peuvent prévaloir sur des règles légales impératives dont le Tribunal Arbitral a constaté qu'elles étaient d'application ou dont les parties ont choisi l'application³³.

Nous remarquons que ces règles de l'IBA regroupent des mécanismes relatifs à la production de documents (chapitre 3), prévoient la présentation de témoins de faits et témoins d'experts (chapitre 4), visent également la réalisation d'inspections (chapitre 5) ainsi que la tenue des audiences relatives à la preuve (chapitre 6).

³² Comme nous pouvons le constater à l'avant-propos des règles de l'IBA « *L'IBA a établi les présentes règles en vue de fournir aux parties et aux arbitres un moyen d'assurer une procédure efficace, économique et équitable pour l'administration de la preuve dans l'arbitrage international. Les règles prévoient des mécanismes pour la production de documents, la présentation de témoins de faits et de témoins experts, la réalisation d'inspections ainsi que la tenue des audiences sur la preuve. Les règles 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 règles de l'IBA sur la preuve reflètent les procédures en vigueur dans de nombreux systèmes juridiques et elles peuvent donc se révéler d'une utilité toute particulière en présence de parties de traditions juridiques différentes* ».

³³ Article 1 §1 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

Chapitre 3 – Les mécanismes existants quant à la production de documents

Section 1. Remarques diverses

En arbitrage international, les documents sont généralement considérés comme étant la forme de preuves la plus fiable³⁴.

La production des documents a été le point de départ du vigoureux débat qu'ont mené d'une part les praticiens de *common law* et d'autre part ceux de *civil law*. De cet affrontement de traditions juridiques différentes, sont nées les règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

Avant toute chose, il est important de mentionner que la portée de la production de documents dépend de l'accord des parties et du pouvoir discrétionnaire du Tribunal Arbitral³⁵. Pourvu que les parties n'aient pas exclu le régime spécifique des règles de l'IBA concernant la production des documents et que les règles institutionnelles ne limitent pas le pouvoir discrétionnaire du tribunal, celui-ci pourra s'en remettre aux règles de l'IBA. En pratique, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, certains tribunaux se sont fondés sur les règles de l'IBA, et ce, même en l'absence de l'accord des parties³⁶.

Les règles de l'IBA construisent leur approche sur base de la combinaison de deux traditions juridiques qui sont la tradition de *common law* où la production de documents existe et la tradition civiliste dans laquelle la découverte des documents n'existe pas³⁷. Pour beaucoup de praticiens européens et d'autres dont l'approche juridique est inspirée par la tradition civiliste, la découverte des documents est prise en considération avec suspicion voire d'un œil hostile³⁸. En rédigeant les règles de l'IBA, le groupe de travail s'est inspiré du principe selon lequel « *expansive American- or English-style discovery is generally inappropriate in international arbitration* »³⁹.

³⁴ N.D., O'MALLEY, *Internationally Known*, Los Angeles Lawyer magazine, 2014, p.2.

³⁵ G., BORN, *International arbitration: law and practice*, Kluwer Law International, p.181.

³⁶ ICSID Case No. ARB/01/11, *Noble Ventures Inc. v. Romania*, p.31.

³⁷ G., BORN, *International arbitration: law and practice*, Kluwer Law International, p.181.

³⁸ *Opcit.*

³⁹ 1999 IBA Working party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010), p.7.

Section 2 – L'article 3 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve

Notre analyse va essentiellement porter sur l'article 3 des règles de l'IBA qui établit les règles et standards concernant les documents que les parties souhaitent introduire comme preuves devant le Tribunal Arbitral.

Comme nous l'indique cet article, les parties ont l'obligation de communiquer tous les documents dont elles disposent et sur lesquels elles entendent se fonder⁴⁰. Cette obligation reflète tant la tradition civiliste que celle de *common law* puisque les parties ont la charge de prouver ce qu'elles avancent⁴¹.

Selon nous, l'article 3 des règles de l'IBA traite des documents en créant trois groupes sur deux points de vue différents ; d'une part concernant les caractéristiques des documents concernés (§1) et d'autre part quant aux documents qui sont en possession d'une partie ou non (§2).

§1. Les caractéristiques des documents concernés

L'article 3.3 (a) énonce les descriptions des différentes conditions que doit rencontrer la demande de production de documents⁴². Nous remarquons que l'article 3.3 (a) contient différents critères pour divers types de documents. En effet, cet article émet une distinction concernant « un document », « une catégorie limitée et précise de documents »⁴³ et « les documents conservés sous forme électronique ». Il ressort également de cet article qu'au-delà de savoir si la description du document est assez limitée et précise, le tribunal devrait également tenir compte du degré raisonnable de précision⁴⁴. L'exigence selon laquelle la demande de production de documents devrait être hautement précise est considérée comme étant contraire aux règles de l'IBA⁴⁵. De plus, le groupe de travail des règles de l'IBA a reconnu que, dans certaines affaires, les documents demandés peuvent être pertinents et

⁴⁰ Article 3.1 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

⁴¹ 1999 IBA Working party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010), p.6.

⁴² Article 3.3 (a) des règles de l'IBA : « (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 ».

⁴³ Ces termes ont été interprétés comme suit "to mean narrowly tailored, i.e., reasonably limited in time and subject-matter in view of nature of the claims and defenses advanced in the case". PO. NO 2 in *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Award, NAFTA, 26 January 2006.

⁴⁴ R., MARGHITOLA, *Document production in International arbitration*, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2015, p.43.

⁴⁵ *Opcit.*

importants mais les parties « *may not be capable of specific identification* »⁴⁶. C'est pourquoi, en appliquant les règles de l'IBA, les parties qui demandent la production de catégories de documents ne doivent pas nommer les titres exacts de ceux-ci⁴⁷.

Concernant les documents électroniques, les règles de l'IBA abordent brièvement cette thématique et nous informent que la partie qui demande la production d'un document électronique devra mentionner des termes spécifiques afin de faciliter la recherche des documents et de réduire la possibilité de demander des documents électroniques volumineux⁴⁸. Cet ajout, dans les règles de l'IBA de 2010, concernant les documents électroniques encourage les parties à utiliser des techniques de recherches informatisées afin que les documents électroniques pertinents puissent être récupérés rapidement et efficacement sans augmenter considérablement les coûts de l'arbitrage⁴⁹.

Cependant, nous nous attendions à ce que les règles de l'IBA de 2010 abordent cette thématique de façon plus détaillée. Or, seuls les articles 3 (a)ii et 12 (b) y font référence. Dans la société actuelle dans laquelle nous vivons, les documents informatisés sont omniprésents et peuvent représenter une preuve pertinente et importante dans les différends. Dès lors, nous sommes d'avis que les règles de l'IBA présentent une lacune concernant cette thématique même si elles y font référence. En effet, nous espérons que les règles de l'IBA traitent la question de manière plus détaillée afin d'anticiper, par exemple, les problèmes que de tels documents pourraient engendrer.

Etant donné que les règles de l'IBA n'incluent pas une disposition spécifique afin d'établir une distinction entre la procédure concernant la production de documents papier et celle relative aux documents électroniques, nous pensons donc que les mêmes principes s'appliquent. De ce fait, la production de documents électroniques doit répondre aux exigences décrites à l'article 3.3 des règles de l'IBA. Une partie a la possibilité de s'opposer aux demandes de divulgation des documents électroniques en invoquant les mêmes motifs que ceux utilisés pour la procédure relatives aux demandes de production de documents papier. L'article 3.3 (a) ii vise simplement à fournir aux parties et aux tribunaux des outils supplémentaires pour affiner la recherche de documents.

L'article 3 (a) ii est une exception au principe selon « lequel en se voyant imposée de faire part du fait que les documents demandés ne sont pas en sa possession, la requérante évite tout harcèlement inutile » (voy. *infra*). « *In the age of electronic documents, it will become increasingly less likely that a particular document has been entirely deleted from a party's records, as it may continue to exist electronically, such as on back-up tapes or in electronic*

⁴⁶ 1999 IBA Working party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010), p.9.

⁴⁷N., O'MALLEY, *The procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration*, The law and Practice of International Courts and Tribunals, 2009, p.45.

⁴⁸ S., SAMEER, *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011, p.5.

⁴⁹ Article 3.3 (a) ii des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

archives. Where a document is no longer easily accessible, for example because it is not in a server's active data, it may be less burdensome and costly for another party to produce it »⁵⁰.

§2. Quelle partie est en possession du document ?

L'article 3 des règles de l'IBA fait référence à trois groupes⁵¹ de documents : a. aux documents qui sont en possession d'une partie ; b. aux documents que la partie souhaite utiliser comme élément de preuve mais ne peut produire ceux-ci car ils sont en possession de l'autre partie prenant part à l'arbitrage ou en la possession d'un tiers en dehors de l'arbitrage ; enfin, c. aux documents non présentés par une partie comme preuve dans la procédure arbitrale mais qui sont considérés comme pertinents par le Tribunal Arbitral.

Section 3. La pertinence des documents et l'admission de la preuve

Patricia SHAUGHNESSY soutient que le fait de refuser d'admettre une preuve est distinct de refuser d'ordonner la production d'une preuve ; bien que, cela est lié⁵². D'ailleurs, les règles de l'IBA montrent que l'admission d'une preuve apportée par une partie est distincte d'une demande de production de documents. Les tribunaux nationaux doivent comparer la production d'éléments de preuves avec la charge de la preuve qui repose sur la partie qui l'allègue. Or, en arbitrage international cela est différent. L'article 3.3 (b) des règles de l'IBA soutient que la demande de production de documents doit contenir « *une déclaration concernant la pertinence des documents demandés au regard des questions en litige et de la solution du différend* ». De cette façon, nous comprenons que la partie requérante devra présenter un argument crédible quant à la pertinence probable⁵³ ou *prima facie* de la preuve demandée. Selon Sameer SATTAR, les documents sont pertinents pour une affaire « *when they are associated with the subject matter of the dispute* »⁵⁴.

Il ressort d'ailleurs d'un arrêt du 4 octobre 2001 que « *a substantive inquiry into whether the documents requested are relevant to, and in that sense necessary for, the purposes of the proceedings where the documents are expected to be used* »⁵⁵.

Nous pensons que les documents contractuels ne sont pas les seuls auxquels il faut accorder une importance. En effet, les documents précontractuels peuvent également être

⁵⁰ 1999 IBA Working party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International (2010), p.10.

⁵¹ *Opcit*, p.6.

⁵² P., SHAUGHNESSY, *Dealing with Privileges in Arbitration*, Scandinavian Studies in Law, 2007, p.457.

⁵³ ICSID No. ARB/10/5, *Tidewater v. Venezuela*, 29 March 2011, Procedural Order No. 1, §19.

⁵⁴ S., SAMEER, *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011, p.7.

⁵⁵ ICSID Case No. ARB (AF) 10012, *ADF v. United States of America*, 4 October 2001, Procedural Order No. 3, §§ 3-4.

pertinents pour l'affaire car « *they may help the tribunal to reach a better understanding of the parties' relationship, intentions and agreement* »⁵⁶.

Une autre façon pour que la demande de production de documents soit acceptée est que la partie requérante indique que « *les documents demandés ne sont pas en sa possession ou sous (...) son contrôle* »⁵⁷ ou en « *indiquant les raisons pour lesquelles la production de ces documents lui imposerait un fardeau déraisonnable (...)* »⁵⁸. Ainsi, en se voyant imposée de faire part du fait que les documents demandés ne sont pas en sa possession, la requérante évite tout harcèlement inutile.

Cependant, l'article 3.3 (c) contient deux critères cumulatifs. En effet, après que la partie requérante ait fourni les raisons susmentionnées, elle devra également faire « *une déclaration concernant les motifs pour lesquels (...) elle estime que les documents demandés sont en la possession ou sous le contrôle d'une autre partie* »⁵⁹. Nous nous demandons dès lors ce que signifie l'expression « avoir la possession ou le contrôle ». Il a été établi que « *a document is in the 'possession, custody or control' of a party if that party actually has the document or is able to obtain it* »⁶⁰. Cette définition nous permet de comprendre que si les documents ne sont pas en possession de la partie ou si se procurer les dits documents est juridiquement ou factuellement impossible ou contraignant pour la partie visée, celle-ci ne sera pas obligée de produire ces documents devant le tribunal.

Nous remarquons que l'article 3.3 a été rédigé afin d'éviter le phénomène de « *fishing expedition* »⁶¹ tout en assurant aux parties de pouvoir demander la production de documents qui peuvent être identifiés comme étant raisonnablement précis et pertinents pour le différend en cause et la résolution de celui-ci.

De plus, nous constatons à l'article 3.11 des règles de l'IBA, qu'il suffit que les parties croient en la pertinence et l'importance de la preuve pour que celle-ci soit admise. Il n'est nullement indiqué que les parties doivent prouver ou confirmer la pertinence et l'importance de cette preuve. L'article 9.2 (a) des règles de l'IBA confirme le fond de l'article 3.11 de ces mêmes règles puisqu'il établit que « *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 (...)* ». Cependant, en pratique, il est rare d'être en présence d'affaires dans lesquelles la preuve est exclue pour cause de manque de pertinence ou d'importance.

⁵⁶ J., LEW, « Document disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence » in T., GIOVANNINI, A., MOURRE, *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: new Issues and Tendencies*, Kluwer Law International, 2009.

⁵⁷ Article 3.3 (c) des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

⁵⁸ *Opcit.*

⁵⁹ *Opcit.*

⁶⁰ J., GRIERSON, A., VAN HOOFT, *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, Kluwer Law International, 2012, p.178.

⁶¹ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.8.

Section 4. La possibilité d'émettre une objection à la demande de production de documents

L'article 3.5 à 3.8 des règles de l'IBA établit un cadre concernant les éventuelles objections quant à la demande de production de documents. La partie qui requiert la production de documents doit démontrer que les exigences requises par l'article 3.3 des règles de l'IBA sont respectées. Si la partie échoue, cela peut être une raison de rejet de la demande de production de documents.

De plus, la partie à laquelle la demande de production de documents est adressée peut également émettre une objection⁶². Quand le tribunal fait face à une telle objection, dans un premier temps, il invite les parties à se concerter afin de dégager une solution⁶³. L'article 3.8 concerne l'hypothèse selon laquelle en « *raison de circonstances exceptionnelles, le bien-fondé d'une objection ne peut être déterminé qu'en examinant un document* »⁶⁴. Dans ce cas précis, un expert indépendant et impartial est alors nommé afin d'examiner le document et de faire un rapport quant à l'objection formulée.

Section 5. La production tardive de documents

Les règles de l'IBA n'apportent pas de solution quant au problème que peut engendrer la production tardive de documents.

Nous pensons qu'une telle production de documents pourrait conduire, dans certains cas, à la formulation de l'objection contenue à l'article 3.5 des règles de l'IBA. Le cas échéant, nous pensons que nous serions donc face à un gaspillage de temps et d'argent pour les parties.

Section 6. La production de documents inexistantes

Nous constatons que les règles de l'IBA n'incluent pas de disposition spécifique pouvant faire l'objet d'une objection au motif que les documents demandés n'existent pas.

⁶² Notamment sur base de l'article 9.2 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

⁶³ Article 3.6 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

⁶⁴ Article 3.8 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

Section 7. Conclusion quant à cet article 3 des règles de l'IBA

En résumé, suite à l'analyse approfondie de cet article, nous pensons qu'un Tribunal Arbitral statuera en faveur d'une demande de production d'une partie si deux éléments sont réunis. Premièrement, le Tribunal Arbitral doit être convaincu que les documents sont pertinents pour le différend et importants pour le résultat de celui-ci. Deuxièmement, le Tribunal Arbitral ne doit avoir été saisi d'aucune des objections énoncées aux articles 9.2 et 3.3 des règles de l'IBA.

Chapitre 4 – La présentation de témoins de faits et d’experts

Section 1. Les témoins de faits

Malgré la préférence générale pour les preuves documentaires en arbitrage international, les témoins de faits sont souvent invoqués⁶⁵. Ceux-ci apportent leur témoignage sur base de leurs connaissances personnelles.

Les témoins de faits sont visés par l’article 4 des règles de l’IBA. Cet article organise les étapes avant l’audience.

Comme énoncé à l’article 4.1 des règles de l’IBA, chaque partie doit identifier les témoins sur le témoignage desquels elle entend se fonder. D’ailleurs, une des causes d’exclusion est notamment le fait de présenter un témoin surprise ou la révélation de documents pertinents par un témoin à l’audience⁶⁶.

Une grande différence apportée par les règles de l’IBA se trouve à l’article 4.2 qui énonce que « *Toute personne peut témoigner, y compris une partie ainsi qu’un dirigeant, un employé ou un autre représentant d’une partie* ». Dans certains systèmes, seule une partie tierce à l’arbitrage peut témoigner, alors que, dans d’autres, les parties sont admises à témoigner.

Un autre point qui diffère selon les systèmes est le contact entre les parties et les témoins. Toutefois, en arbitrage international, il est établi que « *a party and its counsel are, as a general rule, permitted to contact a potential witness on its behalf and question him or her about the facts of the dispute* »⁶⁷. Cela est d’ailleurs confirmé à l’article 4.3 des règles de l’IBA qui précise que cela doit être réalisé “sans commettre d’irrégularité”.

L’article 4.4 des règles de l’IBA traite de la déclaration de témoin que le Tribunal Arbitral peut ordonner de soumettre à une partie concernant le témoignage sur lequel elle va se fonder. Le Tribunal Arbitral consultera les parties afin de déterminer s’il s’agit d’une affaire qui requiert une déclaration de témoin⁶⁸. Le cas échéant, l’article 4.5 des règles de l’IBA spécifie ce que doit contenir une déclaration de témoin. Nous sommes surpris par le fait que les règles de l’IBA ne mentionnent pas que la déclaration doive être faite sous serment. En effet, les règles de l’IBA simplifient cet aspect et requièrent seulement que le témoin de faits affirme qu’il s’engage à dire la vérité⁶⁹.

⁶⁵ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.14.

⁶⁶ Partial Award No. 375-381-1, Case No. 381, *Uiterwijk Corp. v. Islamic Republic of Iran*, No.381, 6 July 1988 p.6.

⁶⁷ M., SCHNEIDER, *Witnesses in International Arbitration*, ASA Bulletin, 1993, p.302.

⁶⁸ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.16.

⁶⁹ Article 8.4 des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage international.

Il est possible que des témoins ne se présentent pas pour témoigner ; c'est pourquoi, l'article 4.7 des règles de l'IBA envisage cette hypothèse. Si les parties et le Tribunal Arbitral conviennent qu'un témoin n'a pas besoin de témoigner, le déroulement de l'arbitrage pourra être amélioré. L'article 4.8 des règles de l'IBA déclare qu'un accord ne reflète pas un accord sur le contenu de la déclaration du témoin⁷⁰.

Si un témoin dont le témoignage est demandé par une partie refuse de coopérer, cette partie peut demander au Tribunal Arbitral d'adopter toutes les mesures nécessaires afin d'obtenir ce témoignage ou encore demander l'autorisation du Tribunal Arbitral pour prendre de telles mesures elle-même⁷¹. Le Tribunal Arbitral dispose toutefois d'un pouvoir discrétionnaire donc il peut refuser cette demande s'il considère que le témoignage n'est pas pertinent pour l'affaire⁷².

En règle générale, ce sont les tribunaux de l'Etat du lieu de l'arbitrage qui peuvent aider le Tribunal Arbitral à obtenir le témoignage d'un témoin récalcitrant. Dans les procédures transnationales, cependant, les témoins ne sont souvent pas domiciliés dans le pays où l'arbitrage a lieu. Un Tribunal Arbitral peut alors être amené à demander l'aide, de façon directe ou indirecte, de tribunaux étrangers. Le pouvoir d'un Tribunal Arbitral dans de telles circonstances est bien entendu limité à toutes les étapes de la procédure. Dans certains cas, il arrive que le tribunal autorise une partie à prendre de telles mesures et à s'adresser elle-même aux tribunaux étrangers⁷³.

Enfin, il est également envisagé par l'article 4.10 des règles de l'IBA que le Tribunal Arbitral puisse ordonner le témoignage d'une personne, même si celui-ci n'avait pas été demandé par les parties. Nous remarquons que la partie concernée a le droit de s'opposer à une telle demande qui lui est adressée pour les raisons exposées à l'article 9.2.

Section 2. Les experts

A l'inverse des témoins, les experts établissent des rapports qui reflètent leurs avis basés sur l'expertise qu'ils ont effectuée dans un domaine particulier⁷⁴. Les experts sont spécialisés dans une matière tandis que les témoins ne sont pas des professionnels.

Il existe essentiellement deux modes de présentation d'un expert ; celui-ci est soit désigné par une partie (§1), soit désigné par le tribunal (§2).

⁷⁰ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.17.

⁷¹ Article 4.9 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

⁷² *Opcit.*

⁷³ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.18.

⁷⁴ *Opcit.*, p.14.

§1. Désignés par une partie

Dans la pratique, la présentation d'un expert désigné par une partie est la méthode la plus souvent utilisée⁷⁵. Cette hypothèse est visée par l'article 5 des règles de l'IBA.

Cependant, ce mode de preuve a créé des batailles entre les experts qui ont suscité des inquiétudes dans la communauté de l'arbitrage international car les experts s'engageaient dans des débats techniques interminables qui, souvent, ne permettaient d'avoir que peu d'éclaircissements quant au différend⁷⁶. L'article 5.4 des règles de l'IBA résout ce problème en autorisant le tribunal à exiger que les experts se rencontrent, se concertent et produisent un rapport conjoint. Ce mécanisme permet aux arbitres de limiter les problèmes en demandant aux experts de montrer en quoi leurs positions diffèrent et en quoi elles se rapprochent. Il est rare que deux experts soient absolument incapables de trouver des points d'accord.

Un rapport conjoint n'est pas le seul moyen d'éviter les batailles entre les experts. Les arbitres internationaux sont connus pour demander aux experts de comparaître conjointement afin de répondre aux questions du tribunal. Cette procédure est généralement appelée "conférence de témoins experts" et est prévue à l'article 8.3 (f) des règles de l'IBA. Les partisans de cette procédure prétendent que les experts auront tendance à adopter une approche moins partisane et plus constructive s'ils témoignent aux côtés de leurs contreparties⁷⁷.

Enfin, nous remarquons que les règles de l'IBA ne traitent pas de la manière de recevoir le témoignage d'un expert alors que celui-ci avait déjà été nommé par une juridiction nationale sur les mêmes questions⁷⁸. Face à de telles circonstances, nous pensons que le tribunal n'aura d'autre choix que de déterminer comment un tel expert devra être considéré.

§2. Désignés par le Tribunal Arbitral

La possibilité de recourir à des experts désignés par un tribunal dans les arbitrages internationaux est envisagée à l'article 6 des règles de l'IBA qui détaille les normes de nomination et d'administration des experts.

Même si les experts sont désignés par le tribunal, nous remarquons à l'article 6.1 que les parties jouent tout de même un rôle substantiel dans cette désignation puisque le Tribunal Arbitral consulte les parties avant de nommer un tel expert. Dans le même ensemble d'idées, l'article 6.2 indique que les parties ont la possibilité d'identifier tout conflit d'intérêts potentiel et de formuler toute objection. De plus, les parties ont l'opportunité d'être

⁷⁵ N.D., O'MALLEY, *Internationally Known*, Los Angeles Lawyer magazine, 2014, p.5.

⁷⁶ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.20.

⁷⁷ *Opcit*, p.20.

⁷⁸ *Opcit*, p.20-21.

impliquées dans la recherche d'information ou encore de répondre au rapport de l'expert désigné par le tribunal.

L'article 6.2 énonce que les experts doivent fournir des assurances quant à leur indépendance avant de se voir désignés par le tribunal. Malheureusement, les règles de l'IBA ne donnent que très peu d'informations quant à la manière d'évaluer l'indépendance d'un expert. La jurisprudence internationale soutient l'application d'un critère de « doute justifiable »⁷⁹.

L'article 6.3 permet aux parties ainsi qu'à leurs représentants de recevoir toute information obtenue par l'expert nommé par le tribunal et d'assister à toute inspection effectuée par celui-ci.

L'article 6.4 décrit le contenu requis pour l'établissement du rapport d'expert. Ces exigences sont les mêmes que celles de l'article 5.2, à l'exception de la déclaration d'indépendance que l'expert doit exprimer.

L'article 6.7 précise que c'est le Tribunal Arbitral et non l'expert désigné par celui-ci qui détermine la résolution du différend⁸⁰.

Les avocats de tradition civiliste ont tendance à privilégier la méthode qui vise la désignation de l'expert par le tribunal⁸¹. Celle-ci est inquisitoire car elle est exécutée sous la direction du tribunal et non des parties⁸². En conséquence, l'expert nommé par le tribunal peut agir au nom de l'arbitre⁸³.

⁷⁹ N.D., O'MALLEY, *Internationally Known*, Los Angeles Lawyer magazine, 2014, p.6.

⁸⁰ L'article 6.7 énonce que « *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* ».

⁸¹ D.V., SANDIFER, *Evidence before international tribunal*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975, p.197.

⁸² S., BESSON, J-F., POUDRET, *Comparative law of international arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007, p.662.

⁸³ Article 6.3 des règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international.

Chapitre 5 – La réalisation d’inspections

Cette possibilité est visée à l’article 7 des règles de l’IBA. Il s’agit d’une prérogative du Tribunal Arbitral. Une partie peut demander que l’inspection soit réalisée mais le Tribunal Arbitral a également le pouvoir de décider d’office de réaliser une inspection s’il le juge approprié.

Le Tribunal Arbitral a le pouvoir d’inspecter lui-même ou de demander à un expert désigné par lui-même ou par une partie de réaliser l’inspection. L’objet de l’inspection peut porter sur « *tout site, propriété, machine ou tous produits, échantillons, systèmes, procédés ou documents* »⁸⁴.

Le moment et les modalités relatives à l’inspection sont déterminés par le Tribunal Arbitral, en consultation avec les parties. Celles-ci ont le droit d’assister à l’inspection.

En pratique, une telle inspection a généralement lieu dans les arbitrages de construction⁸⁵.

Chapitre 6 – Les audiences relatives à la preuve

L’article 8 concerne l’audition des preuves. Nous constatons, au regard de cet article, que l’audience en matière de preuves peut se tenir en personne, par téléconférence ou par tout autre moyen et implique une présentation de preuves orales ou autres au Tribunal Arbitral. Dans la plupart des arbitrages internationaux, cette audience est précédée d’une préparation substantielle, selon le principe que chaque partie doit savoir raisonnablement à l’avance les éléments de preuve invoqués par les autres parties⁸⁶.

Cette disposition des règles de l’IBA établit un cadre général concernant la procédure à suivre lors de l’audition des preuves car il y a diverses procédures existantes. Généralement, les parties et le tribunal choisiront donc la procédure la mieux adaptée aux circonstances de l’affaire.

L’article 8.2 précise que le pouvoir de mener l’audience relative à la preuve appartient au Tribunal Arbitral. Les précisions visées à cet article sont toutes conçues dans le but de donner au Tribunal Arbitral la capacité de centrer l’audience sur des questions importantes pour le règlement du litige et ainsi rendre les audiences plus efficaces⁸⁷.

⁸⁴ Article 7 des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage.

⁸⁵ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.22.

⁸⁶ Règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage international, préambule, §3.

⁸⁷ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.23.

Chapitre 7 – Les avantages et les inconvénients des règles de l'IBA

Section 1. Leurs avantages

Premièrement, les règles de l'IBA sont une excellente base afin de façonner les règles de preuves appropriées qui régiront un différend étant donné qu'elles permettent tant aux parties qu'aux arbitres de bénéficier d'un cadre établi par un groupe de travail réunissant des professionnels auxquels ils peuvent faire confiance. La démarche des règles de l'IBA a donc l'avantage d'encadrer, notamment, les demandes de productions de documents par des règles plus spécifiques que celles que nous trouvons en général dans les règlements d'arbitrage⁸⁸. De ce fait, les règles de l'IBA permettent un meilleur équilibre entre sécurité juridique et flexibilité⁸⁹.

De plus, les parties et les tribunaux arbitraux peuvent adapter les règles de l'IBA aux circonstances particulières inhérentes à chaque arbitrage⁹⁰. D'ailleurs, nous constatons, par exemple à l'article 3.1 des règles de l'IBA, que les parties communiquent les documents sur lesquels elles entendent se fonder « *dans le délai imparti par le Tribunal Arbitral* ». Ce qui signifie, selon nous, que le Tribunal Arbitral établira le délai de la procédure en fonction de chaque arbitrage. Le délai n'est pas rigide et peut être modulé d'un différend à l'autre afin que la procédure soit adaptée au mieux à celui-ci.

Deuxièmement, les règles de l'IBA s'appliquent lorsque les parties sont établies dans des pays qui ont des traditions juridiques différentes voire, même parfois, très éloignées. Dans une telle situation, il n'est pas évident pour les arbitres de proposer des principes qui conviennent à toutes les parties. Par conséquent, les règles de l'IBA représentent une bonne alternative qui permet de dépasser les clivages qui peuvent encore exister entre les différentes traditions juridiques⁹¹. En effet, les règles de l'IBA dépassent les deux traditions juridiques conflictuelles qui existent sur la manière de mener un arbitrage. D'une part, nous avons une tradition qui prône l'autonomie des parties, il s'agit de la tradition dite de *common law* basée donc sur une approche contradictoire. D'autre part, il y a la tradition dite de *civil law* qui met en avant une approche inquisitoire. Celle-ci laisse le pouvoir à l'arbitre de décider pratiquement de tous les aspects attrayants à la procédure⁹². Nous constatons que le point de différence le plus important entre ces deux traditions s'attache au rôle laissé à l'arbitre. Le fait

⁸⁸ M.W., BÜHLER, « La production de documents dans l'arbitrage commercial et international – Comment préserver le secret des affaires et le contradictoire? Existe-t-il un « implied duty » que les documents et les informations divulgués dans la procédure ne soient utilisés que pour les fins de procédure ? » in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – De Bewijsregeling in arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009, pp.82-83.

⁸⁹ Comme le confirme 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010), p.4 "(...) that the IBA Rules of Evidence are not intended to limit this flexibility".

⁹⁰ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, préambule, point II, p.4.

⁹¹ Ex : Si litige entre USA ou Angleterre (*common law*) et la Belgique (où la tradition civiliste est applicable).

⁹² D.G., HENRIQUES, *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration?*, ASA Bulletin 2/2018 (June), p.354.

d'avoir créé les règles de l'IBA afin de rapprocher deux traditions différentes permet une certaine uniformité⁹³, voire même une harmonisation de la procédure arbitrale quant à l'administration de la preuve.

Troisièmement, même si le litige concerne une relation contractuelle qui relève exclusivement de la tradition civiliste, il peut être intéressant de recourir à la mise en œuvre des règles de l'IBA⁹⁴. Evidemment, les règles de l'IBA ne sont pas censées limiter les droits fondamentaux relatifs aux documents. De ce fait, les règles de l'IBA ne peuvent pas être utilisées par une partie pour dénoncer ou limiter ses engagements contractuels⁹⁵. De même, ces règles ne peuvent limiter le droit d'une partie d'obtenir des documents. De plus, nous constatons que les tribunaux arbitraux se réfèrent parfois aux règles de l'IBA pour compléter une règle contractuelle incomplète⁹⁶. Le cas échéant, l'application des règles de l'IBA ne peut, cependant, se faire que par analogie et ne doit pas interférer avec le droit contractuel applicable.

Quatrièmement, les règles de l'IBA laissent une certaine marge de manœuvre aux arbitres qui peuvent s'en écarter au besoin⁹⁷. Comme nous l'avons déjà évoqué, les règles de l'IBA sont un guide⁹⁸ pour les arbitres. Ce ne sont pas des règles formelles rigides. Les arbitres sont libres de s'en inspirer mais également de les adapter aux besoins spécifiques de l'arbitrage concerné.

Enfin, ces règles n'ont pas de force obligatoire (bien qu'il soit vrai comme nous l'avons exposé que les parties peuvent décider que celles-ci soient contraignantes). Cependant, le fait d'être dépourvues de caractère obligatoire est une caractéristique qui a pour conséquence que les parties ont tendance à respecter ces règles. Les parties ne se sentent pas obligées puisque ce sont elles qui les ont choisies. Il est donc logique de respecter plus facilement quelque chose que nous avons choisi plutôt que quelque chose qui nous est imposé.

Section 2. Leurs inconvénients

En étudiant les avantages (*voy. supra*), nous avons vu que les règles l'IBA sont une alternative satisfaisante afin de concilier les traditions de *common law* et de *civil law*. Toutefois, certains soutiennent que les règles de l'IBA n'ont pas été rédigées comme étant « neutres ». Effectivement, ils pensent que les règles de l'IBA ont une tendance entachée

⁹³ S., SAMEER, *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011, p.2.

⁹⁴ P., WAUTELET, *Les progrès de l'arbitrage*, Uliège, 2012, p.11.

⁹⁵ M., SCHERER, *The limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document production Based on a contractual or Statutory Rights*, International Arbitration Law Review, Vol. 13 Issue 5, Thomson Reuters (legal) Limited and Contributors, 2010, p.195.

⁹⁶ *Opcit*, p.196.

⁹⁷ W.W., PARK, *The Arbitration Clause: Drafting Considerations* », in *Arbitration of International Business Disputes*, 2006, OUP, p.387.

⁹⁸ 1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2010), p.1.

davantage par la tradition dite de *common law*⁹⁹. De ce fait, ils soutiennent que les partisans de tradition de *civil law* seront moins enclins à utiliser ces règles de l'IBA.

Ensuite, étant rédigées dans un esprit de procédure davantage contradictoire et non pas inquisitoire, les règles de l'IBA limitent donc les pouvoirs du juge arbitral.

Nous avons également remarqué que les règles de l'IBA ont donné lieu à une augmentation du nombre de demandes de production de documents¹⁰⁰. Cependant, nous pouvons raisonnablement penser qu'elles règlent le « problème » qu'elles ont créé étant donné qu'elles offrent un cadre pour la recherche de solutions à ce problème.

Enfin, le champ d'application des règles de l'IBA que nous étudions est limité à la preuve. Malgré cette limitation, elles ne sont pourtant pas complètes car elles ne couvrent pas l'intégralité des questions liées à la preuve. En effet, selon SMITH, il a été laissé de côté « *certain important timing aspects of documents production* »¹⁰¹. A notre sens, l'aspect le plus important abordé vaguement est celui de l'évaluation de la preuve.

L'article 9.1 des règles de l'IBA énonce laconiquement que : « *Le Tribunal Arbitral détermine la recevabilité, la pertinence, et la valeur des preuves qui lui sont présentées* ». Cet article ne donne que très peu d'indications aux arbitres afin qu'ils sachent comment évaluer la valeur de la preuve, si celle-ci est recevable ou encore pertinente. Un autre exemple de thématique abordée de façon non exhaustive se trouve à l'article 4 des règles de l'IBA qui traite de la présentation des témoins de faits. En lisant cet article, plusieurs questions restent en suspens quant au déroulement de la procédure durant l'audience ou la pré-audience : à quel moment, quel témoin sera-t-il entendu et dans quel ordre (présentation en alterné des témoins ou tous les témoins d'une partie et ensuite tous les témoins de l'autre partie) ? Qu'en est-il de la présence de témoins dans la salle d'audience avant et après leur témoignage ? Les témoins de faits sont-ils autorisés à discuter de l'affaire avec qui que ce soit pendant les pauses ou pendant les témoignages ? Si une partie n'a pas de questions à poser à un témoin de l'autre côté, cette partie peut-elle interroger son propre témoin ? Est-il possible de rappeler des témoins ?¹⁰²

⁹⁹ D.G., HENRIQUES, *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration?*, ASA Bulletin 2/2018 (June), p.354.

¹⁰⁰ M., SCHERER, *The limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document production Based on a contractual or Statutory Rights*, International Arbitration Law Review, Vol. 13 Issue 5, Thomson Reuters (legal) Limited and Contributors, 2010, p.195.

¹⁰¹ H., SMITH, *Toward greater efficiency in document production before arbitral tribunals – A north American viewpoint*, ICC Bulletin, Special Supplement, 2006, p.95.

¹⁰² C., MÜLLER, *The sense and non-sense of guidelines, Chapter 4 Importance and Impact of the First PRT*, the IBA Evidence Rules, ASA NO. 37, Jurisnet, LLC 2015, p.76.

Titre 3 – L’admissibilité de la preuve

Chapitre 1 – Qu’en est-il de l’admissibilité de la preuve ?

En arbitrage international, il est généralement reconnu qu’une preuve est admise dès qu’elle est pertinente sauf dispositions contraires de règles obligatoires ou d’un accord entre les parties¹⁰³. Ceci est inspiré de la tradition de *common law*. Par exemple, aux Etats-Unis, la règle est simple ; toutes les preuves pertinentes sont admises, celles qui ne sont pas pertinentes sont irrecevables¹⁰⁴.

« *In theory, the tribunal shall not consider evidence ruled irrelevant, immaterial or inadmissible sensu stricto. That is, evidence is admissible sensu lato if the criteria of relevance materiality and admissibility sensu stricto are met. We believe that when arbitration rules and arbitration laws refer to “admissibility” as the specific criterion of evidence they use it mostly in the specific narrow sense* »¹⁰⁵.

Dans la pratique de l’arbitrage international, la plupart des preuves sont admises, voire même toutes¹⁰⁶. De ce fait, une grande confiance est donnée aux arbitres vu que nous nous fions alors à leurs compétences en matière d’évaluation des preuves. Le rôle de l’arbitre est essentiel car c’est lui seul qui décide de l’admissibilité de la preuve ainsi que de sa valeur¹⁰⁷.

A ce stade de l’exposé, nous nous demandons si une preuve recueillie illégalement pourrait être admise par le Tribunal Arbitral. La jurisprudence a répondu à cette question dans l’arrêt *Caratube International Oil Company LLP et Devincci Salah Hourani c. République du Kazakhstan*¹⁰⁸. Cet arrêt s’inscrit dans le cadre d’un arbitrage international d’investissement. Il ressort de cette décision qu’un tribunal est libre d’admettre comme preuve des documents qui peuvent avoir été obtenus illégalement. Toutefois, les tribunaux peuvent refuser d’admettre ces documents en se basant sur l’égalité des parties ainsi que sur l’équité procédurale.

¹⁰³ K., PILKOV, *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*, Chartered Institute of Arbitrators, 2014, p.147.

¹⁰⁴ US Federal Rules of Evidence

¹⁰⁵ K., PILKOV, *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*, Chartered Institute of Arbitrators, 2014, p.147.

¹⁰⁶ *Opcit*, p.150.

¹⁰⁷ Article 9.1 des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage international : « *Le Tribunal Arbitral détermine la recevabilité, la pertinence, et la valeur des preuves qui lui sont présentées* ».

¹⁰⁸ CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, aff. N° ARB/13/13.

Chapitre 2 – L’admissibilité *sensu-stricto*

Il est reconnu par les praticiens que certains principes limitent l’admissibilité de la preuve par les arbitres.

Premièrement, la preuve ne peut pas être obtenue de manière contraire à l’ordre public international. Dans le cas inverse, celle-ci ne peut être admise en justice. Par exemple, le témoignage sous torture constitue une preuve obtenue de manière contraire à l’ordre public international et n’est donc pas admis en justice.

Deuxièmement, la preuve peut être protégée par un privilège¹⁰⁹ ou par le secret. De ce fait, il peut être permis à une personne de refuser de transmettre certaines informations, même si celles-ci sont pertinentes¹¹⁰. C’est, en effet, l’hypothèse visée à l’article 9.2 (b) des règles de l’IBA qui énonce que, le Tribunal Arbitral a le pouvoir d’exclure (d’office ou à la demande d’une partie¹¹¹) une preuve notamment pour la raison suivante : « *existence d’une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d’éthique (legal privilege) que le Tribunal Arbitral estime applicable* »¹¹².

Les arbitres doivent donc prendre en considération les règles d’ordre public ainsi que les règles applicables quant aux privilèges.

Il faut toutefois garder à l’esprit que, dans les deux cas visés, c’est la partie qui s’oppose à l’admission de la preuve qui supportera la charge de prouver que la preuve est irrecevable *sensu stricto*.

¹⁰⁹ Définit comme étant “a legally recognised right to withhold certain testimonial or documentary evidence from a legal proceeding, including the right to prevent another from disclosing such information.” in T., GINSBURG, R., MOSK, *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, 2001, International & Comparative Law Quarterly, pp.345-385.

¹¹⁰ T., GINSBURG, R., MOSK, *Evidentiary Privileges in international Arbitration*, 2001, p. 345.

¹¹¹ Article 9.2 des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage international.

¹¹² Article 9.2 (b) des règles de l’IBA sur l’administration de la preuve en arbitrage international.

Titre 4 – Les règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en arbitrage international

Dans un premier temps, les règles de Prague ont attiré l'attention du monde de l'arbitrage car elles ont fait l'objet de publications d'une multitude d' « essais » avant que la version finale de ces règles ne soient adoptées¹¹³. Initialement, elles ont été conçues comme un ensemble de règles pour résoudre les différends entre des sociétés appliquant le droit civil¹¹⁴. Ensuite, il a été proposé par le groupe de rédacteurs que les règles de Prague « *could in fact be used in any arbitration proceedings where the nature of the dispute or its amount justifies a more streamlined procedure actively driven by the tribunal* »¹¹⁵.

En décembre dernier, les règles de Prague sur la conduite efficace des procédures en arbitrage international (en anglais, « *Prague Rules* ») ont été publiées.

Les personnes critiquaient le système mis en vigueur par les règles de l'IBA. En effet, elles justifiaient leur mécontentement sur base de la durée des procédures ainsi que des coûts qu'une telle procédure occasionnait. De ce fait, sont nées les règles de Prague. L'objectif de ce nouvel outil de travail est de permettre de réduire les coûts des procédures d'arbitrage et dans un même temps, d'accroître l'efficacité de la procédure¹¹⁶. Selon certains rédacteurs, les tribunaux n'étaient pas assez proactifs ; les procédures n'étaient pas rentables et ils ne savaient pas gagner du temps.

Ces règles de Prague, vous l'aurez compris, ont été proposées par les rédacteurs influencés par la tradition civiliste comme étant une alternative aux règles de l'IBA que certains qualifient de « biaisées » car elles sont influencées par la tradition de *common law*¹¹⁷.

Tout comme les règles de l'IBA, les règles de Prague ne se substituent pas aux règles institutionnelles qui régissent la procédure d'arbitrage. Elles constituent également un instrument de *soft law* (voy. *supra* « *Le concept de soft law* »). Elles peuvent servir de lignes directrices aux parties ou encore être contraignantes si celles-ci le décident¹¹⁸. Ces règles ne sont applicables que si les parties marquent leur accord pour l'application de celles-ci¹¹⁹. En pratique, si nous nous référons à l'article 1.2 des règles de Prague, cet instrument pourrait être appliqué par le Tribunal Arbitral sans le consentement des parties. Toutefois, il nous paraît peu probable que cela se réalise dans un cas pratique concret.

¹¹³ A., PANOV, *Why the Prague Rules may be needed?*, Norton Rose Fulbright, 2018, p.1.

¹¹⁴ R., JAVIN-FISHER, E., SALUZZO, *Prague Rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA Rules*, Humphries Kerstetter LLP, p.1.

¹¹⁵ Commentaires du groupe de travail, version finale des règles de Prague datée du 14 décembre 2018, p.2.

¹¹⁶ R., JAVIN-FISHER, E., SALUZZO, *Prague Rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA Rules*, Humphries Kerstetter LLP, p.1.

¹¹⁷ M., DUBOVSKY, B., SANDERSON, N., O'SULLIVN, *The Prague Rules: "Civil" War on the Evidence in International Arbitration*, DLA Piper, 2019. ; F., POLINI, *The launch of the Prague Rules: useful or unnecessary tool for international arbitration ?*, 2019.

¹¹⁸ Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, Preamble, p.3. (available on www.pragerules.com)

¹¹⁹ A., KHRAPOUTSKI, A., PANOV, *The Prague Rules – An alternative way of conducting international arbitration?*, The Prague Rules – Analytics, September 2018 n°1, p.42.

Certaines règles de Prague visent le droit pour les parties d'être entendues. Cependant, à notre sens, les tribunaux doivent rester prudents sur ce point car cela pourrait constituer un motif de contestation au stade de l'exécution.

Selon nous, le modèle des règles de Prague est flexible car il laisse le pouvoir au juge de mener l'arbitrage ainsi que de décider des aspects de celui-ci. Si le tribunal prend une décision qui aura un impact sur le bon déroulement de la procédure, il lui est recommandé de consulter les parties afin qu'il soit certain d'interpréter correctement leurs volontés quant aux décisions procédurales. Toutefois, le tribunal n'est pas lié par l'accord des parties quant à ces thématiques¹²⁰.

¹²⁰ D.G., HENRIQUES, *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration?*, ASA Bulletin 2/2018 (June), p.356.

Titre 5 – Comparaison entre les règles de l'IBA et les règles de Prague

A la suite de l'analyse de ces deux outils, nous pouvons affirmer que ceux-ci sont des instruments de *soft law*¹²¹ qui permettent aux parties d'organiser la procédure arbitrale selon leurs besoins et leurs intérêts.

Par ailleurs, nous avons également constaté que les règles de l'IBA concilient les traditions juridiques de *common law* et de *civil law*. Toutefois, notre travail nous a permis de remarquer que les règles de l'IBA se rapprochent davantage de la tradition de *common law*. En revanche, les règles de Prague, quant à elles, se basent sur un système qualifié davantage de *civil law* étant donné que les rédacteurs du groupe de travail sont issus principalement de pays de tradition civiliste¹²². En effet, les règles de Prague adoptent plus ouvertement un modèle inquisitoire qui est conforme à la tradition de droit civil¹²³.

Ensuite, les règles de l'IBA sont des règles exclusivement basées sur l'administration de la preuve en arbitrage international. Au contraire, les règles de Prague ne traitent pas exclusivement de l'administration de la preuve. Elles contiennent des dispositions qui se concentrent sur d'autres sujets comme, par exemple, le règlement à l'amiable¹²⁴. Ces diverses dispositions peuvent être utiles pour les arbitrages *ad hoc*. Nous ne pouvons établir la même réflexion pour les arbitrages institutionnels car ces sujets sont déjà abordés dans les règles institutionnelles.

Afin de poursuivre cette comparaison, nous allons rapprocher et analyser les règles de l'IBA et les règles de Prague sous plusieurs aspects, notamment, en s'attardant sur le rôle du Tribunal Arbitral (§1), la production de documents (§2), la présentation de témoins (§3), la désignation d'experts (§4), les audiences relatives à la preuve (§5).

§1. Le rôle du Tribunal Arbitral

Selon les règles de Prague, le juge du Tribunal Arbitral doit agir en étant davantage proactif¹²⁵. En d'autres termes, les arbitres doivent être actifs dans l'obtention des preuves ainsi que dans la recherche des faits. Effectivement, le Tribunal Arbitral prend part à la procédure d'enquête. Le but étant de favoriser l'accélération de la procédure. Nous remarquons qu'il y a une répartition des charges et des pouvoirs entre les parties et le Tribunal Arbitral, celui-ci jouant donc un rôle actif. Tandis que dans l'approche contradictoire, la procédure d'enquête est gérée par les parties. Le Tribunal Arbitral n'a donc que le devoir de

¹²¹ G., RIZZO AMARAL, *Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills*, 2018, p.4.

¹²² Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration, Note from the Working group, p.2. (available on www.pragerules.com)

¹²³ D.G., HENRIQUES, *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration?*, ASA Bulletin 2/2018 (June), p.355.

¹²⁴ Article 9 des règles de Prague.

¹²⁵ Article 3 des règles de Prague.

présider à la procédure et de statuer sur le différend. Dans ce cas-ci, le rôle du juge est alors plus passif que dans la procédure inquisitoire établie par les règles de Prague. Les prérogatives confiées aux arbitres par les règles de Prague sont justifiées par le fait que des arbitres impartiaux et indépendants sont censés être plus enclins, que les conseils des parties, à un règlement rapide et efficace du litige.

Cependant, même si le tribunal peut désormais être proactif dans l'obtention de la preuve, nous insistons sur le fait que la charge de la preuve incombe toujours aux parties. Ce propos est d'ailleurs illustré par l'article 3.1 des règles de Prague qui énonce que « (...) *This, (...), shall not release the parties from their burden of proof* ».

L'article 2.1 des règles de l'IBA précise que le tribunal invite les parties à se concerter « *pour organiser l'administration de la preuve de la manière la plus efficace, économique et équitable que possible* ». Tandis que l'article 2.1 des règles de Prague postule en faveur de l'attribution d'un plus grand pouvoir au Tribunal Arbitral afin qu'il soit capable de mener l'affaire en ayant un rôle proactif. De plus, à l'article 2.3 des règles de l'IBA, nous pouvons identifier que le tribunal est limité à une « indication » faisant suite à une « consultation » des parties.

Le principe de juge proactif qui ressort des règles de Prague est notamment consacré par l'adage « *Iura Novit Curia* » qui est l'intitulé de l'article 7 des règles de Prague et se traduit par « Le juge connaît la loi ». Cette maxime exige des arbitres proactifs capables de repérer et de déterminer le droit applicable de leur propre initiative. Les arbitres doivent donc être capables d'appliquer des dispositions non définies par les parties. Toutefois, certains tribunaux nationaux ont annulé des décisions des tribunaux arbitraux dans lesquelles les arbitres appliquaient des dispositions juridiques qui n'étaient pas alléguées par les parties¹²⁶. Au contraire, dans d'autres tribunaux nationaux, il est reconnu que les tribunaux arbitraux ont un pouvoir inhérent concernant l'investigation et l'application de règles non invoquées par les parties. C'est d'ailleurs ce qui est appliqué en Suisse : « *in Switzerland [...]. Generally, according to the principle jura novit curia, state or arbitral tribunals are free to assess the legal relevance of factual findings and they may adjudicate based on different legal grounds from those submitted by the parties* »¹²⁷.

L'article 2 des règles de Prague soutient que « *The arbitral tribunal shall hold a case management conference without any unjustified delay after receiving the case file* ». De plus, l'article 3.1 stipule que « *The arbitral tribunal is entitled and encouraged to take a proactive role in establishing the facts of the case which it considers relevant for the resolution of the dispute. This, however, shall not release the parties from their burden of proof* ». Dans les règles de l'IBA, il n'existe pas vraiment d'équivalent à ces articles car comme nous l'avons déjà précisé, ce sont les règles de Prague qui permettent désormais un rôle plus actif de l'arbitre dans le règlement du différend. Les règles de l'IBA ne consacrent pas le principe de juge proactif. Le seul article des règles de l'IBA qui peut s'en rapprocher est son article 2 qui

¹²⁶Décision de la Cour d'Appel de Paris du 19 juin 2008, *Gouvernement de la République arabe d'Egypte c. Société Malicorp Ltd* ; Cass., Fr., *Overseas Mining Investments Limited c. Société Commercial Carribbean Niquel*, 29 juin 2011.

¹²⁷ Décision du Tribunal Fédéral Suisse du 15 avril 2015, ASA Bull. 2/2015, p.411.

énonce que « *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* ». Cet article est l'expression du principe « meet and consult »¹²⁸. Cette disposition a donc pour but de réduire le coût de la procédure.

Toutefois, alors que les règles de l'IBA encouragent le tribunal à identifier et à soumettre aux parties les questions qu'il estime pertinentes au regard des questions en litige et de la solution du différend; et/ou pour lesquels il pourrait être opportun de prendre une décision préliminaire (article 2.3 des règles de l'IBA), les règles de Prague n'obligent pas le tribunal à faire de telles observations. Plus important encore, les règles de Prague, donnent au tribunal le pouvoir d'indiquer aux parties les preuves qu'il juge appropriées pour établir la position des parties (article 2.4 (b) des règles de Prague).

L'article 3.2 des règles de Prague est rédigé comme suit : « *In particular, the arbitral tribunal may, after having heard the parties, at any stage of the arbitration and at its own initiative: a. request any of the parties to submit relevant documentary evidence or make fact witnesses available for oral testimony during the hearing; b. appoint one or more experts, including on legal issues; c. order site inspections; and/or d. for the purposes of fact finding, take any other actions which it deems appropriate* ». Nous retrouvons ces mêmes idées dans les règles de l'IBA en ses articles 3.10 qui prévoit que les parties doivent amener une preuve qu'elles considèrent appropriée (correspondant au 3.2 (a) des règles de Prague), 5.4 et 6 qui organisent l'intervention des experts dans la procédure (correspondants au 3.2 (b) des règles de Prague), 7 qui prévoit les inspections (correspondant au 3.2(c) des règles de Prague).

Enfin, les règles de Prague consacrent, à l'article 3.3, le pouvoir pour l'arbitre de limiter la durée pendant laquelle la production de documents peut avoir lieu¹²⁹. Nous ne retrouvons pas une telle limitation dans les règles de l'IBA.

En d'autres mots, à travers ces illustrations, nous comprenons aisément que les règles de Prague ont été rédigées dans le but de laisser davantage de pouvoir au juge afin que celui-ci ait un rôle proactif. Ceci est donc à l'opposé du rôle de conducteur de l'affaire qui lui est attribué par les règles de l'IBA.

§2. La production de documents

La production de documents est visée aux articles 3 des règles de l'IBA et 4.6 des règles de Prague.

Dans l'arbitrage international, la production de documents peut être vue comme un travail conséquent reposant sur les parties car elles doivent communiquer un grand nombre de

¹²⁸ G., VON SEGESSER, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, ASA Bulletin No.4, 2010, p.742.

¹²⁹ Article 3.3 des règles de Prague: "*The arbitral tribunal shall consider imposing a cut-off date for submission of evidence and not accepting any new evidence after that date, save for under exceptional circumstances*".

documents ce qui peut, d'ailleurs, représenter une charge de travail excessive pour celles-ci¹³⁰. Cela a pour conséquence d'augmenter les coûts et de prolonger la procédure.

Alors que les règles de l'IBA assurent une large production de documents en établissant une procédure stricte, les règles de Prague limite la production de documents. Ce propos est illustré par l'article 4.2 des règles de Prague « *Generally, the Arbitral Tribunal and the parties are encouraged to avoid any form of document production, including e-discovery* » qui est à lire *a contrario* de l'article 3.1 des règles de l'IBA « *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* ».

Selon nous, cet article 4.2 des règles de Prague est une disposition plutôt discutable. En effet, nous pensons que contrôler l'utilité de la production de documents en arbitrage est une chose mais abandonner des méthodes telle que la découverte électronique est une toute autre chose. Nous espérons que cette disposition ne conduira pas à un tel résultat car la découverte électronique est fondamentale au regard de l'évolution de notre société. Si en pratique, nous devons aboutir à une telle application, nous serions forcés de constater un retrait comparé à ce qui est prévu dans les règles de l'IBA.

De plus, l'article 3.3 des règles de l'IBA soutient que « *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 (...)* ». Comme nous le constatons, les règles de l'IBA postulent pour une production détaillée de documents. De plus, la procédure à suivre relative à la production de documents est précisée en long et en large dans la suite de cet article. Alors qu'à l'article 4.3 des règles de Prague il ressort que « *(...) if a party believes that it would need to request certain documents from the other party, it should indicate this to the arbitral tribunal at the case management conference and explain the reasons why the document production may be needed in this particular case. If the arbitral tribunal is satisfied that the document production may be needed, it should decide on a procedure for document production and make an appropriate provision for it in the procedural timetable* ». Dans ce cas-ci, il est exigé que la partie explique pourquoi il lui semble opportun de recueillir un document dans l'affaire en cause.

Enfin, l'article 3.10 règles de l'IBA soutient qu'« *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* ». Tandis que l'article 4.5 des règles de Prague mentionne que « *Subject to Articles 4.2 – 4.4, a party may request the arbitral tribunal to order another*

¹³⁰ F., POLINI, *The launch of the Prague Rules: useful or unnecessary tool for international arbitration?*, 2019.

party to produce a specific document which: a. is relevant and material to the outcome of the case; b. is not in the public domain; and c. is in the possession of another party or within its power or control ».

§3. La présentation des témoins

L'identification du témoin de faits, la présentation des déclarations de témoin et le pouvoir du tribunal d'ordonner la comparution d'un témoin de faits à l'audience sont visés par les articles 4 des règles de l'IBA et 5 des règles de Prague.

Les règles de Prague établissent une limitation de l'implication des témoins de faits car c'est le tribunal qui décide quel témoin est appelé durant l'audience. Afin de réduire la durée de la procédure, les règles de Prague introduisent un principe selon lequel c'est le Tribunal Arbitral qui a le dernier mot concernant le nombre de témoins à entendre tout au long de la procédure. C'est une véritable avancée comparé aux règles de l'IBA en vertu desquelles le Tribunal Arbitral n'avait, jusqu'alors, aucun mot à dire concernant cette thématique. En outre, le fait d'autoriser ou de refuser un témoin à témoigner constitue un large pouvoir discrétionnaire¹³¹.

Concernant l'interrogatoire des témoins, le contre-interrogatoire de ceux-ci lors d'une procédure arbitrale était fortement critiqué. Malgré ces critiques, les règles de Prague consacrent toujours la procédure organisant ce contre-interrogatoire. Cependant, le but des règles de Prague étant de réduire la durée de la procédure, des dispositions en ce sens ont donc été rédigées. D'ailleurs, tant les règles de Prague (article 5.6) que les règles de l'IBA (article 8.2) énoncent que le Tribunal Arbitral a le pouvoir de limiter le nombre de questions posées aux témoins.

§4. La désignation des experts

Le recours à des experts désignés par les parties ou par le Tribunal Arbitral est prévu aux articles 5 des règles de l'IBA et 6 des règles de Prague.

L'approche privilégiée par les règles de Prague est que le Tribunal Arbitral désigne un expert ou une commission mixte d'experts (avec l'apport et les observations des parties). Bien entendu, la désignation d'experts par le Tribunal Arbitral n'empêche pas les parties d'avoir leurs propres experts si elles le jugent nécessaire. Toutefois, le fait que les règles de Prague laissent la porte ouverte aux experts nommés par les parties signifie que, dans la pratique, l'adoption de l'approche des règles de Prague par rapport aux règles de l'IBA ne présente aucun avantage supplémentaire, en particulier dans les cas où des expertises contraires peuvent être valablement tenues. Bien que les règles de l'IBA prévoient tant la possibilité de faire appel à des experts nommés par un tribunal que celle suivant laquelle les parties

¹³¹ Article 5 des règles de Prague.

désignent l'expert, aucune approche unique n'est privilégiée. La pratique courante tend à privilégier les experts nommés par les parties.

Nous remarquons également que le contenu des rapports d'experts n'est pas réglementé par les règles de Prague.

§5. Les audiences relatives à la preuve

Alors que l'article 8 des règles de l'IBA est plus détaillé, les règles de Prague contiennent un principe général qui établit que si une partie le demande ou si le tribunal le requiert « *the parties and the arbitral tribunal shall seek to organise the hearing in the most cost efficient manner possible, including by limiting the duration of the hearing and using video, electronic or telephone communication to avoid unnecessary travel costs for arbitrators, parties and other participants* »¹³². Cette disposition permet donc au tribunal de déterminer dans quelles conditions spécifiques l'audience aura lieu. Etant donné que cet article laisse une certaine marge de manœuvre au tribunal, celui-ci pourra adapter la procédure, et spécialement l'audience dans ce cas-ci, à l'affaire spécifique qui est portée devant lui. Par conséquent, la bonne conduite de l'audience est intimement liée à l'expérience et aux compétences du tribunal. Si une partie insiste sur le fait d'entendre un témoin, nous pensons qu'il est recommandé que le tribunal accepte d'entendre celui-ci. Il n'en demeure pas moins que l'audition de tout témoin factuel se fera sous la direction et le contrôle du Tribunal Arbitral lors de l'audience¹³³.

L'article 8.1 des règles de Prague suggère de ne pas tenir d'audience s'il est possible de régler le différend sur base documentaire uniquement¹³⁴. Bien que les parties puissent demander une audience, il appartient en dernier ressort au tribunal de décider de l'autoriser. Par conséquent, il ne peut être tenu pour acquis qu'il y en aurait une. Nous espérons que cette approche n'encouragera pas le Tribunal Arbitral à supprimer l'audience dès qu'il en aura l'occasion car nous estimons que celle-ci est une part importante du différend vu qu'elle permet au Tribunal Arbitral de vérifier qu'il a bien compris l'affaire qui oppose les parties ainsi que les prétentions de chacune.

¹³² Article 8 des règles de Prague.

¹³³ Article 6 des règles de Prague.

¹³⁴ R., JAVIN-FISHER, E. SALUZZO, *Prague Rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA Rules ?*, Humphries Kerstetter LLP, 2019, p.3.

Titre 6 – Quel avenir est-il réservé aux règles de Prague ?

Il sera intéressant dans les années à venir d'étudier pour quels cas précis ces règles seront adoptées. D'emblée, nous ne pensons pas nous tromper en supposant que ces règles seront principalement appliquées par des personnes prônant la tradition civiliste. Il faudra donc s'attendre à ce que ces règles ne soient pas vraiment appliquées, voire mises de côté, par les pays influencés par la tradition dite de *common law*.

Si l'objectif était de faire réfléchir les parties et les arbitres quant aux procédures relatives à l'administration de la preuve, la mission est réussie. Ces règles permettent d'encourager les praticiens à envisager une conception de l'administration de la preuve d'un point de vue de droit civil.

De plus, la flexibilité est une chose très importante comme nous l'avons vu dans les règles de Prague. Quand un litige naît, les parties devraient se demander quelle procédure appliquer afin que le déroulement de celle-ci soit le plus aisé possible. Pour se faire, les parties doivent avoir l'esprit ouvert à de nouveaux procédés voire à des moyens tout à fait différents de ce qui est pratiqué dans leur pays dans le but de privilégier l'avancement du règlement du litige le plus rapidement possible. Afin d'y arriver, l'énergie et le dévouement à ce travail sont deux choses que les parties doivent être prêtes à amener pour la résolution du différend. Les règles de Prague font preuve d'une grande flexibilité. Toutefois, il ne s'agit que de l'illustration d'un des moyens mis à disposition des parties. Il faut garder à l'esprit que plusieurs méthodes existent. Dans ce travail, nous nous sommes concentrés sur les règles de Prague et les règles de l'IBA afin de clarifier la situation. Nous pensons que le fait qu'il y ait un nouvel outil à utiliser en arbitrage international est un moyen de promouvoir l'arbitrage et son utilisation.

Enfin, les règles de Prague ont été nominées pour la meilleure innovation par une organisation ou un particulier par les GAR Awards 2019¹³⁵. La soirée de remise des prix ayant eu lieu à Paris le 4 avril dernier, nous connaissons dès lors les gagnants et les règles de Prague en font partie¹³⁶. Il semble donc que ce soit déjà une belle réussite pour ce nouvel outil de travail.

¹³⁵ <https://praguerules.com/news/gar-awards-2019/> (consulté le 25 mars 2019).

¹³⁶ <https://globalarbitrationreview.com/article/1189726/paris-hosts-largest-ever-gar-awards> (consulté le 10 avril 2019).

Conclusion

Pour commencer, nous remarquons très clairement que les règles de Prague ne sont pas en compétition avec les règles de l'IBA car elles proposent une approche tout à fait différente.

Au contraire même, les règles de Prague complètent les règles de l'IBA et inversement. Elles jouent toutes deux un rôle fondamental car elles proposent aux parties un processus sur mesure, adapté à leurs intérêts et à leurs besoins.

Les règles de Prague conçoivent un modèle dans lequel le juge arbitre est un réel acteur et non un spectateur. Celui-ci se doit d'être proactif grâce au pouvoir qui lui ait laissé. Tandis que dans les règles de l'IBA, le pouvoir du juge est limité. Nous sommes donc face à deux modèles entachés d'une tradition tout à fait différente ; les règles de l'IBA ressemblent davantage à la tradition de *common law* alors que les règles de Prague sont influencées par la tradition civiliste. Nous estimons donc qu'à l'avenir, les partisans de chaque tradition auront un outil à leur disposition.

En conclusion, nous constatons que le plus important est la réflexion dont vont faire preuve les parties et les arbitres. Il est primordial qu'ils prennent en compte les différentes méthodes existantes afin de choisir les techniques de procédure les mieux adaptées à leur affaire. Les tribunaux et les parties peuvent décider d'adopter les règles de l'IBA, les règles de Prague ou encore une combinaison des deux. Dès lors, ils peuvent développer une procédure alternative adaptée à leur différend. En définitive, ces deux outils confirment que les utilisateurs peuvent tirer partis de la flexibilité inhérente à l'arbitrage.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

Articles 1676 et suivants du Code judiciaire.

Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010 (disponibles sur www.ibanet.org).

Règles de Prague concernant la conduite efficace des procédures en arbitrage international (disponibles sur www.pragerules.com).

DOCTRINE

BESSON, S., POUDRET, J-F., *Comparative law of international arbitration*, Sweet & Maxwell, 2007.

BORN, G.B., *International Commercial Arbitration*, Vol II., Austin, Boston, New-York, Chicago, The Netherlands, 2009.

BÜHLER, M.W., « La production de documents dans l'arbitrage commercial et international – Comment préserver le secret des affaires et le contradictoire ? Existe-t-il un « implied duty » que les documents et les informations divulgués dans la procédure ne soient utilisés que pour les fins de procédure ? » in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – De Bewijsregeling in arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009.

CARBONNIER, J., *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ 10e éd., 2001.

DAL, G-A., KEUTGEN, G., *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

DE LY, F., *De overeenkomst tot arbitrage, de inleiding van de procedure en bewijslevering*”, in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009.

DUBOVSKY, M., SANDERSON, B., O'SULLIVN, N., *The Prague Rules: “Civil” War on the Evidence in International Arbitration*, DLA Piper, 2019.

GINSBURG, T., MOSK, R., *Evidentiary Privileges in International Arbitration*, International & Comparative Law Quaterly, 2001.

GRIERSON, J., VAN HOOFT, A., *Arbitrating under the 2012 ICC rules*, Kluwer Law International, 2012.

HANOTIAU, B., *International Arbitration in a global economy: the challenge of the future*, Journal of International Arbitration 28, no.2 (April 2011).

HASCHER, D., *Principes et pratiques de procédure dans l'arbitration commercial international*, Rec. cours., 1999.

HENRIQUES, D.G., *The Prague Rules: competitor, alternative or addition to the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*, ASA Bulletin 2/2018 (June).

JAVIN-FISHER, R., SALUZZO, E., *Prague Rules on evidence in international arbitration: a viable alternative to the IBA Rules*, Humphries Kerstetter LLP, 2019.

KHRAPOUTSKI, A., PANOV, A., *The Prague Rules – An alternative way of conducting international arbitration?*, The Prague Rules – Analytics, September 2018 n°1.

LEW, J., « Document disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence » in GIOVANNINI, T., MOURRE, A., *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: new Issues and Tendencies*, Kluwer Law International, 2009.

MARGHITOLA, R., *Document production in International arbitration*, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2015.

MÜLLER, C., *The sense and non-sense of guidelines, Chapter 4 Importance and Impact of the First PRT*, the IBA Evidence Rules, ASA NO. 37, Jurisnet, LLC 2015.

O'MALLEY, N.D., *Internationally Known*, Los Angeles Lawyer magazine, 2014.

O'MALLEY, N.D., *The procedural Rules Governing the Production of Documentary Evidence in International Arbitration*, The law and Practice of International Courts and Tribunals, 2009.

PANOV, A., *Why the Prague Rules may be needed?*, Norton Rose Fulbright, 2018.

PARK, W.W., *Arbitration of International Business Disputes*, Oxford, 2006.

PARK, W.W., *The Arbitration Clause: Drafting Considerations* », in *Arbitration of International Business Disputes*, OUP, 2006.

PILKOV, K., *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*, Chartered Institute of Arbitrators, 2014.

POLINI, F., *The launch of the Prague Rules: useful or unnecessary tool for international arbitration ?*, 2019.

RIZZO AMARAL, G., *Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills*, 2018.

SALMON, J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

SAMEER, S., *Document production and the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: a commentary*, International Arbitration Law Review, 2011.

SANDIFER, D. V., *Evidence before international tribunals*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1975.

SCHERER, M., *The limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document production Based on a contractual or Statutory Rights*, International Arbitration Law Review, Vol. 13 Issue 5, Thomson Reuters (legal) Limited and Contributors, 2010.

SCHNEIDER, M., *Witnesses in International Arbitration*, ASA Bulletin, 1993.

SHAUGHNESSY, P., *Dealing with Privileges in Arbitration*, Scandinavian Studies in Law, 2007.

SMITH, H., *Toward greater efficiency in document production before arbitral tribunals – A north American viewpoint*, ICC Bulletin, Special Supplement, 2006.

TOSSENS, J-F., « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance » in *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage*, Bruxelles, Cepani/Bruylant, 2009.

VAN HOUTTE, H., « Arbitration Guidelines: Straitjacket or compass » in HOBÉR, K., MAGNUSSON, A., ÖHRSTRÖM, M., *Between East and West: Essays iHonour of Ulf Franke*, Hungtington, 2010.

VON SEGESSER, G., *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, ASA Bulletin No.4, 2010.

WAUTELET, P., *Le progrès de l'arbitrage*, Uliège, 2012.

JURISPRUDENCE

C.I.J., *Liberia c. Afrique du Sud ; Éthiopie c. Afrique du Sud*, arrêts du 18 juill. 1966, C.I.J Rec. 1996.

ICSID Case No. ARB/07/23, *Railroad Dev. Corp. v. Republic of Guatemala*, Decision on provisional measures, October 2008.

ICSID Case No. ARB/01/11, *Noble Ventures Inc. and Romania*, 12 October 2005.

ICSID No. ARB/10/5, *Tidewater v. Venezuela*, 29 March 2011, Procedural Order No. 1.

ICSID Case No. ARB (AF) 10012, *ADF v. United States of America*, 4 October 2001, Procedural Order No. 3.

PO. NO 2, *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Award, NAFTA, 26 January 2006.

Partial Award No. 375-381-1, Case No. 381, *Uiterwijk Corp. v. Islamic Republic of Iran*, No.381, 6 July 1988.

CIRDI, *Caratube International Oil Company LLP et al. c. Kazakhstan*, aff. N° ARB/13/13.

Décision de la Cour d'Appel de Paris, *Gouvernement de la République arabe d'Egypte c. Société Malicorp Ltd*, 19 juin 2008.

Cass. Fr., *Overseas Mining Investments Limited c. Société Commercial Carribbean Niquel*, 29 juin 2011.

Décision du Tribunal Fédéral Suisse du 15 avril 2015, ASA Bull. 2/2015.

COMMENTAIRES

1999 IBA Working Party & 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee, *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (2010).

NOTES DE COURS

Droit de l'arbitrage et des modes alternatifs de résolution des conflits, enseigné par le Professeur Caprasse, Uliège, année académique 2017-2018.

SITES INTERNET CONSULTÉS

<https://praguerules.com/news/gar-awards-2019-/> (consulté le 25 mars 2019).

<https://globalarbitrationreview.com/article/1189726/paris-hosts-largest-ever-gar-awards> (consulté le 10 avril 2019).

