



Camille Douyère
collaboratrice

douyere@aramis-law.com
+ 33 (0)1 53 30 03 10



Marion Carrega
counsel

carrega@aramis-law.com
+ 33 (0)1 53 30 87 58

Nouvelles règles de l'IBA sur l'administration de la preuve en arbitrage international

Revised IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration

Le 15 février 2021, l'International Bar Association (« IBA ») a publié la version révisée de ses Règles sur l'Administration de la Preuve (les « Règles »), à la suite de leur adoption le 17 décembre 2020. Il s'agit de la seconde révision des Règles, depuis leur élaboration en 1999 et après une première refonte en 2010.

Les Règles ont été élaborées afin d'offrir une plus grande prévisibilité dans la gestion de la preuve dans l'arbitrage, en particulier concernant la production de preuves documentaires, le recours à des témoins de faits ou des experts ainsi que la conduite des audiences probatoires. Leur succès s'est également expliqué par le fait qu'elles tendent à concilier des cultures juridiques différentes, en empruntant tant aux principes de *common law* (notamment sur les procédures de *discovery*) qu'aux traditions civilistes (basées sur un système inquisitoire). S'agissant d'un instrument de *soft law*, les Règles s'appliquent lorsque les parties choisissent de s'y soumettre ou de s'y référer en tant que lignes directrices.

Cette seconde révision des Règles n'entraîne pas une refonte du texte, ni ne constitue un simple toilettage. Elle contient quelques ajouts substantiels faisant écho aux bouleversements et évolutions de ces dernières années, mais la plupart des modifications constituent des éclaircissements bienvenus sur la portée de certaines clauses, ou visent à formaliser des pratiques déjà établies.

On 15 February 2021, the International Bar Association ("IBA") has released a revised version of its Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (the "Rules"), following their introduction on 17 December 2020. This is the second revision of the Rules since they were adopted in 1999, after a first revision in 2010.

The Rules aim at providing greater predictability in the management of evidence in international arbitration, in particular regarding the production of documentary evidence, the appearance of fact witnesses or experts and the conduct of evidentiary hearings. Their success has also been explained by the fact that they tend to reconcile different legal cultures, borrowing both from common law principles (notably on discovery procedures) and from civil law traditions (based on an inquisitorial system). As a soft law instrument, the Rules apply when the parties choose to be bound by them or to refer to them as guidelines.

This second revision of the Rules does not result in a full overhaul of the text, nor does it constitute a simple tidying up. It contains a few substantial additions to reflect the major changes and developments of recent years, but most of the modifications are useful clarifications of the scope of certain clauses, or intend to incorporate established practices.

Modifications substantielles résultant de la révision des Règles

Audience sur la preuve à distance (article 8.2)

Les nouvelles Règles introduisent la possibilité de recourir à des audiences à distance et encadrent leur mise en place et leur déroulement. Cet ajout s'inscrit dans le développement du traitement dématérialisé des procédures d'arbitrage et tient compte du recours accru aux audiences à distance au cours de cette dernière année, compte tenu du contexte sanitaire.

Il est notamment prévu que, dans le cas où l'audience probatoire est menée à distance, le tribunal arbitral devra consulter les parties pour établir un protocole afin de mener l'audience à distance de manière efficace, équitable et, dans la mesure du possible, sans interruptions.

Les Règles proposent une liste de points qui pourront être traités dans ce protocole, constituant une sorte de *checklist* à l'attention du tribunal arbitral et des parties (technologie utilisée, séance de test, heures de début et de fin de l'audience, présentation des pièces, modalités de comparution des témoins et experts).

Cybersécurité et protection des données à caractère personnel (article 2.2(e))

La nouvelle version des Règles invite les parties et le tribunal arbitral à se concerter sur le traitement des questions de cybersécurité et de protection des données dans le cadre l'administration de la preuve. Ce point tient compte de l'entrée en vigueur du Règlement Général sur la Protection des Données Personnelles (« RGPD ») en 2018 et méritera une attention toute particulière dans le cadre d'audiences menées à distance.

Exclusion des pièces obtenues illégalement (article 9.3)

Les Règles prévoient dans leur version révisée la possibilité pour le tribunal arbitral d'exclure les pièces obtenues illégalement, sans pour autant définir cette notion. Il est probable que les arbitres tiendront compte ici des dispositions légales de la loi de l'arbitrage (par ex. en cas de production de l'enregistrement d'une conversation obtenue sans la permission des personnes concernées), qui pourront alors faire l'objet d'un débat contradictoire entre les parties.

Substantial modifications resulting from the revision of the Rules

Remote evidentiary hearing (section 8.2)

The new Rules introduce the possibility of holding the evidentiary hearing remotely and provide a framework for its organization. This addition is in line with the development of the dematerialization of arbitration proceedings and takes into account the increased use of remote hearings over the last year, given the health context and COVID-19 crisis.

In particular, it is provided that where the evidentiary hearing is conducted remotely, the arbitral tribunal shall consult with the parties to establish a protocol for conducting the hearing remotely in an efficient, fair and, to the extent possible, uninterrupted manner.

The Rules set a list of points that can be addressed in the protocol, as a checklist for the arbitral tribunal and the parties (technology used, test session, start and end times of the hearing, presentation of exhibits, modalities for the appearance of witnesses and experts).

Cybersecurity and data protection (article 2.2(e))

The new version of the Rules invites the parties and the arbitral tribunal to address the questions of cybersecurity and data protection within their global consultation on evidentiary issues. This addition takes into account the entry into force of the General Data Protection Regulation ("GDPR") in 2018 and will require particular attention in the context of hearings held remotely.

Exclusion of illegally obtained evidence (article 9.3)

The revised Rules provide for the possibility for the arbitral tribunal to exclude illegally obtained evidence, without defining this notion. It is likely that the arbitral tribunal will here consider the provisions of the law of the arbitration (e.g. in case of production of a recorded conversation obtained without permission), which may then be subject to an adversarial debate between the parties.

Clarification de certaines clauses et formalisation de la pratique

Adoption totale ou partielle des Règles (article 1.2)

Il est expressément prévu que les parties peuvent décider d'adopter les Règles dans leur totalité ou seulement en partie.

Possibilité de répondre aux objections soulevées contre une demande de production de documents (article 3.5)

La procédure d'arbitrage international prévoit généralement une phase durant laquelle chacune des parties peut demander la production de documents qui sont en la possession de l'autre partie. La pratique a développé une séquence en quatre temps : (i) les demandes de production, contenant l'identification des documents ou catégories de documents demandés et les motifs justifiant les demandes ; (ii) les éventuelles objections à ces demandes ; (iii) la réponse aux objections éventuelles et (iv) la décision du tribunal arbitral sur les demandes de production.

Cette pratique n'était pas prise en compte par les Règles qui ne prévoyaient pas expressément la possibilité de répondre aux objections soulevées sur les demandes de production. C'est chose faite à présent dans la nouvelle version des Règles, lorsque le tribunal arbitral le permet.

Traduction des documents produits en réponse à une demande de l'adversaire (article 3.12 (d) et (e))

Les nouveaux articles 3.12(d) et (e) précisent que les documents communiqués à la partie adverse n'ont pas besoin d'être traduits dans la langue de l'arbitrage, seuls les documents soumis au tribunal devant faire l'objet d'une traduction. Il s'agit d'une précision utile et conforme à la pratique, la traduction des pièces pouvant représenter des coûts importants. Cela permet d'acter le fait que la charge financière de la traduction repose sur la partie qui cherche à utiliser les documents dont elle a demandé la production.

Confidentialité des documents faisant l'objet d'une demande de production (article 9.5)

La précédente version des Règles prévoyait à l'article 9.5 la possibilité pour le tribunal arbitral de prendre des mesures visant à protéger la confidentialité des pièces produites comme preuve dans l'arbitrage.

Clarification of several clauses and incorporation of established practices

Full or partial adoption of the Rules (article 1.2)

It is expressly specified that the parties may decide to apply the Rules in their entirety or only in part.

Possibility to reply to objections raised against a request for document production (article 3.5)

International arbitration proceedings generally involve a document production phase, during which each of the parties may request the production of documents in possession of the other party. The practice developed a four-stage process: (i) the requests for document production, including the identification of the requested documents or categories of documents and the reasons justifying the requests; (ii) the objections to such requests, if any; (iii) the reply to the objections and (iv) the decision of the arbitral tribunal on the requests for production.

Such practice was not reflected in the Rules which did not expressly provide for the possibility to reply to the objections raised against a request for document production. This is now the case in the new version of the Rules, when permitted by the arbitral tribunal.

Translation of documents disclosed following a request from the opposing party (articles 3.12 (d) and (e))

The new articles 3.12(d) and (e) specify that the documents communicated to the opposing party do not need to be translated in the language of the arbitration and that only the documents filed as evidence must be translated. This is a useful precision which is consistent with the established practice. This confirms the fact that the financial burden of the translation lies on the party who intends to use the documents which it requested the production.

Confidentiality of the documents subject to a request for production (article 9.5)

The previous version of the Rules provided at article 9.5 for the possibility for the arbitral tribunal to take measures aimed at protecting the confidentiality of the evidence filed in the arbitration. This possibility now also applies to the documents disclosed to the opposing party within the document production process, which reflects here again the practice developed on that matter.

Cette possibilité est maintenant étendue aux documents transmis à la partie adverse dans le cadre du processus de demande de production de documents, ce qui tient compte ici encore de la pratique qui avait été développée sur ce point.

Déclarations de témoins ou rapports d'experts modifiés ou additionnels (articles 4.6(b) et 5.3(b))

Les Règles révisées apportent une précision importante et conforme à la pratique sur la portée des articles 4.6(a) et 5.3(a), qui n'autorisent les déclarations de témoins ou rapports d'experts modifiés ou additionnels que s'ils répondent à des éléments nouveaux soulevés dans une déclaration de témoin, un rapport d'expert ou le mémoire d'une autre partie. Il est précisé que ces déclarations et rapports modifiés ou additionnels peuvent également avoir pour objet de répondre aux nouveaux développements factuels que le témoin ou l'expert n'aurait pas pu aborder dans sa précédente déclaration ou rapport.

Interrogatoire direct du témoin ou de l'expert (article 8.5)

Il est courant que les parties conviennent ou que le tribunal arbitral ordonne que la déclaration écrite d'un témoin ou le rapport d'un expert tienne lieu d'interrogatoire direct (*direct examination* ou *examination in chief*), comme cela est prévu à l'article 8.5 des Règles. Il ne s'agit cependant pas d'une obligation imposée par les Règles, ce que clarifie désormais cette disposition qui indique que dans un tel cas, le tribunal arbitral peut néanmoins autoriser l'interrogatoire direct du témoin ou de l'expert. Cela peut notamment permettre d'aborder des prétentions ou développements postérieurs à la soumission de la déclaration du témoin ou du rapport de l'expert et qui n'y aurait pas été inclus ou pris en compte, en particulier lorsque la partie adverse n'a pas sollicité la comparution du témoin ou de l'expert pour le contre-interroger.

*

Avec cette révision des Règles, l'IBA a également publié une version modifiée de ses Commentaires (*Commentary*), mis à jour par rapport à leur version de 2010, qui apportent des précisions utiles sur la portée des clauses et la manière de les appliquer en pratique.

Revised or additional witness statements and experts reports (articles 4.6(b) and 5.3(b))

The revised Rules bring an important precision, consistent with the practice, regarding the implications of articles 4.6(a) and 5.3(a), which only authorize revised or additional witness statements and experts reports when they reply to new matters contained in another party's witness statements, expert reports or other submissions that have not been previously presented in the arbitration. It is now specified that they may also reply to new factual developments that could not have been addressed in the previous witness statement or expert report.

Direct examination of the witness or expert (article 8.5)

It is frequent that the parties agree, or that the arbitral tribunal orders, that the written witness statement or expert report will serve in lieu of the direct examination (examination in chief), as suggested in article 8.5 of the Rules. However, this is not a requirement from the Rules, as now clarified in this clause, which provides that even where the witness statement or expert report stands as direct testimony, the arbitral tribunal may nonetheless allow further direct examination of the witness or expert. This may enable addressing new allegations or developments arisen after the filing of the witness statement or expert report and which would not have been included or taken into account therein, in particular where the other party has not requested the appearance of such witness or expert for cross-examination.

*

Along with the revised Rules, the IBA also published an updated version of its Commentary of the Rules, which brings useful precisions on how their provisions should be construed and applied.