



Assemblée générale

Distr. limitée
31 janvier 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail II (Règlement des différends)
Soixante-quinzième session
New York, 28 mars-1^{er} avril 2022**

Projets de dispositions pour le règlement des différends liés aux technologies

À la cinquante-quatrième session, la Commission a demandé à son secrétariat d'organiser, pendant la soixante-quinzième session du Groupe de travail II, un colloque visant à approfondir les questions juridiques relatives au règlement des différends dans l'économie numérique et à définir la portée et la nature d'éventuels travaux législatifs. Il a été convenu que l'ordre du jour du colloque devrait inclure, entre autres, des dispositions types qui pourraient être utilisées dans le contexte des différends liés aux technologies ou des dispositions à incorporer par référence dans les clauses de règlement des différends.

En 2019, la Commission avait examiné une proposition des Gouvernements israélien et japonais relative à des travaux futurs possibles sur le règlement des litiges concernant des opérations internationales liées aux technologies de pointe ([A/CN.9/997](#)). À sa cinquante-quatrième session en 2021, elle a demandé au secrétariat de continuer à consulter des experts en vue d'élaborer une ébauche de dispositions visant à faciliter ce type de règlement ([A/76/17](#), para. 229).

Le texte figurant en annexe est un avant-projet élaboré par des experts pour faciliter l'examen approfondi des questions relatives au règlement des différends liés aux technologies.



Annexe

Projets de dispositions pour le règlement des différends liés aux technologies

On trouvera ci-après des projets de dispositions qui pourraient être utilisés pour régler des différends liés aux technologies, soit dans le cadre d'un ensemble de règles convenues entre les parties, soit comme clauses à incorporer par référence. Ces projets de dispositions ont été élaborés pour stimuler les discussions pendant le colloque et ne prévoient donc pas de mécanismes permettant aux parties d'en accepter expressément l'application ni ne définissent le rôle de l'autorité de nomination s'agissant de déterminer si ces dispositions sont appropriées pour le différend en question.

A. Définition

Projet de disposition 1

1. Un « différend lié aux technologies » désigne un litige qui naît de la fourniture, de l'acquisition, de la recherche, de la mise au point, de l'adoption, de la mise sous licence, de la commercialisation, de la distribution, du financement de technologies nouvelles ou existantes, ou qui s'y rapporte. Il désigne aussi un litige lié à l'existence, la portée et la validité des relations juridiques découlant de l'utilisation de ces technologies ou associées à leur utilisation.
2. Les différends liés aux technologies peuvent être de natures diverses et découler de la propriété (notamment des droits de propriété intellectuelle à l'égard d'une technologie spécifique), des conditions d'octroi d'une licence, du paiement ou de questions financières, de la non-concurrence (concurrence déloyale ou non-concurrence), de la confidentialité (confidentialité des données, non-divulgateion) ou de questions réglementaires.

1. Étant donné que les projets de dispositions visent à créer un mécanisme spécifique de résolution des litiges liés aux technologies, il est impératif de définir en premier lieu le terme « différend lié aux technologies ». Cette définition donnerait également des indications sur la portée éventuelle des travaux à entreprendre par le Groupe de travail. La définition figurant dans le projet de disposition 1 vise à inclure les types classiques de différends survenant dans l'économie numérique, lesquels peuvent généralement être décrits comme étant soumis à deux exigences importantes et parfois contradictoires : la nécessité de posséder de solides compétences techniques et celle de résoudre le différend de manière très efficace et rapide. Ces deux exigences, bien qu'elles soient communes, ne s'appliquent pas obligatoirement avec toute leur rigueur à chaque litige, leur nature et leur intensité pouvant varier selon le cas d'espèce.

2. Des inquiétudes ont été exprimées quant aux coûts élevés et à la longueur des procédures visant à régler les différends liés aux technologies, ainsi qu'au manque de connaissances des personnes appelées à trancher ces différends. En effet, il s'agit de litiges particulièrement complexes, dont la résolution peut nécessiter des compétences spécialisées dans plusieurs domaines. En outre, alors que les entreprises technologiques doivent faire preuve de souplesse et d'innovation afin de rester compétitives, ces différends pourraient les empêcher d'obtenir des financements auprès des investisseurs (en particulier les start-ups). En résumé, les différends liés aux technologies peuvent être décrits comme des litiges qui doivent être résolus rapidement et économiquement par une ou plusieurs personnes possédant les compétences nécessaires et qui exigent un processus de règlement souple capable de s'adapter à la manière dont le litige évolue ainsi qu'à la technologie concernée.

3. Les deux types de différends liés aux technologies les plus représentatifs sont les suivants. Les premiers sont les litiges découlant de contrats relatifs au développement et/ou à la mise en œuvre de systèmes informatiques, qui exigent généralement un niveau élevé de connaissances techniques. Les seconds sont les litiges auxquels sont confrontés les start-ups au début de leur existence en rapport avec la propriété des technologies, litiges qui doivent être résolus très rapidement et efficacement pour permettre aux parties de poursuivre leur activité commerciale, et notamment de développer des logiciels. Conformément au vieil adage selon lequel « le retard de la justice équivaut à un déni de justice », une procédure ordinaire priverait les parties de leur droit à une procédure régulière et risquerait d'avoir des incidences négatives sur leurs perspectives commerciales.

4. Le projet de disposition 1 part du principe que les dispositions s'appliqueront sous réserve du consentement des parties, ce qui éviterait d'avoir à déterminer si elles doivent régir un litige donné et, dans l'affirmative, quelle autorité prendrait cette décision. Par conséquent, il contient une définition très large et ouverte que les parties voudront peut-être prendre en considération. Lors de l'élaboration de la définition, il a été fait référence aux travaux menés par l'OCDE, la Division de statistiques de l'Organisation des Nations Unies, le Conseil européen, la Jurisdiction Taskforce du Royaume-Uni et la Society of Computers and Law.

5. La définition se concentre sur la nature de l'opération sous-jacente et du litige, mais non pas sur l'identité des parties, le secteur dans lequel elles opèrent, ou le type de produit ou de service concerné. Si les litiges qui surviennent dans le secteur des technologies de pointe (domaine aérospatial, produits pharmaceutiques, ordinateurs et matériel de bureau, électronique, communications et instruments de précision) sont souvent liés aux technologies, on peut dire que les entreprises de presque tous les secteurs doivent faire face à des litiges similaires, car leurs activités s'appuient aussi fortement sur les technologies. La définition inclut également les litiges entre entreprises.

6. Le paragraphe 1 fournit une définition ouverte, qui pourrait englober tout litige quelles qu'en soient la forme et l'ampleur. Le paragraphe 2 contient une liste non exhaustive des types de litiges les plus courants qui entreraient dans la définition du paragraphe 1, tout en laissant aux parties, aux tribunaux arbitraux et aux institutions qui administrent les procédures une marge d'appréciation pour leur permettre d'inclure d'autres types encore. Certains litiges qui n'entrent pas nécessairement dans la définition (tels que les litiges dans les secteurs de la construction, des marchandises et du droit maritime) peuvent également bénéficier de l'application des projets de dispositions. Il faudrait examiner plus avant la question de savoir si certains types de litiges devraient être exclus en raison de la technologie utilisée (par exemple, des technologies éprouvées qui sont opérationnelles depuis plus de cinquante ans ou des brevets de dessin ou modèle) ou du secteur concerné (par exemple, l'art ou l'industrie culinaire).

7. À titre d'illustration uniquement, les litiges survenant dans les secteurs suivants seraient susceptibles d'entrer dans cette définition : secteur aérospatial, technologie audio, secteur de l'automobile ou de la mobilité (notamment les véhicules électriques, intelligents et autonomes), intelligence artificielle, automatisation, biotechnologie, ingénierie informatique, ingénierie électronique, technologie de l'information, technologie juridique, dispositifs médicaux, secteur militaire/de la défense, nanotechnologie, physique nucléaire, photonique, robotique, semi-conducteurs, télécommunications et communications dans les médias, industrie pharmaceutique et technologie financière. De même, les projets de dispositions peuvent s'appliquer aux litiges relatifs à la technologie industrielle, à la technologie de rupture/novatrice, à la technologie architecturale/du bâtiment, à la technologie de la création (croisement entre la technologie, les arts et la mode) et à la technologie libre. En outre, ils pourraient s'appliquer aux litiges découlant du commerce électronique, de la confidentialité et de la sécurité des données, de l'assurance technologique, des opérations de fusion et d'acquisition qui impliquent des entreprises technologiques ou dans lesquelles la technologie joue un rôle central, de la distribution ou de la

revente de technologies, des devises numériques et des crypto-monnaies, des jetons non fongibles, des contrats intelligents basés sur la technologie de la chaîne de blocs et de l'informatique en nuage.

B. Nombre d'arbitres

Projet de disposition 2

Sauf convention contraire des parties, il est nommé un arbitre unique.

8. Si les parties ne se sont pas entendues sur le nombre d'arbitres, la nomination d'un arbitre unique devrait être la règle par défaut, au motif qu'une procédure menée par un tribunal arbitral composé de plusieurs arbitres risque d'être moins rapide. Cette règle serait conforme à l'article 7 du Règlement de la CNUDCI sur l'arbitrage accéléré (le « Règlement sur l'arbitrage accéléré »). Pour la nomination de l'arbitre unique, le mécanisme prévu à l'article 8 du Règlement pourrait s'appliquer.

C. Conférences de gestion d'instance

Projet de disposition 3

1. Dès que possible après sa constitution, et avant toute audience, le tribunal arbitral tient une première conférence de gestion d'instance pour consulter les parties au sujet de la façon dont il conduira l'arbitrage de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Dans la mesure du possible, les représentants des parties, y compris, le cas échéant, les experts internes des parties pour les questions touchant aux technologies, devraient y participer.

2. À la première conférence de gestion d'instance, le tribunal arbitral devrait examiner, en particulier, les points suivants :

a) La nature des problèmes technologiques qui font l'objet du litige, y compris la production et la gestion des informations stockées électroniquement, et d'autres questions technologiques se rapportant spécifiquement à l'affaire ;

b) La protection de l'intégrité des données et la sécurité des données ;

c) La confidentialité et la communication de données ;

d) Les faits contestés et non contestés, notamment ceux ayant trait aux technologies ;

e) La structuration et les étapes appropriées de la procédure ;

f) La gestion des questions technologiques pour répondre aux besoins de chaque phase, ainsi que l'échange rapide d'informations pertinentes et l'échange des informations nécessaires pour évaluer les perspectives d'une résolution ou d'un règlement rapide du litige.

g) La consultation d'experts en fonction des questions techniques litigieuses et, en particulier, d'experts nommés par les parties en qualité de témoins ou d'experts nommés par le tribunal, et/ou d'autres formes de consultation d'experts ;

h) La nomination d'un secrétaire du tribunal ayant des compétences techniques particulières ;

i) Toute autre question concernant la résolution du litige, notamment les perspectives d'une résolution ou d'un règlement rapide du litige.

3. Le tribunal arbitral peut tenir d'autres conférences de gestion d'instance à intervalles réguliers et à tout moment approprié pour discuter des questions énoncées au paragraphe 2.

4. Afin de comprendre le litige, le tribunal arbitral peut poser des questions aux parties et aux experts tout au long de la procédure.

5. Après avoir invité les parties à exprimer leurs vues et pris en compte les circonstances de l'espèce, le tribunal arbitral peut utiliser tout moyen technologique qu'il juge approprié pour tenir une conférence de gestion d'instance conformément aux paragraphes 1 et 3.

9. Une conférence de gestion d'instance peut aider à éviter les retards et les dépenses inutiles et constitue le meilleur moyen d'assurer un règlement équitable et efficace du litige. Le projet de disposition 3 fait la distinction entre la première conférence de gestion d'instance, qui est obligatoire, et les suivantes, qui peuvent être organisées à la discrétion du tribunal arbitral.

10. Le paragraphe 1 n'impose pas de délai pour la tenue de la première conférence de gestion d'instance. Toutefois, elle devrait se tenir dès que possible et, en tout état de cause, avant toute audience. Idéalement, elle devrait se tenir rapidement après la constitution du tribunal arbitral, et avant l'échange de nouvelles communications écrites.

11. Le paragraphe 2 contient une liste indicative des points qui pourraient être abordés lors d'une conférence de gestion d'instance. Au besoin, le tribunal arbitral devrait inviter les parties à faire des propositions supplémentaires ou des commentaires sur la liste des points à aborder avant la conférence. Par exemple, la question de savoir si une audience sera organisée ou si la procédure sera uniquement écrite pourrait également figurer parmi les points à examiner.

12. L'expression « d'autres formes de consultation d'experts » à l'alinéa g) fait référence à une conférence préalable à l'audience au cours de laquelle les experts nommés par les parties seraient priés de recenser les questions technologiques sur lesquelles un accord peut être trouvé et celles sur lesquelles les avis sont partagés. Elle désigne aussi la procédure consistant à former « une équipe d'experts » dans laquelle des experts choisis parmi ceux proposés par les parties travaillent sous la direction du tribunal arbitral afin d'établir un rapport conjoint. Cette disposition vise à couvrir les nouvelles modalités qui pourraient voir le jour dans le futur pour recueillir des avis d'experts.

13. Le paragraphe 3 fait référence aux conférences de gestion d'instance qui pourraient être tenues à intervalles réguliers ou en fonction des besoins après la première conférence. Il est recommandé de tenir des conférences régulières, en particulier lorsque les experts nommés par le tribunal doivent mener des activités sur une période prolongée.

14. Le paragraphe 4 encourage le tribunal arbitral à poser des questions aux parties et aux experts à tout moment de la procédure. Si le tribunal arbitral pose une question à une partie ou à un expert, cela ne doit pas, en soi, être considéré comme un manque d'indépendance et d'impartialité. Lorsqu'une question n'est posée qu'à l'une des parties, le tribunal arbitral devra déterminer si et à quel moment l'autre ou les autres parties doivent se voir accorder la possibilité de formuler des commentaires sur la réponse.

15. Le paragraphe 5 fait référence aux moyens technologiques utilisés pour les conférences de gestion d'instance. Bien que la disposition autorise le recours à tout moyen approprié, y compris des réunions en présentiel, le moyen le plus économique sera généralement de tenir ces conférences par téléphone ou vidéoconférence.

D. Délais

Projet de disposition 4

1. Tout supplément à la notification d'arbitrage, notamment toute preuve avancée, doit être communiqué dans les 5 jours suivant la première conférence de gestion d'instance. Dans le cas où des témoignages sont prévus, le supplément doit comprendre la liste des témoins.
2. Toute réponse à un supplément est communiquée dans les cinq jours suivant la réception du supplément. Elle comprend toutes les preuves avancées et, dans le cas où des témoignages sont prévus, la liste des témoins.

E. Nomination d'experts et de tiers neutres

Projet de disposition 5

1. En fonction des besoins et de la complexité du litige, il peut être utile et nécessaire de nommer des experts et des tiers neutres qui aideront rapidement le tribunal arbitral sur des points tels que les détails et la portée de la technologie qui fait l'objet du litige ou les subtilités du calcul des dommages-intérêts, et qui fourniront une expertise sur des points spécifiques. Une partie peut demander l'autorisation de nommer un tel expert ou tiers neutre, ou le tribunal arbitral peut décider qu'une telle assistance est nécessaire.
2. En cas de besoin, le tribunal arbitral donne des instructions supplémentaires ou d'autres instructions, notamment, mais pas uniquement, pour la communication des preuves écrites par l'expert ou le tiers neutre nommé. Ce faisant, il tient compte des éléments suivants :
 - a) L'accès des parties à des avocats ayant les compétences nécessaires dans les technologies en cause et les domaines connexes ;
 - b) Le type d'expert ou de tiers neutre indépendant approprié, la nécessité de posséder des connaissances techniques et/ou en matière d'évaluation des dommages-intérêts et d'autres qualifications, et les lieux géographiques ;
 - c) L'expérience et la qualification de l'arbitre ou des arbitres ;
 - d) Tout délai, notamment ceux convenus entre les parties ;
 - e) La structure de l'expertise et le calendrier des questions examinées par les experts (notamment la communication préalable des pièces et l'étendue de cette communication) ; et
 - f) Toute exigence supplémentaire en matière de confidentialité ou de sécurité des données.
3. L'expert ou le tiers neutre nommé par le tribunal arbitral doit être indépendant des parties et présenter une déclaration signée à cet effet dans son rapport.
4. Les parties fourniront à l'expert ou au tiers neutre toutes les informations, la documentation, le codage et les produits pertinents, et organiseront, au besoin, des visites sur site. Si une partie manque à cette obligation, le tribunal arbitral peut ordonner l'accès qu'il jugera approprié aux circonstances.
5. Sauf accord contraire des parties et sous réserve de toute loi applicable, le rapport de l'expert ou du tiers neutre est recevable dans toute procédure judiciaire ou arbitrale opposant les mêmes parties.
6. Les conclusions de l'expert ou du tiers neutre ne s'imposent pas aux parties. Toutefois, les parties peuvent s'en servir comme base de négociation en vue de parvenir à un règlement de leur différend ou de réduire leurs divergences.

7. Si une partie le demande ou si le tribunal arbitral l'ordonne, l'expert ou le tiers neutre assiste à toute audience/conférence préalable à l'audience au cours de laquelle des questions raisonnables et pertinentes peuvent lui être posées au sujet de son rapport.

8. Les honoraires et frais de tout expert ou tiers neutre nommé par le tribunal arbitral font partie des coûts de l'arbitrage.

9. Sous réserve de toute loi applicable, les parties peuvent convenir, ou le tribunal arbitral peut ordonner, de recourir à une procédure de décision accélérée ou d'évaluation liminaire concernant un ou plusieurs aspects du différend. Dans ce cas, les conclusions de l'expert ou du tiers neutre constituent, pour les aspects concernés, une expertise contractuellement contraignante. Pour écarter tout doute, un tel expert ou tiers neutre n'est pas un arbitre, et ses conclusions ne sont pas exécutoires en tant que sentence arbitrale.

F. Confidentialité et protection des informations confidentielles

16. Les différends liés aux technologies concernent souvent des informations techniques et scientifiques, ainsi que des secrets d'affaires et des droits très convoités sur le marché pour lesquels la confidentialité constitue un élément essentiel et dont les entreprises technologiques tirent une grande valeur économique.

17. Or, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contient pas de disposition sur la confidentialité, et l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales de 2016 laisse les parties convenir du régime de confidentialité qu'elles souhaitent appliquer, lorsque la confidentialité constitue une préoccupation ou une priorité (point 6, par. 50 à 54). S'il est vrai qu'un accord entre les parties peut garantir la sécurité juridique, il pourrait être souhaitable de prévoir des règles supplétives en l'absence d'un tel accord. Les projets de dispositions 6 et 7 énoncent des règles supplémentaires spécifiques qui s'appliquent aux différends liés aux technologies, au cœur desquels se trouvent des informations techniquement et commercialement sensibles et dans lesquels il est essentiel de préserver la confidentialité. Ils visent à opérer un équilibre entre la préservation de la confidentialité et la communication d'informations suffisantes pour faciliter la procédure.

18. Le devoir de confidentialité a deux facettes qui ont une portée potentiellement différente pour les informations protégées. La première concerne la confidentialité à l'égard des tiers, en ce sens que les informations relatives à la procédure arbitrale ne doivent pas être divulguées à des tiers non impliqués dans la procédure (cette question est régie dans une certaine mesure par des règles d'arbitrage telles que le Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA) et le Règlement suisse d'arbitrage). La seconde concerne la confidentialité entre les parties à la procédure, c'est-à-dire la protection des informations avant qu'elles ne soient produites ou communiquées dans le cadre de la procédure (notamment, les secrets d'affaires). Rarement régie, elle touche les cas dans lesquels certaines informations sont considérées comme confidentielles pour l'une des parties.

Projet de disposition 6

1. Sauf convention contraire expressément conclue entre elles, les parties s'engagent à préserver la confidentialité de toutes les sentences et ordonnances rendues dans le cadre de l'arbitrage, ainsi que de l'existence même de la procédure arbitrale, de tous les documents produits et/ou générés au cours de la procédure qui ne sont pas déjà dans le domaine public, y compris des documents établis aux fins de l'arbitrage et de tous les autres documents ou éléments de preuve soumis par une partie, un témoin ou un expert, excepté en cas d'obligation de les divulguer :

a) Pour exécuter ou contester une sentence dans le cadre d'une procédure judiciaire devant une autorité judiciaire ou pour faire valoir un droit ;

b) Pour se conformer aux dispositions de la loi d'un État, lorsqu'elles s'imposent à la partie qui divulgue les informations ;

c) À un organisme public, un organisme de réglementation, une juridiction ou un tribunal auquel la partie est tenue par la loi de divulguer les informations susmentionnées ; ou

d) À un professionnel ou tout autre conseiller de l'une des parties, notamment à un éventuel témoin ou expert.

2. L'engagement visé au paragraphe 1 s'applique également aux arbitres et à toute personne désignée par le tribunal arbitral, y compris tout expert, et à tout secrétaire administratif du tribunal arbitral. Les parties demandent à toutes les personnes qui interviennent dans la procédure d'arbitrage, y compris, mais sans s'y limiter, à tout représentant autorisé, témoin de fait, expert ou prestataire de services, de prendre le même engagement.

3. Les délibérations du tribunal arbitral sont confidentielles. Les parties prennent acte de cette confidentialité et s'engagent à la protéger.

4. Le tribunal arbitral peut prendre des mesures appropriées et sanctionner une partie au moyen d'une ordonnance ou d'une sentence si celle-ci contrevient aux obligations prévues dans le présent projet de disposition.

5. Une partie qui a l'intention de divulguer des informations conformément au paragraphe 1 doit, dans un délai raisonnable avant cette divulgation, en aviser le tribunal arbitral et les autres parties (si la divulgation a lieu pendant la procédure) ou les autres parties (si elle a lieu après la conclusion de la procédure) et fournir des détails sur cette divulgation, notamment ses motifs.

6. Les obligations prévues dans ce projet de disposition subsistent après la clôture de la procédure.

7. Le tribunal arbitral peut, en consultation avec les parties, adopter toute mesure :

a) Pour protéger toute information physique et électronique partagée dans le cadre de l'arbitrage ; et

b) Pour s'assurer que toute donnée personnelle produite ou partagée dans le cadre de l'arbitrage est traitée et/ou stockée conformément à toute loi applicable.

19. Le projet de disposition 6 régit la confidentialité envers les tiers. Le paragraphe 1 définit le champ d'application de l'obligation de confidentialité. Il interdit la divulgation de toute information révélant l'existence de l'arbitrage et de tous les documents utilisés dans la procédure d'arbitrage, qui ne sont pas accessibles au public. Il couvre toutes les informations et tous les documents établis aux fins de la procédure ainsi que les informations et les documents soumis par l'autre partie¹.

20. En ce qui concerne les sentences, le projet de disposition 6 complète l'article 34-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui prévoit que la sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise².

21. Le paragraphe 1 énumère en outre les circonstances dans lesquelles la divulgation d'informations confidentielles est autorisée. L'alinéa d) fait obligation aux parties de s'efforcer de préserver la confidentialité lorsque des personnes non parties au litige interviennent dans la procédure. Le paragraphe 4 dispose clairement

¹ Voir article 3.13 des règles de l'Association internationale du barreau sur l'administration de la preuve (IBA Rules on Taking of Evidence (2020)).

² Une autre approche possible serait d'autoriser la publication de sentences anonymisées, à condition que les parties ne s'y opposent pas. Cela permettrait à d'autres personnes impliquées dans des différends liés aux technologies d'être informées de l'évolution du droit et des principes dans le domaine. Voir les règles relatives à la résolution des litiges numériques (Digital Dispute Resolution Rules) adoptées par la Jurisdiction Task Force en 2021.

que l'obligation de confidentialité peut faire naître des droits et des devoirs, dont le tribunal arbitral peut imposer le respect. Le paragraphe 5 oblige les parties à notifier préalablement toute divulgation d'informations.

Projet de disposition 7

1. Aux fins du présent projet de disposition, on entend par information confidentielle toute information, quel qu'en soit le moyen d'expression, qui :

- a) Est détenue par une partie ;
- b) N'est pas accessible au public ;
- c) Est commercialement et/ou scientifiquement et/ou techniquement sensible ;

et

- d) Est traitée comme confidentielle par la partie qui la détient.

2. Une partie invoquant le caractère confidentiel d'une information qu'elle est désireuse ou tenue de fournir dans la procédure, y compris à un expert nommé par le tribunal, demande au tribunal arbitral, avec copie aux autres parties, que l'information soit classée comme confidentielle. Sans divulguer la teneur de cette information, la partie indique les raisons pour lesquelles elle la considère comme confidentielle. Les autres parties se voient accorder une possibilité raisonnable de faire valoir leur point de vue. Dès réception d'une telle demande, le tribunal arbitral peut inviter les parties concernées à tenir des consultations au sujet de la demande.

3. Si les autres parties ne souscrivent pas à la demande, le tribunal arbitral décide si l'information doit être classée comme confidentielle et de telle nature que l'absence de mesures spéciales de protection pendant la procédure risquerait de causer de sérieux dommages à la partie qui en invoque la confidentialité. Si le tribunal décide qu'il en est ainsi, il indique dans quelles conditions et à qui l'information peut être communiquée en tout ou en partie, et fait signer par toute personne à qui elle doit être divulguée l'engagement d'en respecter le caractère confidentiel.

4. Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative et après avoir consulté les parties, désigner un conseiller pour prendre une décision conformément au paragraphe 3.

5. Le tribunal arbitral peut également, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative et après avoir consulté les parties, nommer un expert, conformément à l'article 29 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, afin que celui-ci lui fasse rapport, à partir des informations confidentielles, sur des points précis définis par le tribunal, mais sans divulguer les informations confidentielles, ni à la partie dont ces informations n'émanent pas, ni au tribunal.

22. Le projet de disposition 7 régit la confidentialité entre les parties des informations ayant une valeur intrinsèque (comme les secrets d'affaires, le savoir-faire et les algorithmes), quel qu'en soit le moyen d'expression.

23. La plupart des lois relatives à l'arbitrage et des règlements d'arbitrage ne contiennent pas de règles sur la protection des informations confidentielles. Une telle protection pourrait être considérée comme relevant des larges pouvoirs discrétionnaires du tribunal arbitral, tandis que certains règlements d'arbitrage prévoient des dispositions spécifiques (voir art. 22-3 du Règlement d'arbitrage de la CCI de 2021)³. Le Règlement d'arbitrage de l'OMPI, bien qu'il vise les litiges concernant la propriété intellectuelle, contient un ensemble de règles très détaillées sur la protection des secrets d'affaires et autres informations ayant une importance commerciale ou industrielle. Si l'article 7-2 du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités fournit

³ À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure d'arbitrage ou de toute autre question en rapport avec l'arbitrage et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles.

une définition des informations confidentielles ou protégées, celle-ci s'inscrit dans le contexte de l'arbitrage d'investissement et concerne davantage la question de savoir si les informations doivent être rendues publiques.

24. L'existence et la portée des informations confidentielles sont normalement déterminées par la loi applicable, ce qui exige une analyse du choix de la loi applicable. Cet exercice pourrait s'avérer difficile s'il existe plusieurs lois applicables concurrentes. Pour éviter cela, le paragraphe 1, largement inspiré du Règlement d'arbitrage de l'OMPI, fournit une description précise de ce qui constituerait une information confidentielle et limite les demandes de confidentialité au motif qu'elle est commercialement, scientifiquement et/ou techniquement sensible.

25. S'il existe différentes approches pour traiter les demandes de confidentialité, l'une d'entre elles peut consister à prévoir une règle par défaut selon laquelle toutes les informations échangées entre les parties et le tribunal arbitral sont réputées confidentielles, sauf décision contraire du tribunal à la demande d'une partie. Si nécessaire, le tribunal arbitral devrait prendre des dispositions pour préserver la confidentialité des informations en question.

26. Une autre approche pourrait se fonder sur le principe selon lequel la confidentialité n'est pas présumée mais doit être invoquée par une partie. Selon le projet de disposition 7, à la demande d'une partie, le tribunal décidera si l'information doit être classée comme confidentielle et si l'absence de mesures spéciales de protection pendant la procédure risquerait de causer de sérieux dommages à la partie qui en invoque la confidentialité. L'exigence de « sérieux dommages » doit être examinée au cas par cas et, ce faisant, le tribunal doit mettre en balance les intérêts concurrents. Le pouvoir discrétionnaire dont jouit le tribunal arbitral en vertu de l'article 27-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de l'article 9.2 des règles de l'Association internationale du barreau serait préservé sous réserve de toute mesure de protection prévue par le projet de disposition 7.

27. Le paragraphe 2 prévoit que la confidentialité peut être invoquée tant par une partie qui s'oppose à la production de certaines informations durant la procédure que par une partie qui cherche à s'appuyer sur des informations prétendument confidentielles. En d'autres termes, le projet de disposition traite de la protection d'une partie à qui l'on demande de produire des informations ainsi que de la protection d'une partie qui a besoin de faire valoir les informations qu'elle détient. Les paragraphes 3, 4 et 5 traitent de la procédure permettant de déterminer si l'information est confidentielle. Si les informations sont jugées confidentielles, le tribunal décidera dans quelles conditions et à qui elles peuvent être communiquées. La deuxième phrase du paragraphe 3 envisage la possibilité de limiter la communication de l'information à certaines personnes (par exemple, les avocats des parties adverses).

28. Le paragraphe 4 permet la nomination d'un tiers conseiller, approche largement reconnue dans le contexte de la production de documents. Ce conseiller peut être mieux placé et posséder les compétences nécessaires pour déterminer si le problème de confidentialité est réel, superviser le processus d'expurgation des informations et contrôler la communication ou l'inspection des documents. Une approche analogue a été adoptée à l'article 3.8 des règles de l'Association internationale du barreau⁴.

29. Le paragraphe 5 envisage la nomination d'un expert neutre qui recueillerait des preuves qui ne peuvent provenir que des informations confidentielles et établirait un rapport pour répondre à des questions spécifiques posées par les parties et le tribunal. Il faudra examiner plus avant la question de savoir si le conseiller visé au paragraphe 4

⁴ Dans des circonstances exceptionnelles, si seul l'examen du document en question permet de déterminer le bien-fondé d'une objection, le tribunal arbitral peut décider de ne pas l'examiner lui-même. En ce cas, il peut, après consultation des parties, nommer un expert indépendant et impartial, lequel sera tenu par l'obligation de confidentialité, pour examiner ce document et faire rapport sur l'objection. Dans la mesure où le tribunal arbitral fait droit à l'objection, l'expert ne doit divulguer le contenu du document examiné ni au tribunal arbitral, ni aux autres parties.

ou l'expert visé au paragraphe 5 peut répondre à des questions spécifiques découlant d'informations confidentielles qui lui ont été communiquées mais qui n'ont pas été divulguées au tribunal ou aux autres parties.

30. Des exemples de mesures adaptées que le tribunal peut mettre en place afin que des preuves contenant des informations hautement concurrentielles ou sensibles puissent être présentées ou examinées sous réserve que leur confidentialité soit préservée (par exemple, la divulgation d'informations uniquement aux avocats, aux experts ou aux arbitres ; l'expurgation des documents et l'utilisation de différents types de communications écrites) peuvent être fournis dans un protocole/guide distinct traitant de la confidentialité plutôt que dans les présentes règles.

G. Preuves

Projet de disposition 8

1. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des documents, pièces, données, informations techniques ou autres preuves, en leur fixant un délai à cet effet.

2. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut ordonner qu'une preuve soit recueillie ou qu'une expérience soit réalisée ou répétée par le tribunal arbitral, les parties ou un expert désigné par le tribunal arbitral ou en leur présence.

3. Chaque partie informe toutes les parties et le tribunal arbitral de l'utilisation de technologies, notamment de l'intelligence artificielle, aux fins de recueillir ou de présenter des preuves ou de se conformer à une décision du tribunal arbitral. Suite à cette information, toute partie peut demander que l'utilisation de cette technologie soit limitée, et le tribunal arbitral peut la refuser ou l'autoriser compte tenu des circonstances de l'espèce.

31. Le projet de disposition 8 complète l'article 27 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (relatif aux preuves) afin de fournir des outils pour les différends liés aux technologies, dans les cas où l'administration de la preuve reposerait sur d'importants procédés technologiques et/ou numériques. Tout comme l'article 27, le projet de disposition 8 réaffirme que le tribunal arbitral et les parties peuvent adapter la collecte, la présentation et l'évaluation des preuves aux circonstances de l'espèce, tout en protégeant les garanties d'une procédure régulière et en assurant l'efficacité.

32. Le paragraphe 1 vise à préciser que les « données » et « informations techniques » relèvent de l'expression « preuves complémentaires » figurant à l'article 27-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que le tribunal arbitral peut exiger leur production. L'ajout de ces deux termes permettrait d'offrir une certaine souplesse en ce qui concerne les preuves à fournir dans les différends liés aux technologies. Le terme « informations techniques » comprend la documentation technique de base, à savoir les informations techniques nécessaires pour comprendre les questions examinées ou les avis d'experts sur des points techniques. L'ajout de ces deux termes ne doit cependant pas être interprété comme limitant les types de preuves à produire, qui peuvent évoluer en fonction des progrès technologiques.

33. Le paragraphe 2 traite des preuves recueillies au moyen d'expériences et de la démonstration d'un procédé.

34. Le paragraphe 3 exige que les parties fassent savoir si elles utilisent des technologies, notamment l'intelligence artificielle, pour recueillir, traiter et présenter des preuves ou pour exécuter une décision du tribunal. Une partie peut s'opposer à l'utilisation d'une technologie, auquel cas le tribunal arbitral devrait déterminer si elle doit être autorisée. Le paragraphe 3 cherche à opérer un équilibre entre la nécessité de garantir la transparence et celle de faciliter l'évaluation des preuves, sans pour autant réglementer de manière excessive l'utilisation des preuves technologiques ou numériques.

35. En ce qui concerne l'utilisation de l'intelligence artificielle, il peut être nécessaire de distinguer deux cas de figure. Si cette utilisation par les parties vise à faciliter la préparation et l'analyse de leur argumentation sans que cela n'ait d'incidence directe sur les preuves, les documents ou les informations présentés aux tribunaux ou aux autres parties, alors elle devrait être considérée comme légitime. Comme cette utilisation fait intervenir un être humain, qui comprend le travail effectué par l'intelligence artificielle et en assume la responsabilité, les parties devraient être libres de recourir à cette technologie. En revanche, si cette utilisation a pour but de rassembler des documents ou des informations qui seront soumis ou présentés pendant la procédure, des règles peuvent être nécessaires. En ce sens, le pouvoir d'appréciation prévu à l'article 17-1 devrait permettre aux tribunaux arbitraux de réglementer l'utilisation de l'intelligence artificielle et des technologies similaires. Plus généralement, il sera nécessaire de surveiller la manière dont l'intelligence artificielle et d'autres technologies peuvent être utilisées dans les procédures arbitrales et de se prémunir contre les effets potentiellement négatifs sur les preuves.

H. Délai pour rendre une sentence

Projet de disposition 9

1. Si le tribunal arbitral estime qu'il pourrait rendre une sentence uniquement sur la base des pièces écrites sans entendre les témoins ou en entendant un nombre limité de témoins, la sentence peut être rendue dans les 20 jours suivant sa constitution.
2. Sous réserve des dispositions du paragraphe 1 et sauf convention contraire des parties, la sentence est rendue dans un délai de 40 jours à compter de la date de constitution du tribunal arbitral.
3. Le tribunal arbitral peut, dans des circonstances exceptionnelles et après avoir invité les parties à exprimer leurs vues, prolonger le délai établi conformément au paragraphe 2. Le délai ainsi prolongé ne dépasse pas 60 jours au total à compter de la date de constitution du tribunal arbitral.
4. Si la sentence n'est pas rendue dans le délai imparti, les honoraires de l'arbitre seront réduits comme suit, sauf convention contraire des parties et du tribunal arbitral :
 - a) Retard allant jusqu'à 14 jours : 20 %
 - b) Retard compris entre 15 et 30 jours : 50 %
 - c) Retard compris entre 31 et 60 jours : 70 %
 - d) Retard de plus de 60 jours : 90 %.

36. Le paragraphe 1 propose une procédure accélérée pour rendre une sentence dans les 20 jours suivant la constitution du tribunal arbitral, lorsque celui-ci peut le faire en se fondant sur des pièces écrites uniquement et en entendant un nombre limité de témoins, le cas échéant.

37. Contrairement au Règlement sur l'arbitrage accéléré où la sentence doit généralement être rendue dans un délai de 6 mois à compter de la date de constitution du tribunal arbitral, le paragraphe 2 prévoit une procédure accélérée où la sentence est rendue dans un délai de 40 jours. Ce délai peut être prolongé par le tribunal arbitral, après avoir entendu les parties, jusqu'à 60 jours (au lieu des 9 mois prévus par le Règlement sur l'arbitrage accéléré). Une autre approche consisterait à soumettre la prolongation de la procédure à l'accord des parties.

38. En prévoyant de réduire les honoraires de l'arbitre à titre de sanction, le paragraphe 4 encourage le tribunal arbitral à gérer la procédure de manière efficace et conformément au calendrier établi. La réduction des honoraires ne doit pas remettre en cause le droit des parties de demander des dommages-intérêts en vertu de la loi applicable.
