

s qu'administrées
lement certes, en
option des faits et
écrites, lesquelles

sa quête, c'est la
t le moins aura-t-
tage de LA vérité

L'ARBITRE « A LES PREUVES » DE LA VÉRITÉ ?

Patrick DE WOLF

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UCL
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES ⁷⁶⁴

⁷⁶⁴ L'auteur remercie Fabian Tchékémian pour sa précieuse collaboration.

« La Vérité était l'épouse légitime de l'Entendement, mais Tromperie, sa grande rivale, entreprit de lui arracher sa place dans ce lit et de la chasser de son trône. Dans ce but, quels mensonges n'inventa-t-elle pas, quelles ne furent pas ses supercheries ! Elle commença par la discréditer, la faisant passer pour grossière, inculte, sottise et rebutante ; inversement, elle se fit passer pour courtoise, sage, élégante et douce et, bien que laide par nature, elle tâcha de camoufler ses fautes par ses fards. Elle intéressa à son entreprise le Plaisir et en usa de telle sorte que, bientôt, elle régna en maîtresse sur le roi des puissances de l'âme. La Vérité, se voyant ainsi méprisée et même persécutée, s'en fut chercher le refuge auprès de l'Acuité, lui fit part de ses ennuis, la priant de la conseiller sur le parti à prendre pour y remédier.

*« Vérité, mon amie, lui dit l'Acuité, il n'est bouchée plus amère qu'une pilule sans dorure. Que dis-je amère ? Il n'est plat plus indigeste que la Vérité nue. La lumière que l'on reçoit tout droit blesse jusqu'aux yeux robustes de l'aigle, du lynx. Que dire alors des faibles ! C'est pour cette raison que les sagaces médecins de l'âme inventèrent l'art d'adoucir la vérité, de dorer la pilule. Par là, je veux entendre (suivez bien ce précepte, sachez-moi gré de ce conseil) que vous devez devenir politique : habillez-vous à la mode, à la façon de l'Erreur ; parez-vous de la même guise, déguisez-vous. Avec cela, si m'en croyez, vous tenez le remède assuré et même la victoire. »*⁷⁶⁵

*La Vérité ouvrit alors les yeux, déterminà de n'aller plus sans artifice et, depuis lors, use d'invention, s'insinue par des détours, triomphe par des stratagèmes, peint ce qui est loin comme étant près, parle du présent au passé, dénonce chez un sujet ce qu'elle veut condamner dans un autre, fait mine de viser un tel pour frapper tel autre, égare les passions, surprend les affections et, par d'ingénieuses circonlocutions, en vient toujours au point précis de son intention. »*⁷⁶⁵

INTRODUCTION

1. Les réflexions subtiles, teintées de cynisme, exprimées par B. Gracian (1601-1658) sur la vérité, dont la manifestation devrait se parer de certains atours ou artifices, pour vaincre les supercheries de la tromperie semblent, à bien des égards, éloignées des préoccupations du praticien de l'arbitrage.

Si la procédure arbitrale tend certes, à l'instar de la procédure judiciaire, à l'établissement d'une vérité (judiciaire) que représenterait la sentence, la recherche de cette vérité n'est cependant pas érigée en principe de fond du droit de l'arbitrage.

⁷⁶⁵ GRACIAN B., *Traité politiques, esthétiques, éthiques*, éd. Seuil, Paris, 2005, pp. 674-675.

C'est sur la forme de la manifestation de la vérité que les réflexions du jésuite espagnol rejoignent les préoccupations du praticien de l'arbitrage.

C'est la technique de la preuve qui domine la recherche de la vérité. La matière de l'arbitrage, justice privée libérée du carcan judiciaire, foisonne de règles sur l'établissement de la preuve émanant, pour partie, du législateur mais, encore et surtout, de la pratique d'institutions spécialisées, nationales et internationales. L'importance, réelle ou symbolique, de ces institutions ainsi que des règles qui en dérivent, constitue le *corpus* que doit s'approprier tout praticien de l'arbitrage.

La production normative est exceptionnelle en cette matière, par la diversité de ses sources (CCI, IBA, CNUDCI...), de son inspiration (marquée de plus en plus du sceau de la *common law*) et du type d'arbitrages visés (national, international, *ad hoc*, institutionnel).

La présente contribution s'attache à décrire systématiquement les principes et les règles qui constituent ce corpus commun et à examiner, par delà leurs différences apparentes, la profonde symétrie qui s'en dégage, pour l'arbitre et pour les parties.

Cet examen sera opéré sous l'angle des pouvoirs de l'arbitre encadrés et limités par le cadre de l'arbitrage (I), la commune volonté des parties (II), le droit applicable au fond et le droit du siège (III), les principes généraux du droit (IV) et, enfin, les principes d'administration d'une bonne justice (V).

1. – PREMIÈRE LIMITE AUX POUVOIRS DE L'ARBITRE : LE CADRE DE L'ARBITRAGE

2. L'arbitre tire ses pouvoirs de la volonté commune des parties.

Voilà une évidence qui, pourtant, peut être source d'incertitude quant à l'étendue desdits pouvoirs, spécialement au regard de la procédure arbitrale ⁷⁶⁶.

En effet, si les parties ont voulu confier la résolution de leur différend à un ou des arbitres, décidant éventuellement du droit applicable à leurs relations formelles (c'est-à-dire à leurs mérites respectifs, à la substance de leurs rapports, aux fondements de leurs droits et de leurs obligations ; ce que l'on appelle la *lex causae*), il est rare qu'elles

⁷⁶⁶ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° 6421, pp. 55-78, spécialement pp. 57-58.

aient choisi les règles qui régiront l'administration des preuves de leurs allégations et, plus exceptionnel encore, qu'elles aient appréhendé l'éventuelle incidence du droit dont elles ont fait choix pour le fond sur les règles de preuve (qu'elles ont ou non définies).

Or, les règles d'administration de la preuve pourront varier selon que les parties auront opté pour un arbitrage *ad hoc* ou un arbitrage institutionnel, selon qu'elles auront retenu comme droit applicable au fond celui d'un État qui a adopté un texte légal inspiré de la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ou celui d'un État dont les règles en matière d'arbitrage restreignent la liberté des parties ou des arbitres pour ce qui est de l'admissibilité des preuves⁷⁶⁷. Elles pourront aussi varier en fonction des règles matérielles du droit applicable au fond du litige qui se rapportent aux preuves, outre qu'elles pourront être influencées par le siège de l'arbitrage dès lors que la méconnaissance d'éventuelles règles probatoires d'ordre public voire seulement impératives pourrait entraîner, par hypothèse, la nullité de la sentence⁷⁶⁸.

3. Par commodité, nous envisagerons ici principalement les clauses compromissoires faisant référence à un arbitrage *ad hoc* de droit belge ou un arbitrage régi par les règlements CNUDCI, CCI ou CEPANI, accessoirement par les règlements LCIA et, très accessoirement, dans le cadre du nouveau règlement d'arbitrage de la CCI entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012.

Nous n'aurons égard, par ailleurs, qu'aux règles matérielles prévues par le droit belge en matière de preuves et aux règles du même droit justifiant l'annulation d'une sentence arbitrale ou le refus de l'octroi de l'exécution provisoire.

A. Le droit belge de l'arbitrage

4. Les parties peuvent n'avoir visé aucun type d'arbitrage en particulier et avoir ignoré les aspects procéduraux.

Dans ce cas, le plus simple est de s'orienter vers un arbitrage *ad hoc* conforme aux règles prévues par le droit de l'État du siège.

⁷⁶⁷ Notons que parmi les nonante-trois États souverains membres des Nations-Unies en 2011 (cf. <http://www.un.org/fr/members/index.shtml>), soixante-cinq ont adopté un texte légal inspiré de la loi-type précitée (voyez http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html). Le risque d'un droit national plus strict en matière d'administration de la preuve n'est donc nullement théorique.

⁷⁶⁸ D. MATRAY et G. MATRAY, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 17-40, spécialement pp. 19-26.

Qu'en est-il du droit belge ? Tout le droit belge de l'arbitrage est contenu dans une cinquantaine d'articles de loi (les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire) dont cinq seulement (les articles 1693 à 1696bis) ont trait spécifiquement à la procédure arbitrale.

Ces quelques articles, modifiés ou introduits en 1998 conformément à la loi-type CNUDCI, font une très large place à l'autonomie de la volonté et, subsidiairement, à l'autorité de l'arbitre⁷⁶⁹.

Ainsi, l'article 1693.1 du Code judiciaire dispose que « sans préjudice des dispositions de l'article 1694 du Code judiciaire, les parties déterminent les règles de la procédure arbitrale ainsi que le lieu de l'arbitrage. À défaut de manifestation de volonté des parties dans le délai fixé par le tribunal arbitral, cette détermination incombe aux arbitres. Si le lieu de l'arbitrage n'a pas été déterminé par les parties ou par les arbitres, le lieu du prononcé mentionné dans la sentence vaut comme lieu de l'arbitrage ».

Les restrictions à l'autonomie de la volonté et à l'autorité de l'arbitre (art. 1694 C. jud.) sont les suivantes :

1. le tribunal arbitral doit donner à chacune des parties la possibilité de faire valoir ses droits et de proposer ses moyens ;
2. le tribunal arbitral statue après débats oraux, les parties – qui peuvent comparaître en personne – étant valablement convoquées par lettre recommandée à moins qu'elles n'aient convenu d'un autre mode de convocation ;
3. la procédure n'est écrite que lorsque les parties l'ont prévu ou dans la mesure où elles ont renoncé à des débats oraux ;
4. chaque partie a le droit de se faire représenter soit par un avocat, soit par un mandataire justifiant d'une procuration spéciale et écrite, agréé par le tribunal arbitral. Elle peut se faire assister par un avocat ou par toute autre personne de son choix, agréés par le tribunal arbitral, étant précisé que les parties ne peuvent se faire représenter ou assister par un agent d'affaires.

L'article 1695 du même code autorise le tribunal arbitral à instruire l'affaire et à statuer en l'absence de comparution d'une partie régulièrement convoquée ainsi qu'en l'absence de proposition de moyens de défense d'une partie dans le délai fixé, à moins que la partie adverse

⁷⁶⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 364-366. D. MATRAY et G. MATRAY, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », *op. cit.*, p. 20.

ne demande le renvoi ou que les absences précitées soient la conséquence d'un empêchement légitime.

L'article 1696 du Code judiciaire, qui retiendra notre attention, prévoit que :

1. Le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une partie, à l'exception d'une saisie conservatoire ⁷⁷⁰.
2. Sauf convention contraire des parties, le tribunal arbitral apprécie librement l'admissibilité des moyens de preuve et leur force probante ⁷⁷¹.
3. Le tribunal arbitral peut ordonner une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, la comparution personnelle des parties, recevoir le serment à titre décisoire ou le déférer à titre supplétoire. Il peut aussi, aux conditions prévues à l'article 877 du Code judiciaire, ordonner la production de documents détenus par une partie.
4. Lorsque le tribunal arbitral a ordonné une enquête et que les témoins ne comparaissent pas volontairement ou refusent de prêter serment ou de déposer, le tribunal arbitral autorisera les parties ou l'une d'elles à s'adresser par requête, dans un délai déterminé, au tribunal de première instance aux fins de nomination d'un juge-commissaire chargé de l'enquête. Celle-ci est tenue dans les formes prévues en matière civile. Les délais de l'arbitrage sont suspendus de plein droit jusqu'à la fin de l'enquête.
5. Le tribunal arbitral ne peut ordonner une vérification d'écritures ni statuer sur un incident relatif à une production de documents ou sur la prétendue fausseté de documents. Dans ce cas, il délaisse les parties à se pourvoir dans un délai déterminé devant le tribunal de première instance.
6. Les délais de l'arbitrage sont suspendus de plein droit jusqu'au jour où le tribunal arbitral a eu notification par la partie la plus diligente de la décision définitive sur l'incident.

Enfin, l'article 1696bis du Code judiciaire qui détermine les conditions à l'intervention d'un tiers à l'instance arbitrale est étranger à notre propos.

⁷⁷⁰ Ce pouvoir de l'arbitre est concurrent avec celui des cours et tribunaux puisque l'article 1679.2 C. jud., auquel l'article 1696 ne porte expressément pas préjudice, permet aux parties de solliciter des autorités judiciaires compétentes des mesures conservatoires ou provisoires, étant précisé que la mise en œuvre de ce droit d'action ne vaut pas renonciation à l'arbitrage.

⁷⁷¹ A. KHOL, « Arbitrage et production de documents. Du droit à la preuve dans la procédure arbitrale de droit interne », *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 316 ; G. HORSMANS, « La loi belge du 10 mai 1990 sur l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1990, pp. 510-224.

B. Les règlements d'arbitrage et autres corpus de règles

5. Ensuite, les parties peuvent avoir fait référence à l'un des règlements d'arbitrage fréquemment utilisés soit en raison du prestige de l'institution qui l'a élaboré et qui a fait de l'administration des arbitrages l'une de ses activités principales (LCIA, CCI, CEPANT), soit en raison de la référence que constitue ce corps de règles à travers le monde même si son auteur (ou parce que celui-ci) poursuit *a priori* un but plus désintéressé (CNUDCI, IBA).

1. Généralités

6. La CNUDCI a finalisé en 1996 un aide-mémoire (« l'Aide-mémoire ») qu'elle veut une aide pour les praticiens de l'arbitrage, recensant et décrivant les questions sur lesquelles ceux-ci devraient prendre des décisions, y compris sur un règlement d'arbitrage, la langue de la procédure et le lieu d'un arbitrage et les questions relatives à la confidentialité, outre d'autres questions comme la conduite des audiences, l'interrogation des témoins et les conditions éventuelles à remplir pour le dépôt ou la remise d'une sentence. Le texte a été conçu pour être appliqué aussi bien dans un arbitrage *ad hoc* que dans un arbitrage institutionnel.

L'Aide-mémoire contient un heureux rappel de la liberté de principe des parties d'organiser la procédure et de l'utilité d'organiser en temps opportun son déroulement.

Cette liberté de principe est rappelée par les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (« Règles IBA sur la preuve »), en ses articles 1 et 2⁷⁷².

Le point 4 de l'Aide-mémoire indique ainsi que les dispositions de la législation régissant la procédure arbitrale et le règlement d'arbitrage dont les parties peuvent convenir donnent en général au tribunal arbitral une grande latitude et lui permettent de faire preuve de souplesse

⁷⁷² L'International Bar Association (IBA), créée en 1947, est la première organisation mondiale regroupant des hommes de loi ainsi que des ordres et associations d'avocats internationaux. Elle a pour membres plus de 40.000 avocats et près de 200 ordres et associations d'avocats couvrant chaque continent. L'IBA déclare participer au développement de la réforme du droit international et façonner l'avenir de la profession juridique dans le monde entier. Elle comprend divers comités dont le Comité d'arbitrage. Ce Comité d'arbitrage a pour objet d'étudier le droit, la pratique et la procédure en matière d'arbitrage de différends internationaux. Il compte actuellement plus de 2.300 membres originaires de plus de 90 pays. Il s'est fixé pour objectif de diffuser la connaissance de l'arbitrage international, de promouvoir son utilisation et d'accroître son efficacité au moyen de publications et de conférences. Le Comité compte en son sein des sous-comités permanents, et il crée au besoin des groupes de réflexion pour traiter de questions précises. C'est ce Comité d'arbitrage qui a conçu les Règles IBA sur la preuve examinées ci-dessus.

dans la conduite de la procédure, précisant que le tribunal arbitral peut ainsi prendre des décisions sur l'organisation de la procédure en tenant compte des circonstances de l'espèce, des attentes des parties et des membres du tribunal arbitral ainsi que de la nécessité de régler le litige équitablement et économiquement.

Cette affirmation est vraie tant pour les Règles IBA que pour les règlements d'arbitrage de la LCIA (ci-après « le Règlement LCIA »), de la CCI (« le Règlement CCI ») et du CEPANI (« le Règlement CEPANI »)

Le tribunal arbitral ayant cette latitude, il lui est conseillé d'indiquer aux parties, en temps voulu, comment il compte procéder, ce qui est particulièrement souhaitable dans les arbitrages internationaux, les participants pouvant être habitués à des styles de procédure différents. Sans de telles orientations, une partie pourrait en effet juger certains aspects de la procédure imprévisibles et éprouver des difficultés à s'y préparer, ce qui pourrait être cause de malentendus, de retards et d'augmentation du coût de la procédure⁷⁷³.

Les décisions sur l'organisation de la procédure peuvent être prises par le tribunal arbitral avec ou sans consultation préalable des parties, la méthode choisie dépendant du point de savoir si, en fonction du type de décision à prendre, le tribunal arbitral considère que des consultations sont nécessaires ou utiles pour rendre la procédure plus prévisible ou pour en améliorer le climat⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Point 6 de l'Aide-mémoire.

⁷⁷⁴ Selon l'article 2.1 des Règles IBA, le tribunal arbitral doit consulter les parties dès que possible et les inviter à se concerter et à s'accorder sur la façon dont sera organisée l'administration de la preuve, cette organisation devant être la plus efficace, économique et équitable possible. Peuvent ainsi être discutées l'étendue et les modalités de l'administration de la preuve, ainsi que le stade de la procédure auquel les preuves pourront être produites (art. 2.2). L'article 14 du Règlement LCIA prévoit non seulement que les parties peuvent convenir elles-mêmes du mode de conduite de la procédure mais encore qu'elles y sont encouragées pour peu qu'elles tiennent compte des devoirs généraux du tribunal arbitral qui, à tout moment, doit agir loyalement et impartialement à l'égard des parties (c.à.d. donner à chacune une possibilité raisonnable de présenter « son affaire » et discuter celle de l'autre partie) et adopter des procédures appropriées aux circonstances de l'arbitrage (c'est-à-dire choisir les moyens aussi loyaux qu'efficaces lui permettant de parvenir au règlement final du litige, en évitant les retards et les dépenses inutiles). Le Règlement CCI impose au tribunal arbitral la rédaction d'un acte de mission qui doit contenir toute une série d'éléments dont des indications relatives aux règles applicables à la procédure et, le cas échéant, la mention des pouvoirs octroyés au tribunal arbitral de statuer en amiable compositeur ou de décider *ex aequo et bono* (art. 23, 1, g). Le tribunal arbitral doit consulter les parties sur les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties, ensuite de quoi, il doit fixer le calendrier de la procédure. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, adopter d'autres mesures procédurales ou modifier le calendrier de la procédure si cela permet d'assurer une gestion plus efficace de la procédure (art. 24.1 à 24.3). Le Règlement CEPANI est beaucoup plus sommaire : son article 17.1 dispose seulement que « le tribunal arbitral est tenu de procéder à l'instruction de la cause dans les plus brefs délais et par tous les moyens appropriés. A cet effet, il peut notamment recueillir des témoignages et désigner un ou plusieurs experts ».

Les consultations, entre les arbitres uniquement ou avec les parties, peuvent se tenir dans le cadre d'une ou plusieurs réunions (au lieu de l'arbitrage ou dans un autre lieu approprié) mais aussi être assurées par correspondance ou par télécommunication (par exemple, télécopie ou téléphone-conférence ou autres moyens électroniques) ⁷⁷⁵.

Dans certains arbitrages, une réunion spéciale peut être consacrée exclusivement à de telles consultations sur la procédure, mais ces consultations peuvent aussi avoir lieu dans le cadre d'une audience portant sur le fond du litige ⁷⁷⁶.

7. Après avoir rappelé que la liberté du tribunal arbitral d'organiser la procédure peut être limitée par un règlement d'arbitrage ou par d'autres dispositions convenues par les parties et que l'administration d'un arbitrage par une institution spécialisée pouvait avoir pour conséquence que diverses questions abordées par l'Aide-mémoire soient régies par les règles ou les usages de cette institution, l'Aide-mémoire aborde les questions qui pourraient être traitées dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale dont :

- La confidentialité ;
- Les preuves documentaires ;
- Les preuves matérielles autres que les documents ;
- Les témoins ;
- Les experts et les témoignages d'experts ⁷⁷⁷.

2. La confidentialité

8. La confidentialité est l'un des aspects les plus avantageux et les plus utiles de l'arbitrage, mais les contours de l'obligation des parties

⁷⁷⁵ Aux termes de l'article 24 du Règlement CCI (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2012), les consultations sur les mesures procédurales susceptibles d'être adoptées ont lieu sous la forme de réunions dites de gestion de la procédure (« conférences sur la gestion de la procédure ») en la présence physique des intéressés, de visioconférences, par téléphone ou par d'autres moyens de communication similaires. À défaut d'accord des parties, le tribunal arbitral détermine la manière dont la « conférence » sera organisée. En vue de cette conférence, le tribunal arbitral peut demander aux parties de soumettre des propositions sur la gestion de la procédure et demander qu'elles y participent en personne ou y soient représentées par un mandataire interne (art. 24.4).

⁷⁷⁶ Point 9 de l'Aide-mémoire qui rappelle opportunément que les pratiques divergent quant à la tenue ou non de ces réunions spéciales et quant à la manière de les organiser. Les réunions spéciales sur la procédure, rassemblant les arbitres et les parties hors du cadre des audiences, sont désignées dans la pratique sous différents noms : « réunion préliminaire », « conférence avant audience », « conférence préparatoire », « examen avant audience », ou par des expressions similaires. Les termes utilisés dépendent notamment du stade de la procédure auquel la réunion a lieu.

⁷⁷⁷ À des degrés divers, les Règles IBA (beaucoup), le Règlement LCIA (un peu), le Règlement CCI (un peu) et le Règlement CEPANI (très peu) abordent les questions de la confidentialité, des preuves matérielles (documentaires et autres), des témoins et des experts.

à une procédu
tions y relativ
d'arbitrage et

C'est pourq
cette question
cipes qu'ils a

Ainsi, un a
cuments ou i
éléments de
l'identité des
pour présen
les procédur
de l'informa
tances dans
divulguées

Cette qu
la cadre de
lorsque la
trouve à s'a
être une li

9. Conc
au tribuna

- la questi
et celle c

- le pouvo
dont il c
les déla

⁷⁷⁸ M. W.
- Comment p
les document
de la procéd
CEPANI du
dans l'arbitr
in Is arbitra
p. 105.

⁷⁷⁹ Point
⁷⁸⁰ Point

⁷⁸¹ La cc
l'article 30
est muet su
⁷⁸² Voye

à une procédure d'arbitrage d'observer la confidentialité des informations y relatives peut varier selon les droits nationaux, les règlements d'arbitrage et les attentes des parties elles-mêmes⁷⁷⁸.

C'est pourquoi l'Aide-mémoire invite le tribunal arbitral à examiner cette question avec les parties et, le cas échéant, à consigner les principes qu'ils auront pu dégager la concernant⁷⁷⁹.

Ainsi, un accord pourrait être dégagé sur les points suivants : les documents ou informations devant être gardés confidentiels (par ex. : les éléments de preuve, les exposés écrits et oraux, l'arbitrage lui-même, l'identité des arbitres, la teneur de la sentence), les mesures à prendre pour préserver la confidentialité des informations et des audiences, les procédures particulières à suivre pour préserver la confidentialité de l'information transmise par des moyens électroniques, les circonstances dans lesquelles des informations confidentielles peuvent être divulguées (en tout ou en partie), etc.⁷⁸⁰.

Cette question nous paraît revêtir une grande importance dans la cadre de la demande de production de documents, spécialement lorsque la procédure de *discovery*, sur laquelle nous reviendrons, trouve à s'appliquer. La confidentialité peut, dans certains cas limités, être une limite à la recherche de la vérité.⁷⁸¹

3. Les preuves documentaires

9. Concernant les preuves matérielles⁷⁸², l'Aide-mémoire suggère au tribunal arbitral de régler :

- la question du délai de soumission de telles preuves par les parties et celle d'une soumission tardive ;
- le pouvoir du tribunal arbitral de préciser d'initiative la manière dont il compte procéder (dans le silence du règlement applicable) et les délais dans lesquels les parties devront s'exécuter, éventuelle-

⁷⁷⁸ 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 la procédure ? », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 85-89 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 2006, pp. 323-352 ; J. LEW, « The Arbitrator and confidentiality », in *Is arbitration only as good as arbitrator ?*, dossiers ICC Institute of World Business Law, 2011, p. 105.

⁷⁷⁹ Point 31 de l'Aide-mémoire.

⁷⁸⁰ Point 32 de l'Aide-mémoire.

⁷⁸¹ La confidentialité est abordée à l'article 3.13 et à l'article 9 des Règles IBA, à l'article, à l'article 30 du Règlement LCIA, à l'article 22.3 du Règlement CCI alors que le Règlement CEPANI est muet sur ce point.

⁷⁸² Voyez les points 48 à 54 de l'Aide-mémoire.

ment en avisant les parties que si la partie requise, dûment invitée à produire des preuves documentaires, ne le fait pas dans le délai fixé sans donner une justification suffisante, le tribunal arbitral sera libre de tirer ses propres conclusions et de prononcer la sentence sur la base des preuves qui lui auront été présentées ;

- la question de la présentation de preuves documentaires en dissuadant les parties d'émettre des objections infondées et dilatoires, à un stade avancé de la procédure quant à la valeur probante des documents produits, en prenant le soin de préciser que le délai requis pour la présentation d'objections ne sera pas pris en compte si le tribunal arbitral considère que le retard est justifié ;
- l'éventuelle soumission conjointement par les parties d'un ensemble unique de preuves documentaires dont l'authenticité n'est pas contestée, ce qui évitera les doubles emplois et les débats superflus sur l'authenticité des documents, sans préjudice de la position des parties quant à la teneur de ces documents et de la possibilité d'y ajouter des documents supplémentaires si les parties en conviennent ;
- la possibilité de présenter une preuve documentaire volumineuse et complexe sous la forme de résumés, tableaux, graphiques, extraits ou spécimens établis par des personnes compétentes, pourvu que l'autre partie puisse examiner les données originales ainsi que la méthode utilisée pour établir le ou les documents de synthèse ⁷⁸³.

Le règlement de ces diverses questions constitue autant de limites - conventionnelles - à la recherche de la vérité qui nous semblent devoir être approuvées dès lors qu'elles sont guidées par « la nécessité de régler le litige équitablement et économiquement » (cf. point 4 de l'Aide-mémoire).

4. Les preuves matérielles autres que les documents

10. Dans certains arbitrages, le tribunal arbitral doit apprécier des preuves matérielles autres que des documents, par exemple des échantillons de marchandises, le contenu d'un enregistrement vidéo ou le fonctionnement d'une machine.

Le tribunal arbitral pourra fixer un calendrier pour leur présentation, prendre des dispositions pour que l'autre ou les autres parties puissent se préparer pour la présentation des preuves et prendre

⁷⁸³ Points 48 à 54 de l'Aide-mémoire. Ces questions font l'objet de l'article 3 des Règles IBA (spécialement des articles 3.1 à 3.7, 3.11, 3.12 et 3.13) et de l'article 15 du Règlement LCIA (en particulier de l'article 15.6). Elles ne sont abordées qu'en filigrane par le Règlement CCI (art. 4, 5 et 22 à 25) et le Règlement CEPANI (art. 1, 6, 7 et 17).

éventuellem
Si un exam
ra les mod
présentes e
entre les ar
parties. En
les déclarat
sur place le
comme des
déclaration
d'une audie

Ces recon
saire respec
principe du
lorsqu'il au
documents
descente su

a) Les té

11. Afin c
le tribunal :
points.

Dans la n
la question,
lui soumett
communica
tribunal arb
exemple, ou
témoins fer
nature de le
cations et le
témoignage
des faits su

Le point
préparation
certains pr

⁷⁸⁴ Points 55
22.1 (d) du Règl

éventuellement des mesures pour préserver les éléments de preuve. Si un examen sur place doit avoir lieu, le tribunal arbitral en réglera les modalités en donnant à toutes les parties la possibilité d'être présentes et en évitant les communications sur des points litigieux entre les arbitres et une partie en l'absence de l'autre ou des autres parties. Enfin, il est recommandé à l'arbitre de garder à l'esprit que les déclarations des représentants ou employés d'une partie présentes sur place lors de telles inspections ne doivent pas être considérées comme des preuves dans le cadre de la procédure, à la différence des déclarations que ces personnes pourront faire en tant que témoins lors d'une audience ⁷⁸⁴.

Ces recommandations nous paraissent de simples rappels du nécessaire respect de l'égalité des armes, des droits de la défense et du principe du contradictoire que tout tribunal arbitral doit respecter lorsqu'il autorise la production de preuves matérielles autres que des documents (ce qui est la règle en matière commerciale) et prévoit une descente sur les lieux.

5. Les audiences consacrées à la preuve

a) Les témoins

11. Afin de faciliter la préparation des parties pour les audiences, le tribunal arbitral pourra préciser, avant ces audiences, certains des points.

Dans la mesure où le règlement d'arbitrage applicable n'aborde pas la question, le tribunal arbitral pourra demander que chaque partie lui soumette à l'avance (ainsi qu'à l'autre ou aux autres parties) une communication concernant tout témoin qu'elle entend présenter. Le tribunal arbitral pourra exiger que cette communication contienne, par exemple, outre le nom et l'adresse des témoins, le sujet sur lequel les témoins feront leur déclaration, la langue dans laquelle ils la feront, la nature de leur relation avec l'une quelconque des parties, leurs qualifications et leur expérience si celles-ci ont un rapport avec le litige ou le témoignage ainsi que la manière dont ces témoins ont eu connaissance des faits sur lesquels ils doivent faire leur déclaration (point 60).

Le point 61 de l'Aide-mémoire résume toute la polémique de la préparation des attestations écrites des témoins en rappelant que si certains praticiens sont favorables à ce que la partie présentant un

⁷⁸⁴ Points 55 à 58 de l'Aide-mémoire ; cf. également articles 3 et 7 des Règles IBA et l'article 22.1 (d) du Règlement LCIA.

témoignage soumette préalablement une déclaration signée du témoin contenant son témoignage, une telle méthode, qui suppose une entrevue entre le témoin et la partie présentant le témoignage (ou son conseil), n'est pas connue dans toutes les régions du monde et en outre, est décriée par certains au motif que de tels contacts entre la partie (voire son conseil) et le témoin peuvent compromettre la crédibilité du témoignage et doivent donc être évitées. Nonobstant ces réserves, le témoignage signé présente des avantages : il peut hâter la procédure en permettant à la partie ou aux parties adverses de mieux se préparer pour les audiences tout en permettant d'établir quels faits ne sont pas contestés. Au rang de ses éventuels inconvénients : le temps et les dépenses nécessaires pour l'obtenir, qui dans certaines espèces l'emportent sur ses avantages ⁷⁸⁵.

Nous sommes d'avis que dans nombre de cas, une déclaration écrite des témoins, produite en début d'instruction de la cause et soumise de ce fait à la contradiction, peut être très utile.

Si le règlement applicable ne donne pas de réponse en la matière, il peut être utile que le tribunal arbitral précise la manière dont les témoins seront entendus ⁷⁸⁶, ⁷⁸⁷.

12. Le degré de contrôle du tribunal arbitral sur l'audition des témoins varie lui aussi : certains arbitres préfèrent laisser aux parties la possibilité de poser librement et directement des questions au témoin, mais écarter une question si une partie élève une objection tandis que d'autres arbitres exercent un contrôle plus rigoureux et

⁷⁸⁵ L. LEVIE, « Testimonies in the contemporary practice : witness statements and cross-examination », *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium – Reports of the International Colloquium of CEPANI, October 15, 2004*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 114-118.

⁷⁸⁶ Les Règles IBA définissent les modalités relatives à l'identification et à la qualité des témoins, aux contacts entre les parties et les témoins, à la présentation des témoignages (possibilité d'imposer une déclaration écrite qui devra répondre à des critères précis), à la valeur probante d'une déclaration de témoin (présumée acquise si elle n'entraîne pas la demande d'audition subséquente de ce même témoin), à la demande de convocation d'un témoin récalcitrant et à la collaboration des parties quant à la convocation des témoins (art. 4.1 à 4.10). L'article 20 du Règlement LCIA traite des témoins. La notion de témoin au sens du Règlement LCIA est très large (*grosso modo* toute personne physique qui compte s'exprimer sur une question de fait, même si cette personne est partie à l'arbitrage ou est liée à une partie). Le tribunal arbitral peut moduler l'administration de la preuve par témoignages (en autorisant la forme écrite voire en l'exigeant, en contraignant les parties à échanger à tel moment déterminé les témoignages dont la pertinence pour la solution du litige devra être expressément démontrée, en refusant ou en limitant discrétionnairement la comparution de témoins). Notons que le Règlement LCIA autorise expressément les parties ou leurs représentants légaux à rencontrer un témoin (potentiel) en vue d'obtenir son témoignage (écrit ou oral) (art. 20.6).

⁷⁸⁷ D. MATRAY et G. MATRAY, « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 28-31 ; M. DAL, « L'instruction de la cause et les tiers », *L'arbitrage et les tiers – Actes du colloque du CEPANI du 28 novembre 2008*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 84.

écartent une question de leur propre initiative, voire exigent que les questions des parties soient posées par l'intermédiaire du tribunal arbitral⁷⁸⁸.

13. Comme on le sait, les pratiques et les lois diffèrent quant à la question de savoir si le témoignage oral doit être ou non fait sous serment.

Dans certains systèmes juridiques, les arbitres sont habilités à faire prêter serment aux témoins, mais c'est généralement à eux qu'il appartient d'en décider. C'est le cas en droit belge⁷⁸⁹.

Dans d'autres systèmes, le témoignage oral sous serment est inconnu, voire considéré comme irrégulier, car seul un juge ou un notaire peuvent avoir qualité pour faire prêter serment (point 64).

14. La présence des témoins dans la salle d'audience en dehors du moment où ils déposent est également source de discussion.

Certains arbitres préfèrent, sauf circonstances particulières, que la présence d'un témoin dans la salle d'audience se limite au temps nécessaire à sa déposition. Le but recherché est d'éviter que les témoins soient influencés par ce qui est dit dans la salle d'audience ou par la présence des autres témoins⁷⁹⁰.

D'autres arbitres considèrent que la présence d'un témoin durant les dépositions d'autres témoins peut être avantageuse dans la mesure où d'éventuelles contradictions peuvent être immédiatement élucidées

⁷⁸⁸ L'audience sur la preuve est régie dans le détail par l'article 8 des Règles IBA : les parties ne peuvent demander l'audition de témoins que dans les délais impartis par le tribunal arbitral (art. 8.1) ; chaque témoin doit en principe comparaître en personne (art. 8.1) ; le tribunal arbitral contrôle en permanence l'audience et peut limiter, voire exclure, la comparution de certains témoins, les questions posées et les réponses données (art. 8.2) ; l'ordre de passage des témoins et la façon de procéder à leur audition (en principe, interrogation directe puis contre-interrogatoires des témoins du demandeur, puis de ceux du défendeur) (art. 8.3) ; l'ordre de passage des experts et la façon de les interroger (art. 8.3) ; la faculté d'aménager le déroulement de l'audience (art. 8.3) ; le droit du tribunal arbitral de poser, à tout moment, des questions aux témoins (art. 8.3) ; la déclaration de leur bonne foi par les témoins et les experts (art. 8.4) ; l'audition d'un témoin convoqué à la demande du tribunal et non d'une partie (art. 8.5). Aux termes des articles 20.4 et 20.5 du Règlement LCIA, le tribunal arbitral peut librement apprécier les témoignages et la conduite des témoins (absence injustifiée, par exemple), contrôler les questions posées par les parties et poser lui-même des questions aux témoins à tout moment de leur déposition. Le Règlement CCI prévoit simplement que le tribunal arbitral peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties, ou toute autre personne, en présence des parties, ou en leur absence à condition que celles-ci aient été dûment convoquées (art. 25.3).

⁷⁸⁹ Sur ce point voyez notamment P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoin », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage - actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 137 et s., spécialement pp. 142-147, n° 5-10.

⁷⁹⁰ F. BORTOLOTTI, « La preuve par témoins dans l'arbitrage international », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage - actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., p. 129.

et où cette présence peut dissuader d'autres témoins de faire des déclarations inexactes⁷⁹¹.

Il est encore possible que les témoins ne soient pas présents dans la salle d'audience avant d'être appelés à témoigner mais y restent ensuite ou que le tribunal arbitral se prononce sur ce point au cas par cas, en fonction de ce qu'il juge approprié.

Toutes ces questions peuvent être réglées minutieusement ou, au contraire, superficiellement avant les audiences ou être laissées à l'appréciation du tribunal arbitral au moment même (c.à.d. lors des audiences dédiées à l'audition des témoins)⁷⁹².

L'ordre dans lequel les témoins doivent être entendus sera réglé par le tribunal arbitral après qu'il aura pris l'avis des parties⁷⁹³.

15. Dans certains systèmes juridiques, les parties ou leurs représentants sont autorisés à interroger les témoins avant que ceux-ci comparaissent à l'audience (sur le souvenir qu'ils ont des faits pertinents, leur expérience, etc.)⁷⁹⁴. Dans d'autres systèmes, ces interrogations sont considérées comme irrégulières.

Afin d'éviter tout malentendu, l'Aide-mémoire suggère au tribunal arbitral de préciser à quel type d'interrogation une partie est autorisée à soumettre un témoin pour préparer les audiences.

Cette recommandation nous paraît essentielle en présence d'avocats ou de parties soumises à des règles différentes en vertu des lois de l'État dans lequel ils ont le siège principal de leurs activités.

16. Par ailleurs, certains systèmes juridiques interdisent à certaines personnes associées à une partie d'être entendues comme témoin et ne permettent leur audition que comme représentants de cette partie. Dans ce cas, le tribunal arbitral examinera les critères à appliquer pour déterminer quelles personnes ne sont pas autorisées à témoigner (par exemple, certains cadres, employés ou agents) et pour interroger ces personnes.

b) *Les experts*

17. Certaines lois de procédure et règlements d'arbitrage traitent de la participation d'experts à la procédure arbitrale. Tantôt le tribu-

⁷⁹¹ P. A. KARRER, « La preuve dans l'arbitrage international », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 226-227.

⁷⁹² W. PETER, « Witness Conferencing Revisited », *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium – Reports of the International Colloquium of CEPANI, October 15, 2004*, op. cit., p. 158.

⁷⁹³ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », op. cit., pp. 71-72.

⁷⁹⁴ La Règle LCIA prévoit expressément cette possibilité (art. 20.6).

nal arbitral peut désigner un expert chargé de faire rapport sur des questions déterminées, les parties étant autorisées à présenter des témoignages d'experts sur les points en litige, tantôt les témoignages d'experts ne peuvent être produits que par les parties, le tribunal arbitral n'étant pas censé désigner un expert⁷⁹⁵.

18. Si le tribunal arbitral est habilité à désigner un expert, il peut soit le faire directement, soit consulter les parties sur le choix de l'expert, par exemple en présentant aux parties une liste de candidats, en demandant aux parties de faire des propositions ou en discutant avec les parties du « profil » de l'expert qu'il envisage de désigner (qualifications, expériences, compétences, etc.)⁷⁹⁶.

Le tribunal arbitral est invité à circonscrire précisément la mission de l'expert en identifiant les questions sur lesquelles l'expert doit fournir des éclaircissements et le délai dans lequel il doit le faire. Le tribunal arbitral précisera comment l'expert recevra des parties toutes les informations pertinentes ou aura accès à tous les documents, marchandises ou autres biens pertinents pour établir son rapport. Afin de faciliter l'évaluation du rapport de l'expert, il est souhaitable de demander à l'expert d'y inclure des informations relatives aux preuves et renseignements sur lesquels il se sera fondé ainsi qu'à la méthode qu'il aura utilisée pour parvenir à ses conclusions.

⁷⁹⁵ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », *op. cit.*, p. 73 ; M.E. SCHNEIDER, « The Tribunal Expert : Assisting the Arbitrators or Replacing them », *IBA International Arbitration Day*, Dubai, 15-16 February 2009.

⁷⁹⁶ Les Règles IBA prévoient des mesures analogues à celles qui s'appliquent aux témoins à l'identification et à la qualité des témoins, aux contacts entre les parties et les témoins, à la présentation des témoignages (art. 4.1 à 4.10 ; cf. note 23) pour les experts désignés par les parties (art. 5.1 à 5.6), étant précisé que le tribunal arbitral peut aussi désigner un expert pour toute question qu'il jugera bonne (art. 6.1 à 6.8) et procéder, par lui-même ou à l'intervention d'un expert (désigné par lui ou par une partie), à une inspection (art. 7). Dans le cadre du Règlement LCIA, les experts des parties doivent être assimilés aux témoins, ce sont donc les règles portées à l'article 20 qui s'appliquent à eux (cf. *supra*, note 23). De plus, à moins que les parties n'en aient décidé autrement, le tribunal arbitral peut désigner un ou plusieurs experts qui lui feront rapport sur des questions spécifiques, au besoin et moyennant l'injonction du tribunal arbitral, après s'être fait remettre toute information pertinente et avoir eu accès à tout document, marchandise, échantillon, propriété ou site pertinent (art. 21.1). De même, le tribunal arbitral peut faire participer l'expert qui a communiqué son rapport, à une ou plusieurs audiences au cours desquelles les parties auront la possibilité de lui poser des questions et de présenter des témoins experts (art. 21.2). Le Règlement CCI stipule que le tribunal arbitral peut décider d'entendre des témoins, des experts commis par les parties ou toute autre personne, même en l'absence des parties si celles-ci ont été dûment convoquées (art. 25.3), outre que le tribunal arbitral peut nommer des experts, après avoir consulté les parties, définir leurs missions et recevoir leurs rapports. Si une partie le demande, toutes doivent avoir la possibilité d'interroger l'expert ou les experts nommés par le tribunal arbitral lors d'une audience (art. 25.4). Le Règlement CEPANI dispose que le tribunal arbitral doit procéder à l'instruction de la cause dans les plus brefs délais et par tous les moyens appropriés, pouvant, à cet effet, recueillir des témoignages et désigner un ou plusieurs experts (art. 17.1).

Les règlements d'arbitrage qui contiennent des dispositions concernant les experts comportent souvent des dispositions sur le droit d'une partie de faire des observations sur le rapport de l'expert désigné par le tribunal arbitral. Si aucune de ces dispositions n'est applicable ou si des procédures plus précises sont jugées nécessaires, le tribunal arbitral peut déterminer, par exemple, le délai dans lequel les observations écrites des parties devront être présentées ou, s'il est prévu d'entendre en audience les explications de l'expert, la marche à suivre par les parties pour interroger l'expert ou pour permettre la participation d'experts présentés par les parties.

19. Si une partie présente un avis d'expert, le tribunal arbitral pourra demander que cet avis soit présenté par écrit, que l'expert soit disponible pour comparaître afin de répondre à des questions et que la comparution d'un expert comme témoin à une audience soit communiquée à l'avance ou que l'avis écrit soit présenté à l'avance, comme dans le cas des autres témoins.

Dans la pratique, sous l'influence anglo-saxonne, on tend de plus en plus à appliquer des règles identiques aux représentants des parties, à leurs experts et à leurs témoins proprement dits⁷⁹⁷.

6. Les audiences de plaidoiries

20. Se posent encore les questions du déroulement des audiences et de la clôture des débats qui influencent la recherche de la vérité par le tribunal arbitral.

Certains arbitres estiment utile de limiter le temps global alloué à chaque partie pour faire ses déclarations orales, interroger ses témoins et interroger les témoins de l'autre ou des autres parties⁷⁹⁸.

En général, on considère qu'il convient d'allouer le même temps à chaque partie, à moins qu'une solution différente soit justifiée. Avant de trancher, le tribunal arbitral peut consulter les parties pour savoir de combien de temps elles pensent avoir besoin.

Les règlements d'arbitrage donnent généralement une grande latitude au tribunal arbitral pour déterminer l'ordre des interventions aux audiences. Cependant, les pratiques diffèrent en ce qui concerne par exemple l'audition ou non des déclarations liminaires ou récapitu-

⁷⁹⁷ P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoin », *op. cit.*, spécialement pp. 140-147 et du même auteur « L'importance des preuves orales en matière arbitrale », *J.T.*, 2011, n° 6421, p. 41 et s., spécialement pp. 43-44, n° 11-13.

⁷⁹⁸ B. HANOTIAU, « Mieux maîtriser le temps et réduire les coûts dans l'arbitrage international », *Liber Amicorum Guy Keutgen*, Bruxelles, Bruylant 2008, p. 388.

latives ainsi que leur degré de détail, l'ordre dans lequel le demandeur et le défendeur présenteront leurs déclarations liminaires, etc. Etant donné ces différences, ou lorsque aucun règlement d'arbitrage applicable ne règle la question, le tribunal arbitral favorisera l'efficacité de la procédure en précisant avant les audiences, au moins dans les grandes lignes, la manière dont il mènera les audiences⁷⁹⁹,⁸⁰⁰.

21. Le tribunal arbitral doit décider, si possible après avoir consulté les parties, de la méthode qui sera retenue pour établir un procès-verbal des déclarations et témoignages faits oralement pendant les audiences.

Plusieurs méthodes sont possibles : l'arbitre président peut dicter à un dactylographe un résumé des déclarations et témoignages faits oralement, le secrétaire de tribunal arbitral (s'il y en a un) peut préparer un procès-verbal, des sténographes professionnels peuvent établir des procès-verbaux *in extenso*, souvent pour le lendemain ou dans un délai très bref, etc. Le procès-verbal peut être accompagné d'un enregistrement sur bandes, auquel on pourra se référer en cas de désaccord sur le texte⁸⁰¹.

Si l'on prévoit d'établir des procès-verbaux, il est conseillé au tribunal arbitral de définir comment les auteurs des déclarations pourront en vérifier l'exactitude.

Ces procès-verbaux auront un rôle important dans l'appréciation que le tribunal arbitral fera des preuves lors de son délibéré.

22. Avant de clore les audiences, le tribunal arbitral s'assurera qu'il n'y a plus de preuves à proposer ou de déclarations à faire. Par

⁷⁹⁹ Points 78 à 81 de l'Aide-mémoire. Le Règlement LCIA prévoit que toute partie qui en fait la demande doit être entendue sur le fond du litige (sauf accord écrit contraire), le tribunal fixant la date, l'heure et le lieu de l'audience et soumettant aux parties, le cas échéant, une liste de questions sur lesquelles il souhaite que les parties lui répondent (art. 19.1 à 19.3). Le tribunal arbitral a pleine autorité pour fixer la durée de tout ou partie des audiences (art. 19.5). Le Règlement CCI autorise le tribunal arbitral à statuer sur pièces (art. 25.6). Toutefois, si une partie sollicite une audience, le tribunal arbitral doit « citer » (*sic* !) les parties à comparaître devant lui, en observant un délai convenable, au jour et lieu qu'il a fixés. En cas d'absence (non excusée) d'une partie régulièrement convoquée, le tribunal arbitral peut tenir l'audience (art. 26.1 et 26.2). Le tribunal arbitral règle le déroulement des audiences qui, sauf de son accord avec les parties, ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure. Les parties comparaissent en personne ou par représentants dûment habilités ; elles peuvent bien évidemment être assistées de conseils (art. 26.3 et 26.4). Aux termes du Règlement CEPANI, le tribunal arbitral peut statuer sur pièces lorsqu'aucune partie ne désire être entendue (art. 17.2). Le tribunal peut également rendre des sentences par défaut réputées contradictoires lorsqu'une partie, dûment convoquée et nullement excusée, ne se présente pas à l'audience (art. 17.4).

⁸⁰⁰ F. BORTOLOTTI, « La preuve par témoins dans l'arbitrage international », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage - actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, *op.cit.*, pp. 132-135.

⁸⁰¹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 371-372.

conséquent, si des notes doivent être présentées après la clôture des audiences, le tribunal arbitral pourra insister sur le fait qu'elles ne devront donner qu'un résumé de ce qui a été dit et qu'elles ne devront pas contenir de nouveaux éléments de preuves ou de nouveaux arguments⁸⁰².

7. *Les (éventuels) pouvoirs subsidiaires du tribunal arbitral*

23. Les Règles IBA autorisent les parties, dans les délais impartis par le tribunal arbitral, à solliciter la production de documents qu'il est raisonnable de considérer comme aux mains d'une autre partie en balisant ce droit (identification suffisante des documents demandés, pertinence de ceux-ci, justification de la difficulté de la partie requérante de se les procurer autrement et indices selon lesquels les documents demandés seraient effectivement aux mains de telle autre partie) (art. 3.2 et 3.3). La partie visée par une demande de production de documents peut formuler une objection fondée sur certaines dispositions des Règles IBA (les articles 3.3 et 9.2), par écrit et dans le délai imparti par le tribunal, laquelle objection fera l'objet d'un règlement amiable et, à défaut, d'une décision du tribunal arbitral (art. 3.4 à 3.7)⁸⁰³.

Les Règles IBA encadrent encore les demandes de production de documents aux mains de tiers que peuvent formuler les parties (art. 3.9), les demandes de compléments de documentation que peut faire d'initiative le tribunal arbitral (art. 3.10), les soumissions de documents additionnels par les parties (art. 3.11), les modalités de présentation ou de production des documents (art. 3.12), la confidentialité des documents n'appartenant pas au domaine public (art. 3.13) ainsi que l'éventuel découpage de la production de documents pour tenir compte de l'organisation séquentielle de la procédure (art. 3.13).

24. Le Règlement LCIA confère au tribunal arbitral, à défaut d'accord contraire des parties et dans le respect des droits de la défense, toute une série de pouvoirs supplémentaires : enquête, injonction, etc. Ainsi, le tribunal arbitral peut-il mener toute enquête qui lui paraît

⁸⁰² Point 85 de l'Aide-mémoire. L'article 27 du Règlement CCI indique que, dès que possible après la dernière audience relative aux questions à résoudre ou la présentation des dernières écritures autorisées si celle-ci est postérieure, le tribunal arbitral prononce la clôture des débats, après quoi, ni argument, ni écritures, ni preuve supplémentaire ne peuvent plus être produits sauf à la demande ou avec l'autorisation du tribunal arbitral.

⁸⁰³ Notons que le tribunal arbitral peut, dans des circonstances exceptionnelles, désigner un expert à qui le document devra être remis et qui sera chargé de faire rapport sur l'objection afin de permettre au tribunal arbitral — qui n'a donc pas pris connaissance de la pièce litigieuse — de décider s'il faut ou non ordonner la production dudit document (art. 3.9).

utile ou nécessaire. Ce pouvoir d'investigation est très large puisqu'il permet au tribunal arbitral, le cas échéant, de rechercher si et dans quelle mesure il doit lui-même prendre l'initiative d'identifier les questions à résoudre, les faits pertinents et les lois ou les règles de droit applicables à l'arbitrage, au fond du litige et à la convention d'arbitrage. En outre, le tribunal arbitral peut enjoindre à une partie de faire le nécessaire pour que tout bien ou tout document sur lequel elle exerce son contrôle, qui se rapporte à l'objet du litige et qui a été jugé pertinent, puisse être examiné par le tribunal arbitral, les autres parties et les experts⁸⁰⁴.

Mais l'on soulignera que ces pouvoirs complémentaires autorisent surtout le tribunal arbitral, d'une part, à décider s'il appliquera ou non de strictes règles en matière de preuves, que ce soit concernant leur admissibilité, leur pertinence ou la valeur probante des éléments présentés par les parties sur toute question de fait ou d'expertise et d'autre part, à déterminer le moment, la forme et la manière dans lesquels ces éléments doivent être échangés (art. 22.1)⁸⁰⁵.

25. Le Règlement CCI prévoit qu'à tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des éléments de preuve supplémentaires (art. 25.5)⁸⁰⁶.

8. L'appréciation des preuves par le tribunal arbitral

26. Les Règles IBA préconisent que le tribunal arbitral apprécie librement la recevabilité des preuves qui lui sont présentées, leur pertinence et leur valeur, (art. 9.1) étant précisé que le tribunal arbitral peut non seulement tenir compte du comportement (manque de col-

⁸⁰⁴ Remarquons que le tribunal arbitral peut aussi ordonner l'amendement de la convention d'arbitrage en cas d'erreur jugée commune aux parties pour autant que les règles de droit régissant celles-ci le permettent et élargir l'arbitrage à un tiers (qui y devient partie) à la demande d'une partie pour autant que ce tiers et la partie qui en a fait la demande y aient consenti par écrit. Dans ce dernier cas, le tribunal arbitral pourra rendre une sentence finale unique ou des sentences séparées à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage.

⁸⁰⁵ T. T. LANDAU, « Claims for Further Particulars or for Summary Dismissal : Are They an Acceptable Practice ? », *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium – Reports of the International Colloquium of CEPANI, October 15, 2004, op. cit.*, p. 58.

⁸⁰⁶ Une des nouveautés les plus originales du Règlement CCI est la possibilité pour une partie de solliciter des mesures conservatoires ou provisoires urgentes qui ne peuvent attendre la constitution d'un tribunal arbitral. Cette possibilité, qui débouche sur une procédure d'extrême urgence confiée à « un arbitre d'urgence » dont la décision ne liera pas le tribunal arbitral, est exclue si la convention d'arbitrage a été conclue avant le 1er janvier 2012 (date d'entrée en vigueur du Règlement CCI), si les parties ont décidé d'exclure cette procédure ou si elles ont convenu d'une autre procédure pré-arbitrale pour régler ces questions (art. 29). Par ailleurs, tous les règlements d'arbitrage examinés prévoient la possibilité pour le tribunal arbitral de prononcer des mesures conservatoires ou provisoires, sans préjudice du droit des parties de recourir aux autorités judiciaires qui disposent en la matière d'un pouvoir concurrent.

laboration, mauvaise foi, etc.) d'une partie lorsqu'il répartira les frais d'arbitrage mais aussi apprécier une preuve qui lui a été soumise (art. 9.6 et 9.7)⁸⁰⁷.

Si les autres corpus de règles examinés ci-dessus ne sont pas aussi explicites, il se déduit de leur contenu que l'attitude procédurale d'une partie pourra être prise en compte, dans une certaine mesure, par le tribunal arbitral dans sa recherche d'une solution efficace.

C. *En synthèse de ce qui précède*

27. L'ensemble de la documentation passée en revue ci-avant fait apparaître de nombreux points communs à ces *corpus* de règles ou de recommandations procédurales.

Nous en retiendrons ce qui suit, en corrélation avec la recherche et l'administration des preuves.

Tout d'abord, le rappel de l'autonomie de la volonté des parties qui leur permet, sous réserve des règles impératives ou d'ordre public du droit applicable au fond, de déterminer librement les règles de preuves qu'elles souhaitent faire leurs dans le cadre de l'arbitrage.

Ensuite, le droit subsidiaire du tribunal arbitral d'aménager ou de compléter ces règles de preuves.

Ces règles de preuve définiront plus ou moins précisément, selon le cas, le recours à la preuve écrite et ses modalités, le recours à la preuve testimoniale et ses modalités, les modalités de l'expertise et celles d'une inspection sur les lieux, la confidentialité (des informations, des documents et de la procédure elle-même), les pouvoirs complémentaires du tribunal arbitral (pouvoir d'injonctions diverses, tel qu'ordonner la production de documents ; les mesures conservatoires ou provisoires ; etc.), le déroulement des audiences, le droit d'être représenté et celui d'être assisté d'un conseil.

Puis, nous soulignerons l'utilité, voire la nécessité, d'établir un acte de mission et un calendrier de procédure qui permettront une certaine prévisibilité quant à l'administration de la preuve (délais de soumission des preuves, règlement des incidents, déroulement des audiences consacrées à l'examen des preuves).

Enfin, nous insisterons sur l'importance d'une gestion efficace, en termes de coûts et de délais, de la procédure arbitrale qui tienne

⁸⁰⁷ S. R. BOND, « The 1999 IBA Rules on Evidence in International Commercial Arbitration », *Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millennium – Reports of the International Colloquium of CEPANI*, October 15, 2004, *op. cit.*, pp. 101-105.

compte des spécificités de la cause et respecte les principes généraux du droit de la preuve (égalité des armes, droits de la défense et principe du contradictoire).

28. Ceci fait clairement apparaître trois limites au pouvoir d'investigation du tribunal arbitral, dans son souci d'atteindre la vérité du cas qui lui est soumis : la commune volonté des parties, les règles de preuves impératives ou d'ordre public du droit applicable au fond et les principes généraux du droit (de la preuve). Il faut y ajouter les règles de preuves impératives ou d'ordre public du droit du siège de l'arbitrage.

2. — DEUXIÈME LIMITE AUX POUVOIRS DE L'ARBITRE : LA COMMUNE VOLONTÉ DES PARTIES

A. La clause compromissoire

29. On l'aura compris, la première source de laquelle le tribunal arbitral tire son pouvoir de rechercher la vérité et y trouve ses limites est la commune volonté des parties qui délimite également le champ d'investigation dans lequel le tribunal arbitral pourra évoluer.

En droit belge, le principe est inscrit à l'article 1693, paragraphe 1^{er} du Code judiciaire qui énonce que « sans préjudice des dispositions de l'article 1694, les parties déterminent les règles de la procédure arbitrale ainsi que le lieu de l'arbitrage »⁸⁰⁸.

Autrement dit, les parties peuvent dès la conclusion du contrat ou lors de celle de la convention d'arbitrage décider des règles procédurales. Cependant, elles le feront rarement dans les faits et même en ce cas, elles se borneront le plus souvent à renvoyer à un corps de règles existant qui ne contient généralement que l'essentiel en termes d'administration de la preuve et laisse la part belle à l'autonomie de la volonté des parties et du tribunal arbitral pour le surplus (droits nationaux tels que la sixième partie du Code judiciaire belge, règlements de centres d'arbitrage tels la CCI ou le CEPANI, outils facultatifs comme l'Aide-mémoire de la CNUDCI, les Règles IBA, etc.)⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ Pour mémoire, l'article 1694 C. jud oblige le tribunal arbitral à respecter l'égalité des armes et les droits de la défense en lui imposant le principe du contradictoire, celui de l'oralité des débats sauf accord contraire des parties et le droit des parties de se faire représenter par un mandataire (idéalement un avocat) et assister de personnes – hormis les agents d'affaires – agréées par ce même tribunal arbitral.

⁸⁰⁹ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 55-78, spécialement pp. 57-58 ; D. MATRAY et G. MATRAY, « L'administration de

Il est même probablement préférable que les parties, qui ignorent quelles seront les caractéristiques de leur futur différend lorsqu'elles s'entendent sur le contrat incluant la clause d'arbitrage et qui auront vraisemblablement perdu une partie de leur faculté de discernement lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, laissent de côté les détails de la procédure et permettent au tribunal arbitral de jouir de la plus grande liberté d'appréciation, fût-ce par le biais d'un renvoi à un socle adapté comme l'Aide-mémoire par exemple.

En effet, la liberté des parties est telle qu'elles peuvent s'affranchir de toute loi nationale et de tout règlement d'arbitrage pour déterminer, le cas échéant avec le tribunal arbitral ou en s'en remettant exclusivement à lui, les règles procédurales applicables au litige dont singulièrement celles relatives à l'administration de la preuve.

B. *L'acte de mission*

30. La rédaction de l'acte de mission, passage obligé de la quasi-totalité des arbitrages commerciaux contemporains (comme nous l'avons vu précédemment), est l'occasion idéale pour les parties de régler avec le tribunal arbitral ces questions de procédure.

L'acte de mission circonscrit précisément le différend soumis à l'appréciation de l'arbitre et définit parfois les modalités d'administration de la preuve en tenant compte des spécificités de la cause (le contexte dans lequel s'inscrivent les relations des parties, l'origine du différend, l'enjeu du litige, la culture juridique des parties voire de leurs conseils, etc.).

L'acte de mission peut donc régler les modes de production de preuve, le déroulement d'éventuelles auditions de témoins et celui des débats de même que l'autorisation ou l'exclusion de procédures de *discovery* ou d'*e-discovery*. Il faut garder à l'esprit, lors de la rédaction de cet acte de mission, que l'un des principaux atouts de l'arbitrage est la flexibilité des règles procédurales qui permet aux parties de choisir un équilibre entre la dimension écrite (mémoires, pièces, déclarations, rapports d'experts) et la dimension orale (audition de témoins, interrogatoires, contre-interrogatoire, plaidoiries) de la procédure, versant dans un même creuset les usages des pays de *civil law* et ceux des pays de *common law* pour créer de nouveaux outils plus adéquats en l'espèce⁸¹⁰.

la preuve en matière d'arbitrage », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage - actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 17-40, spécialement pp. 38-40.

⁸¹⁰ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », loc. cit.

Il nous paraît que ce rapprochement procédural peut être appliqué de manière heureuse à des arbitrages placés sous l'égide du droit belge, l'article 1696, paragraphe 2 du Code judiciaire conférant expressément au tribunal arbitral le pouvoir d'apprécier librement les moyens de preuve et leur force probante sauf si les parties en ont convenu autrement.

C. La liberté résiduelle de l'arbitre

31. Quelles sont donc les limites à cette liberté d'appréciation des moyens de preuve ?

En principe, le tribunal arbitral décide souverainement de l'admissibilité, de la pertinence et de la force probante des éléments de preuve qui lui sont proposés par les parties, leurs témoins et leurs experts.

Le tribunal arbitral a ainsi la faculté d'écarter certains éléments de preuve (oraux ou écrits) que les parties lui soumettent et celle de refuser certaines demandes probatoires qu'il estime inappropriées. De même, il vide les incidents procéduraux comme le refus d'une partie de produire certaines informations. Or, l'appréciation du comportement procédural des parties (refus de collaborer à l'administration de la preuve, refus de fournir certaines informations, absence de discussion des éléments de preuve produits par les parties adverses, refus de faire contre-interroger un témoin ou un expert, etc.) peut influencer la décision du tribunal arbitral.

Il est compréhensible qu'en l'absence de pouvoir de contrainte sur les parties, leurs témoins et leurs conseils techniques, le tribunal arbitral tienne compte du comportement procédural des parties pour apprécier plus ou moins sévèrement si la preuve de tel fait est ou non rapportée. Ainsi, les conséquences fâcheuses du pouvoir d'investigation limité du tribunal arbitral peuvent être atténuées : en recourant aux présomptions, lesquelles doivent reposer autant que possible sur des éléments tangibles et objectifs, le tribunal arbitral pourra forger sa conviction relativement à la question litigieuse en tenant aussi compte du comportement procédural des parties, particulièrement du manque de collaboration de certaines d'entre elles.

En effet, il est généralement admis que les parties doivent collaborer loyalement et sincèrement à la manifestation de la vérité dans le cadre de l'arbitrage, indépendamment des règles relatives au fardeau de la preuve⁸¹¹.

⁸¹¹ *Idem* et les références citées.

En droit belge, les règles relatives au fardeau de la preuve sont identiques que l'on se trouve dans le cadre d'une procédure judiciaire ou dans celui d'une procédure arbitrale : chaque partie a la charge de prouver les faits qu'elle avance, le tribunal pouvant décider l'accomplissement de certaines mesures d'instruction.

Le tribunal arbitral peut ordonner, on le sait, des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une partie (à l'exception d'une saisie conservatoire) de même qu'une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, la comparution personnelle des parties. Il peut encore recevoir le serment à titre décisoire ou le déférer à titre supplétoire et à condition que des indices graves et concordants le justifient, ordonner la production de documents détenus par une partie.

Par contre, faute pour lui de disposer d'une parcelle de la puissance publique, le tribunal arbitral est dépourvu face à des tiers qui détendraient des informations capitales pour la solution du litige.

Toutefois, des palliatifs sont possibles dans certains cas : le recours au juge d'appui pour mettre en œuvre une décision arbitrale relative à l'audition d'un témoin récalcitrant ou à la production d'un élément de preuve détenu par un tiers est parfois envisageable⁸¹².

D. Prévisibilité des règles de la procédure

32. Au vu de ce qui précède, il devient évident que l'efficacité de l'arbitrage passe par une prévisibilité, pour les parties, des règles de l'administration de la preuve, lesquelles doivent idéalement permettre au tribunal arbitral une certaine flexibilité sur certaines questions⁸¹³.

En réglant dès la première heure les règles d'administration de la preuve et en anticipant la manière de régler les éventuelles difficultés procédurales, le tribunal arbitral et les parties gagneront, au final, en célérité et donc en efficacité.

Pour ce faire, le tribunal arbitral sera avisé de consulter les parties (si elles ne se sont pas encore prononcées) et d'établir ensuite, dans l'acte de mission ou une première ordonnance de procédure, les

⁸¹² Ainsi l'art. 1696, §§ 4 et 5, C. jud. qui permet au tribunal arbitral d'autoriser les parties à s'adresser au tribunal de première instance pour mener une enquête (témoins récalcitrants) ou statuer sur un incident relatif à la production de documents. Soulignons qu'en droit belge, au contraire d'autres droits nationaux, le tribunal arbitral ne peut pas s'adresser directement au juge d'appui (sur cette question, cf. L. DEMEYERE, « International commercial arbitration and the EU Regulations on the service of process and the evidence », *Arbitral Procedure at the Dawn of the Millenium*, Bruylant, 2005, p. 245.

⁸¹³ J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », *op. cit.*, pp. 67-69, n° 17-21.

règles d'a
sible, une
Cette ma
empêcher
leuses.

De mai
questions
et des pi
d'e-discot
l'audition
pouvant
si elle ap

33. La
de preuve
désormais

La pro
être volo
d'une ser
cette me
des droit
pus de r
cette pré
principes
reviendro

⁸¹⁴ Sur le
l'arbitrage c
dictoire ? Es
procédure n
matière d'ar
l'e-discovery
L'administr
tembre 2001

⁸¹⁵ Sur l
témoins en
le rôle de l'
preuves ora
vue par l'ar
colloque du

⁸¹⁶ Sur c
commercial
Existe-t-il u
ne soient ut

règles d'administration de la preuve en se réservant, autant que possible, une marge d'appréciation sur l'éventuelle violation de ces règles. Cette marge d'appréciation paraît bien utile, dans nombre de cas, pour empêcher les parties de se livrer à d'interminables discussions vétilleuses.

De manière concrète, le tribunal arbitral devra régler au moins les questions essentielles suivantes : la communication des mémoires et des pièces, l'autorisation ou non de la procédure de *discovery* ou d'*e-discovery*⁸¹⁴, l'éventuelle traduction de tout ou partie des pièces, l'audition des témoins (dans ses grandes lignes du moins, les détails pouvant faire l'objet d'une ordonnance de procédure ultérieure)⁸¹⁵ et, si elle apparaît déjà comme certaine, l'expertise.

E. Le cas particulier de la procédure de *discovery*

33. La procédure de *discovery*, mécanisme de divulgation d'éléments de preuve destinés à établir les faits de la cause, est une pratique désormais courante de l'arbitrage commercial international⁸¹⁶.

La production des pièces demandées dans ce cadre particulier peut être volontaire ou forcée (sur pied d'une ordonnance de procédure ou d'une sentence partielle). Si le pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner cette mesure de production de documents est reconnu par la plupart des droits nationaux et des règlements d'arbitrage, aucun de ces *corpus* de règles ne précisent les limites ou les modalités d'exercice de cette prérogative (excepté, bien évidemment, le nécessaire respect des principes de l'égalité des armes et du contradictoire sur lesquels nous reviendrons ci-après). Le tribunal arbitral devra donc trancher en mo-

⁸¹⁴ Sur la *discovery*, voyez entre autres, 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 la procédure ? », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 79-89 ; sur l'*e-discovery*, voyez notamment E. VALGAEREN, « ICT en bewijsvoering – Het paard van Troje ? », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 89-124.

⁸¹⁵ Sur l'audition des témoins, on se reportera utilement à P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoin », op. cit., et « L'importance des preuves orales en matière arbitrale », op. cit. ainsi qu'à F. BORTOLOTTI, « La preuve par témoins vue par l'arbitre international », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage – actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009*, op. cit., pp. 125-136.

⁸¹⁶ Sur cette question, voyez 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 la procédure ? », loc. cit.

dulant, comme il le jugera bon, la mesure demandée (acceptation pure et simple, acceptation dans certaines limites, refus) en respectant ces principes généraux du droit.

En pratique, le tribunal arbitral s'inspirera utilement des Règles IBA qui limitent fort opportunément l'étendue de la *discovery* par rapport à la pratique anglo-saxonne (surtout américaine) pour éviter ses dérives (*fishing expedition* de la partie qui l'a demandée)⁸¹⁷.

Le tribunal arbitral devra donc veiller à régler clairement et précisément les modalités applicables à la production de documents, dans l'acte de mission ou une ordonnance de procédure subséquente, en évitant les excès des parties et en veillant à ce que d'éventuels intérêts légitimes de confidentialité soient respectés.

34. La marge d'appréciation laissée au tribunal arbitral lui sera particulièrement utile pour régler les éventuels incidents de procédure. Si certaines décisions pourront être prises verbalement (en raison de l'autorité du tribunal arbitral), d'autres ne pourront l'être que par voie d'ordonnance de procédure ou, lorsque le fond du droit est concerné ou l'exécution provisoire accordée⁸¹⁸, de sentence (partielle).

Si leur liberté d'organiser les règles de preuve est grande, on l'a vu, ni les parties ni le tribunal arbitral ne peuvent toutefois s'abstraire des contingences liées aux dispositions d'ordre public ou impératives du droit du siège de l'arbitrage et du droit applicable au fond du litige. Or, certaines de ces dispositions peuvent avoir trait aux preuves.

3. — TROISIÈME LIMITE AUX POUVOIRS DE L'ARBITRE : LE DROIT DU SIÈGE DE L'ARBITRAGE ET LE DROIT APPLICABLE AU FOND

A. Le droit du siège de l'arbitrage

35. Le droit du siège de l'arbitrage est une donnée incontournable dont la violation donnera lieu, en principe, à l'invalidation de la sentence⁸¹⁹.

Ainsi, l'article 1704, paragraphes 2 et 3 du Code judiciaire belge prévoit-il comme motifs d'annulation de la sentence, entre autres : la

⁸¹⁷ M. W. BÜHLER, *op. cit.*, pp. 81-83.

⁸¹⁸ Par exemple, parce que le tribunal arbitral considère nécessaire d'assortir sa décision d'ordonner la production de document par une partie d'une astreinte. Pour s'assurer de l'effectivité de la mesure, il y aura lieu pour la partie qui y a intérêt (ou pour le tribunal arbitral lorsque le droit du siège l'y autorise) de s'adresser au juge d'appui afin de revêtir la sentence (partielle) de la formule exécutoire (en Belgique, la partie qui y a intérêt devra s'adresser au tribunal de première instance ; cf. art. 1710 C. jud.).

⁸¹⁹ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international, op. cit.*, pp. 315-323.

contrariété de la sentence à l'ordre public (à notre sens, cela englobe l'ordre public procédural) et la motivation de la sentence sur pied d'une preuve déclarée fausse par une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou sur une preuve reconnue fausse.

Le Code judiciaire prévoit encore que la sentence arbitrale ne peut faire l'objet d'une exécution forcée qu'après avoir été revêtue de la formule exécutoire par le président du tribunal de première instance sur requête de la partie intéressée, sans que la partie contre laquelle l'exécution est demandée puisse, en cet état de la procédure, prétendre présenter des observations (art. 1710, § 1, C. jud.). Or, le président du tribunal de première instance ne peut revêtir la sentence de la formule exécutoire que si la sentence ne peut plus être attaquée devant les arbitres ou si les arbitres en ont ordonné l'exécution provisoire nonobstant appel (la décision du président étant exécutoire nonobstant tout recours) (art. 1710, § 2). En outre, le président du tribunal de première instance rejette la requête si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public ou si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage (art. 1710, § 3).

Il est possible que le droit national d'autres États fasse également du non-respect de certaines règles de preuve, jugées impératives ou d'ordre public, une cause de nullité de la sentence rendue par un tribunal arbitral qui a son siège dans l'état concerné ou une cause de rejet de l'octroi de la formule exécutoire.

Par conséquent, les parties et le tribunal arbitral devront être attentifs, lors de l'élaboration des règles de preuves (si elles leur sont propres) ou lors de leur choix (s'ils optent pour un droit national, un règlement d'arbitrage ou tout autre corps de règles prédéfinies), à ce que les règles de preuve choisies ne contreviennent pas aux dispositions d'ordre public ou impératives du droit du siège de l'arbitrage.

A défaut, la sentence pourrait, au mieux, se voir refuser la formule exécutoire et, au pire, être annulée.

B. *Le droit applicable au fond du litige*

36. Le droit applicable au fond du litige a également une incidence sur la liberté des parties et du tribunal quant aux choix des règles de preuve⁸²⁰.

À titre d'exemple, prenons le droit belge. Le droit commun de la preuve est inscrit aux articles 1315 à 1369 du Code civil, la preuve

⁸²⁰ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *ibidem*.

testimoniale faisant l'objet des articles 1341 à 1348. L'article 1341, alinéa 1^{er} du Code civil impose la preuve écrite (acte sous seing privé ou acte authentique) et interdit la preuve par témoins relativement à des actes portant sur des montants de plus de 375 euros⁸²¹.

Ainsi, dans le cas d'un arbitrage en matière civile auquel le droit belge est applicable, les parties et le tribunal ne pourront pas prévoir de règles de preuves contraires au prescrit des articles 1315 et suivants du Code civil à peine d'encourir le risque que la sentence fondée sur cette violation du droit applicable n'entraîne sa nullité.

Mais la matière civile n'est pas seule concernée. En effet, la preuve de certains engagements commerciaux doit également être rapportée par écrit. Par exemple, selon l'article 4 de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale, le contrat d'agence commerciale peut être conclu pour une durée déterminée ou indéterminée mais il sera réputé avoir été conclu pour une durée indéterminée lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'un écrit ou lorsque ayant fait l'objet d'un écrit, sa durée n'y a pas été spécifiée. De même, un contrat à durée déterminée, qui a encore été exécuté après l'échéance de son terme, est censé être, dès sa conclusion, un contrat à durée indéterminée.

Or, les conséquences qui s'attachent à la résiliation d'un contrat d'agence commerciale sont différentes selon que ce contrat a été conclu à durée déterminée ou à durée indéterminée (songeons, notamment, à la faculté de résiliation anticipée moyennant préavis).

Le commettant qui voudrait prouver que le contrat, verbal, conclu avec son agent était un contrat à durée déterminée et qui ne donnait donc pas lieu à résiliation moyennant préavis en sera légalement empêché.

Par conséquent, les parties et le tribunal arbitral devront s'assurer que les règles de preuve dont ils feront choix, le cas échéant, s'accordent avec le droit applicable au fond dans ses aspects probatoires.

Cela étant précisé, on ne peut ignorer qu'en matière de commerce international, les parties recourent fréquemment au choix du droit applicable et optent régulièrement pour la *lex mercatoria*, se réservant ainsi une très grande liberté procédurale⁸²².

⁸²¹ Cette disposition générale connaît des exceptions : lorsqu'il s'agit d'engagements commerciaux (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 25 C. com. Combinés), lorsqu'il existe un commencement de preuve écrite (art. 1347 C. civ.) et lorsqu'il était impossible au créancier de l'obligation de s'en procurer la preuve écrite (art. 1348 C. civ. qui vise les cas des quasi-contrats, des quasi-délits, des dépôts forcés, des accidents et de la perte fortuite du titre).

⁸²² En ce sens, P. A. KARRER, « La preuve dans l'arbitrage international », *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage - Actes du colloque du CEPANI du 12 novembre 2009, op. cit.*, p. 219 et s., spécialement pp. 221-222.

4. — QUATRIÈME LIMITE AUX POUVOIRS DE L'ARBITRE : LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT

87. Si la liberté des parties, principalement, et celle du tribunal arbitral, subsidiairement, sont grandes, elles ne sont pas illimitées. Outre l'absence d'*imperium* (à laquelle il est possible de remédier, comme nous venons de le voir), certains principes généraux du droit, qui trouvent à s'appliquer en cette matière, ne peuvent être éludés. Tel est le cas de l'égalité des armes, des droits de la défense et du respect du contradictoire.

L'égalité des parties implique que le tribunal arbitral réserve à chaque partie un traitement sinon strictement identique du moins équitable, en ce compris dans l'administration de la preuve.

C'est finalement une proportionnalité dans l'éventuelle différenciation de traitement, justifiée au regard du contexte, que devra rechercher le tribunal arbitral (si les parties ne l'en ont pas empêché en choisissant une parfaite égalité). Une telle différenciation, utile et justifiée au regard des circonstances, peut s'avérer plus féconde qu'une application systématique de certaines modalités pratiques d'administration de la preuve⁸²³. Le tout est finalement que le traitement réservé par le tribunal aux parties dans l'administration de la preuve ne soit pas discriminatoire (critère de proportionnalité) et que chaque partie ait pu utilement faire valoir ses droits et proposer ses moyens (respect des droits de la défense) tout en ayant pu s'exprimer sur tous les éléments de preuve et leur admissibilité (respect du contradictoire).

Le respect des droits de la défense implique le droit de comparaître et d'être entendu sur son affaire (en fait et en droit).

Le respect du contradictoire interdit au tribunal arbitral, sauf renonciation expresse des parties, de statuer sans qu'elles aient pu s'expliquer sur leurs moyens de preuve, ceux de l'autre ou des autres parties ainsi que sur les éléments adventices que le tribunal aurait retenu sans les porter à la connaissance des parties⁸²⁴.

⁸²³ Pour des exemples, voyez J.-F. TOSSENS, « L'administration de la preuve dans l'acte de mission et l'instance », *op.cit.*, pp. 63-64, n° 11.

⁸²⁴ Bruxelles, 15 juin 1965, *Pas.* 1966, II, p. 172 ; J.-L. DEVOLVE, « Vraie et fausse confiance ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. Arb.*, 1996, p. 386 ; B. HANOTIAU, « Le principe du contradictoire devant les tribunaux arbitraux », *J.T.*, 1998, p. 314.

5. — L'ADMINISTRATION D'UNE BONNE JUSTICE

38. Pour déterminer les règles de preuve applicables au litige, les parties et le tribunal arbitral devront donc tenir compte du droit du siège de l'arbitrage et du droit applicable au fond. En outre, le tribunal arbitral devra clairement distinguer entre les questions qui ont une incidence substantielle sur le fond des droits et obligations des parties (le résultat matériel de l'arbitrage) et celles qui se limitent à la façon de gérer l'arbitrage (les questions procédurales au sens strict). Cette distinction étant faite, le tribunal arbitral devra respecter les quelques principes généraux du droit qui sont les garants d'une bonne justice : l'égalité des parties, les droits de la défense et le contradictoire (rappelés brièvement ci-dessus). Le respect de ces principes cardinaux de toute procédure sera le gage du juste résultat matériel que devra déterminer le tribunal arbitral.

39. Dès lors que les faits, la procédure et le droit applicable au fond sont intimement liés, le tribunal arbitral devra laisser aux parties la direction de leur procès et leur permettre de débattre des faits que chacune considère pertinents. En effet, si le tribunal arbitral est investi d'un pouvoir juridictionnel, c'est par la volonté des parties qui doivent obtenir de l'arbitrage ce qu'elles en attendaient lorsqu'elles ont conclu la clause compromissoire ou la convention d'arbitrage, c'est-à-dire une justice à la fois de qualité, flexible et efficace.

Il est important, non seulement que chaque partie ait reçu un traitement équitable dans l'administration des preuves, mais encore qu'elle estime avoir bénéficié de ce traitement. Les apparences sont donc importantes sur ce point.

40. La principale qualité du tribunal arbitral, du point de vue procédural, sera donc de trouver le juste équilibre, au vu du cas qui lui est soumis, entre recherche « absolue » de la vérité, respect de coûts supportables par les parties en cause et reddition de la sentence dans un délai raisonnable. Autrement dit, le tribunal arbitral devra choisir parmi les différentes techniques d'administration de la preuve, celles qui sont les plus efficaces et les moins onéreuses au vu du contexte et des libertés que lui offrent les parties, le droit du siège et le droit applicable au fond.

En droit belge, le tribunal arbitral aura le choix :

- l'enquête, prévue à l'article 1696, paragraphes 3 et 4 du Code judiciaire paraît mal adaptée aux besoins d'efficacité et de célérité de l'arbitrage ; particulièrement, la lourdeur de la procédure (passage

3 JUSTICE

applicables au litige, les
r compte du droit du
. En outre, le tribunal
questions qui ont une
t obligations des par-
s qui se limitent à la
urales au sens strict).
al devra respecter les
s garants d'une bonne
éfense et le contradict-
t de ces principes car-
résultat matériel que

roit applicable au fond
laisser aux parties la
débattre des faits que
ibunal arbitral est in-
volonté des parties qui
tendaient lorsqu'elles
ntion d'arbitrage, c'est-
t efficace.

artie ait reçu un traite-
ves, mais encore qu'elle
apparences sont donc

al, du point de vue pro-
e, au vu du cas qui lui
vérité, respect de coûts
ion de la sentence dans
al arbitral devra choisir
tion de la preuve, celles
uses au vu du contexte
roit du siège et le droit

choix :

hes 3 et 4 du Code judi-
ficacité et de célérité de
le la procédure (passage

obligé par le tribunal de première instance), l'absence de maîtrise du tribunal arbitral sur celle-ci (en termes de durée et de contenu, les questions étant posées par le juge-commissaire à l'initiative des parties) nous paraissent être une cause d'exclusion de cette technique dans la plupart des cas ;

- l'audition de témoins (art. 1696, §§ 3 et 4, C. jud.) si elle a lieu devant le tribunal arbitral peut être un choix judicieux pour autant, à notre estime, qu'elle s'appuie des déclarations écrites préalables et que ces déclarations des témoins, écrites et orales, soient confrontées, autant que possible, aux documents établis *in tempore non suspecto* et relatifs aux mêmes faits⁸²⁵ ;
- l'expertise, au sens des articles 962 et suivants du Code judiciaire, que le tribunal arbitral peut ordonner sur pied de l'article 1696, paragraphe 3 du même Code ne devra être retenue que si elle s'avère réellement indispensable à la solution du litige ; par contre, le tribunal arbitral devra entendre les témoins experts des parties s'il y en a, en se réservant la possibilité de nommer un tiers expert pour le cas (improbable, espère-t-on) où l'audition des témoins experts aurait apporté plus de questions que de réponses ;
- la descente sur les lieux (art. 1696, § 3, C. jud.), qui sera surtout utile si elle est couplée à l'expertise ou si elle permet de mieux comprendre les rapports des témoins experts ;
- la comparution personnelle des parties (art. 1696, § 3, C. jud.) : elle permettra au tribunal arbitral de comprendre la perception que chaque partie a du litige, de ses causes et de sa résolution⁸²⁶ ;
- la production de documents (art. 1696, §§ 3 et 5), en cas d'obstruction d'une partie ou d'un tiers (à qui une partie s'est adressée à la demande du tribunal arbitral), peut être source de retard dans l'administration de l'arbitrage puisqu'il faudra recourir au tribunal de première instance et que les délais seront suspendus jusqu'à ce que l'incident ait été réglé définitivement par le juge d'appui ; l'attitude

⁸²⁵ Sur l'audition des témoins, voyez P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoin », *op. cit.* et « L'importance des preuves orales en matière arbitrale », *op. cit.* ; F. BORTOLOTTI, « La preuve par témoins vue par l'arbitre international », *op. cit.* Sur l'honnêteté des témoins, on consultera P. A. KARRER, « La preuve dans l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 230-232, n° 14.

⁸²⁶ Comme on le sait, l'audition d'une partie devant les cours et tribunaux belges est encadrée de règles particulières, différentes de l'audition des témoins, au contraire de nombre d'autres droits nationaux et de la pratique usuelle de l'arbitrage commercial international. Sur ces questions, cf. notamment P. HOLLANDER, « La preuve par témoins en arbitrage : aspects de droit belge et considérations déontologiques et pratiques sur le rôle de l'avocat dans l'établissement de la preuve par témoin », *op. cit.* et « L'importance des preuves orales en matière arbitrale », *op. cit.*

de la partie récalcitrante (refus de communiquer un document, refus de le demander à un tiers, refus d'inviter ce dernier comme témoin, etc.) pourra être prise en compte, dans une certaine mesure, par le tribunal arbitral.

Enfin, le serment et la commission rogatoire complètent l'arsenal des techniques dont dispose le tribunal arbitral.

41. Il reste à apprécier le degré de preuve que le tribunal arbitral exigera pour décider que tel fait a bien été établi (*prouvé*). Cette question, aussi intéressante que complexe, ne peut qu'être effleurée dans le cadre restreint de la présente contribution⁸²⁷.

Retenons qu'en général, il suffira que l'élément soumis au tribunal arbitral emporte la conviction intime du tribunal que cet élément a bien été établi. Le fardeau de la preuve ne jouera en défaveur de la partie sur laquelle il pèse que lorsqu'aucune des parties n'a démontré l'exactitude ou la fausseté de l'allégation examinée.

Au final, le tribunal arbitral devra, dans les limites que lui ont laissées les parties et dans celles que lui fixent la *lex fori* et la *lex causae*, apprécier librement les moyens de preuve qui lui sont soumis, en n'hésitant pas dans toute la mesure du possible à recourir à différentes techniques (demande de compléments de preuve sous diverses formes : production de documents, audition de témoins, expertise, etc.) pour peu que ce soit en respectant les principes généraux du droit applicables à ce domaine et en gardant à l'esprit la nécessaire efficacité (en termes de coûts et de délais) que lui impose sa fonction.

CONCLUSION

42. Les règles liées à la preuve en matière d'arbitrage, bien que de sources extrêmement diversifiées, tendent, toutes, à rencontrer les impératifs d'efficacité, de sécurité et de justice.

La plupart des textes étudiés ci-avant s'inscrivent, en effet, dans la tendance du droit de l'arbitrage moderne, de garantir une efficacité de la procédure qui se traduit, pour l'essentiel, par la rapidité et, si possible, la maîtrise des coûts.

La sécurité est, elle aussi, assurée par une plus grande prévisibilité des règles. En adhérant à un règlement d'arbitrage édicté par une institution, les parties peuvent anticiper l'applicabilité des règles de

⁸²⁷ Pour un aperçu des différents aspects de cette question, voyez P. A. KARRER, « La preuve dans l'arbitrage international », *op. cit.*, pp. 228-232, n° 12-14.

preuve. Si elles examinent les différents règlements que nous avons parcourus ci-dessus, les parties constateront l'extrême convergence des régimes mis en place et pourront éventuellement s'en inspirer pour créer leur propre *corpus* applicable à leur différend. En effet, comme le suggèrent la plupart des auteurs, les parties seront, en toute hypothèse, incitées, en cas d'application ou non d'un règlement d'arbitrage particulier, à définir le régime de la preuve qu'elles souhaitent appliquer à leur affaire. Le terrain sera balisé dès l'entame de la procédure. Toutefois, dans le souci d'une administration d'une bonne justice, il serait bon que les parties laissent une certaine marge d'appréciation au tribunal arbitral sur certaines questions (comme, par exemple, le soin de régler les incidents relatifs à l'administration de la preuve tel qu'un dépassement de délai, etc.)

Enfin, il ne saurait y avoir de régime de preuves qui n'intègre pas les grands principes de la procédure, au premier rang desquels l'égalité des armes, les droits de la défense et le contradictoire.

43. En synthèse, si la procédure arbitrale idéale n'existe pas, les parties seront avisées de choisir un *corpus* de règles procédurales qui laisse une grande liberté d'appréciation au tribunal arbitral auquel on laissera le soin de résoudre librement certaines questions.

Prisonnier du double carcan formé par le droit du siège et le droit applicable au fond, le tribunal arbitral sera d'autant plus libre de s'approcher de la vérité si la gangue procédurale choisie pour lui par les parties ne l'étouffe pas.

Pour peu qu'il respecte les grands principes précités et fasse preuve de bon sens, le tribunal arbitral pourra découvrir la vérité. Pas la Vérité de B. Gracian, vertu transcendante dont la nudité rebute ou effraie, mais la vérité du cas, son reflet que l'on devine nettement au travers des atours présentés avec plus ou moins de grâce ou d'artifices par les parties.