


TABLE RONDE

EXPERT WITNESSES IN INTERNATIONAL ARBITRATION

LES EXPERTS DANS L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Laurent HIRSCH,* Rupert REECE** et Roxane REISER***

 Conflict of interest; Expert witnesses; International arbitration

INTRODUCTION

This article reports on the round table discussion organised by Laurent Hirsch and Rupert Reece, and hosted in the London offices of Gide Loyrette Nouel on 21 September 2018, on the theme of expert witnesses in international arbitration.

Lawyers, practitioners and experts from a wide variety of backgrounds were invited to attend and share their experiences on the subject. A selection of materials on the topic was circulated prior to the event.

The participants to the round table were: Diana Akikol (ABR, Switzerland), Neil Ashton (StoneTurn, UK), Patrick Baeten (ENGIE, Belgium), Bernhard Berger (Kellerhals Carrard, Switzerland), Sébastien Besson (Lévy Kaufmann-Kohler, Switzerland), Saadia Bhatti (Gide Loyrette Nouel, UK), Mark Castell (Diales, Netherlands), Daniel Crowley (2 Temple Gardens, UK), Filippo Corsini (Chiomenti Studio Legale, Italy), David Eastwood (FTI Consulting, UK), Laurent Gaultier (Alstom, France), Roula Harfourche (Accuracy, UK), Dan Harris (Brattle Group, Italy), Laurent Hirsch (Hirsch Law, Switzerland), Carol Ludington (Ludington Ltd, USA), Alexandra Munoz (Gide Loyrette Nouel, France), Nikolaus

* Avocat, Geneva, Switzerland.

** Barrister and Avocat au Barreau de Paris, Partner (Gide Loyrette Nouel, London).

*** Reporter, Barrister (1 Hare Court, London, and Etude de Me Anne Reiser, Geneva, Switzerland).

INTRODUCTION

Le présent article rend compte des propos tenus lors de la table ronde organisée par Laurent Hirsch et Rupert Reece au sein des locaux londoniens du cabinet Gide Loyrette Nouel le 21 septembre 2018 et portant sur le thème des experts dans l'arbitrage international.

Des avocats, des praticiens et des experts de différentes provenances et de différentes formations ont été invités à participer et à partager leurs points de vue sur ce thème. Certains documents et articles de doctrine sur le sujet avaient été soumis aux participants avant la table ronde.

Ont participé à la table ronde : Diana Akikol (ABR, Suisse), Neil Ashton (StoneTurn, UK), Patrick Baeten (ENGIE, Belgique), Bernhard Berger (Kellerhals Carrard, Suisse), Sébastien Besson (Lévy Kaufmann-Kohler, Suisse), Saadia Bhatti (Gide Loyrette Nouel, UK), Mark Castell (Diales, Pays-Bas), Daniel Crowley (2 Temple Gardens, UK), Filippo Corsini (Chiomenti Studio Legale, Italie), David Eastwood (FTI Consulting, UK), Laurent Gaultier (Alstom, France), Roula Harfourche (Accuracy, UK), Dan Harris (Brattle Group, Italie), Laurent Hirsch (Hirsch, Suisse), Carol Ludington (Ludington Ltd, Etats-Unis), Alexandra Munoz (Gide Loyrette Nouel, France), Nikolaus Pitkowitz (Graf & Pitkowitz, Autriche), Rupert Reece (Gide Loyrette Nouel, UK), Roxane Reiser (1 Hare Court, UK), Geoffrey Senogles (Senogles & Co,

Suisse), Chiraag Shah (Kirkland & Ellis LLP, UK), Vasuda Sinha (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, France), Franz X. Stirnimann Fuentes (Froriep, Suisse), Sudhanshu Swaroop QC (20 Essex Street, UK), George Taft (Secretariat International, UK), Anne Tondeur (Argos Construction, France) et Annet Van Hooft (Van Hooft Legal, France).

Les participants sont convenus de l'application de la règle de non-attribution des propos *Chatham House rules* lors de cette table ronde.

POURQUOI FAIRE APPEL A UN EXPERT ?

Le groupe commence par se poser la question de l'objectif du témoignage d'un expert en arbitrage international : pourquoi fait-on appel à des experts ? Sont-ils nécessaires ?

Les experts sont souvent nécessaires dans les procédures devant les tribunaux étatiques, dans lesquelles on ne peut pas attendre une expertise particulière de la part du juge. Par comparaison, on peut attendre une certaine expertise de la part du tribunal arbitral. En effet, une partie de l'intérêt de l'arbitrage est liée à la liberté des parties de choisir des arbitres qui bénéficient d'une expertise particulière d'un certain type de litiges. Pourquoi, dès lors, les arbitres ont-ils besoin de recevoir des explications d'experts au sujet d'un type de litige dans lequel eux-mêmes auraient déjà une certaine expertise ? Et pourquoi les parties ne peuvent-elles pas elles-mêmes apporter les explications nécessaires ?

Un expert bien qualifié peut apporter des éléments d'expertise sur différentes questions, par exemple la raison d'un retard, une valeur de marché, ou la conformité d'un plan avec les bonnes pratiques d'ingénierie. De telles questions vont au-delà des questions de fait qui peuvent être éclaircies par les témoins de fait, en particulier ceux employés par l'une ou l'autre des parties.

De plus, un participant note qu'un expert peut être nécessaire pour établir certains éléments de faits sur lesquels les prétentions d'un client sont fondées, par exemple pour établir une violation du devoir de diligence.

D'autres participants observent qu'un expert apporte une dose d'indépendance et d'objectivité dans la procédure arbitrale. Un expert peut s'adresser au tribunal arbitral d'un point de vue neutre, ce que les parties et leurs avocats ne peuvent pas toujours accomplir de manière convaincante.

Un atout important d'un expert est également sa capacité à servir d'interprète au tribunal et à expliquer en termes laïcs certains éléments techniques d'un litige. Ceci est particulièrement utile, si ce n'est nécessaire, dans les litiges touchant à des matières telles que technologies de l'information et construction. Il est aussi relevé que les experts

Pitkowitz (Graf & Pitkowitz, Austria), Rupert Reece (Gide Loyrette Nouel, UK), Roxane Reiser (1 Hare Court, UK), Geoffrey Senogles (Senogles & Co, Switzerland), Chiraag Shah (Kirkland & Ellis LLP, UK), Vasuda Sinha (Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, France), Franz X. Stirnimann Fuentes (Froriep, Switzerland), Sudhanshu Swaroop QC (20 Essex Street, UK), George Taft (Secretariat International, UK), Anne Tondeur (Argos Construction, France) and Annet Van Hooft (Van Hooft Legal, France).

The participants agreed that Chatham House rules should apply.

WHY CALL AN EXPERT WITNESS?

The group started by considering the very purpose of expert testimony in international arbitration: why do we call experts at all? Are they necessary?

Experts are very often necessary in court proceedings where one cannot assume any particular expertise on the part of the judge. By contrast, one can expect some expertise on the part of an arbitral tribunal. Indeed, part of the appeal of arbitration is the freedom of the parties to appoint arbitrators who are familiar with a particular type of dispute. This begs the question: why do arbitrators need to be educated by experts about a type of dispute in which they already have an expertise? And why can't the parties themselves educate the tribunal?

Of course, the key point is that a properly qualified expert can give expert evidence on relevant issues, for example: the cause for a delay; a fair market value; or whether a design complied with "good engineering practice". Such issues go beyond the questions of fact which can be dealt with by a fact witness, especially one employed by one of the parties.

In addition, one participant remarked that an expert can be necessary to ascertain particular facts on which one's client's case relies, for instance to establish a breach of duty of care.

Other participants observed that an expert brings a measure of independence and objectivity to the arbitral process. An expert can address the arbitral tribunal in a neutral way, which the parties and their respective counsel cannot convincingly do.

Part of an expert's value also lies in his or her ability to act as an "interpreter" for the tribunal and explain in layman's terms some of the technical background underlying a dispute. This is particularly useful in fields such as IT and construction. It was also pointed out that experts sometimes perform a useful documentary function while the

proceedings are ongoing. They can prepare calculations and other documents as the proceedings unfold to help the tribunal.

It was concluded that an expert's value lies in providing independent expertise on matters which cannot be covered by a fact witness.

THE PECULIAR CASE OF LEGAL EXPERTS

Participants were then invited to consider whether there was a need for legal experts in arbitration proceedings.

One participant pointed out that a legal expert may be required to educate the tribunal on the local law applicable to the arbitration. This approach is consistent with the English court system where foreign law is a question of fact, which must be proved through expert witness testimony. In international arbitration, one cannot assume that this principle of *jura novit curia* applies. Accordingly, the right approach to proving issues of law may depend on the composition of the tribunal, and the expectations that each will have according to his/her own background.

There appeared to be a general consensus that caution is required when calling legal experts in commercial arbitration proceedings. There was also a feeling that tribunals were only rarely interested in allowing time for the live examination of legal witnesses. An expert might provide guidance to the arbitral tribunal through his/her specialised knowledge, but should not be brought in to perform the task of the tribunal. In turn, the arbitral tribunal cannot abdicate its function and defer the decision to a legal expert. One participant recalled a decision of the Italian Supreme Court¹ stating that an arbitral tribunal cannot delegate its judgment on legal issues to a legal expert. If it does, the decision of the tribunal may be overturned by the courts.

WHO APPOINTS THE EXPERT AND DOES IT MATTER?

Participants were invited to turn their minds to the difference between tribunal-appointed and party-appointed experts. They were asked to consider in particular whether there was any discernible trend one way or the other.

Participants agreed that there appears to be a growing trend towards party-appointed experts (as is common in the common law adversarial system). They were divided on the question of whether it was preferable for an expert to be appointed by a party or by the tribunal.

One participant remarked that from a client's perspective it is preferable to appoint one's own expert to bolster one's case. A party-appointed expert is often better able to fully grasp the appointing party's case than a tribunal-appointed expert.

peuvent parfois remplir une fonction quasi-administrative durant le déroulement de la procédure en préparant des tableaux de calculs et autres documents afin d'aider le tribunal à rendre sa décision.

Il est ainsi conclu que la valeur d'un expert repose sur l'apport d'une expertise indépendante sur des matières qui ne peuvent pas être couvertes par les témoins de faits.

LE CAS PARTICULIER DES EXPERTS JURIDIQUES

Les participants sont alors invités à envisager dans quelle mesure il y aurait besoin d'experts juridiques dans les procédures d'arbitrage.

Un participant relève qu'un expert juridique peut être sollicité pour fournir au tribunal des explications sur le droit applicable à l'arbitrage en fonction du siège. Une telle approche est cohérente avec le système des tribunaux anglais, pour lesquels le droit étranger est une question de fait, devant être prouvée par le témoignage d'experts. Dans le cadre de l'arbitrage international, le principe *jura novit curia* ne s'applique pas de la même manière. Dès lors l'approche à adopter afin d'établir le contenu du droit en procédure d'arbitrage peut dépendre de la composition du tribunal et des attentes de chacun en fonction de ses expériences antérieures.

Il semble y avoir un consensus sur la prudence nécessaire lorsque l'on fait appel à des experts juridiques dans le cadre d'une procédure d'arbitrage commercial international. De même, plusieurs participants expriment le sentiment que les tribunaux ne sont que rarement intéressés à consacrer du temps aux témoignages d'experts juridiques à l'audience. Un expert peut apporter une assistance au tribunal arbitral par sa connaissance spécialisée mais ne doit pas accomplir la tâche du tribunal. De son côté, le tribunal arbitral ne peut pas déléguer sa fonction et s'en référer simplement à la décision d'un expert juridique. Un participant rappelle une jurisprudence de la Cour suprême italienne déclarant qu'un tribunal arbitral ne peut déléguer son jugement à un expert juridique. Si tel était le cas, la sentence arbitrale pourrait être annulée par les tribunaux étatiques.

QUI NOMME L'EXPERT ET CELA IMPORTE-T-IL ?

Les participants sont invités à examiner la différence entre l'expert nommé par le tribunal et les experts nommés par les parties. Ils sont invités à considérer en particulier s'il y a une tendance à favoriser l'un ou l'autre.

Les participants sont d'accord sur le fait que la tendance actuelle est en faveur des experts nommés par les parties (conformément au système du *common law*). Ils ne s'accordent en revanche pas sur la question de savoir s'il est préférable qu'un expert soit nommé par une partie ou par le tribunal.

Un participant relève que, du point de vue du client, il est préférable de nommer son expert pour favoriser la position de la partie. Un expert nommé par une partie est souvent mieux capable de comprendre de manière exhaustive la position de la partie l'ayant nommé,

grâce au suivi continu entre l'expert, le client et ses avocats lors de la préparation de la procédure. Ce suivi n'est pas possible lorsqu'un expert est nommé par le tribunal. Les communications entre ce dernier, les parties et les avocats sont souvent plus limitées et plus formelles. Cela peut être particulièrement problématique lorsque les parties ne disposent pas des mêmes informations et lorsqu'une proximité plus étroite entre le tribunal et l'expert est nécessaire. Dans ces circonstances, un expert nommé par le tribunal peut ralentir la procédure et augmenter les coûts.

Un participant fonctionnant régulièrement en tant qu'arbitre confirme que la possibilité d'avoir des discussions informelles avec l'expert nommé par le tribunal peut être particulièrement utile, notamment au moment de la prise de décision et de la rédaction de la sentence. Il convient cela étant de faire preuve de prudence, en veillant à ce que ces conversations informelles n'aient lieu qu'avec l'accord des parties, de manière à éviter tout reproche de violation du principe du contradictoire.

Les participants en faveur d'experts nommés par le tribunal mettent en garde contre le problème des « hired guns », c'est-à-dire le risque que la proximité entre un expert nommé par une partie et son client ou son avocat ne compromette son impartialité et risque de mener à un conflit d'experts. Une telle situation peut avoir pour conséquence la nomination d'un troisième expert, ce qui augmente à nouveau les coûts.

Un participant suggère également que, du point de vue d'un expert, être nommé par le tribunal permettrait d'aboutir à des résultats plus équitables.

Plusieurs participants s'intéressent à la notion d'indépendance de l'expert. Le fait que l'expert aboutisse à une conclusion qui favorise la position de son client ne signifie pas nécessairement qu'il manque d'indépendance. Il est plutôt suggéré que l'indépendance signifie que, faisant face à des faits identiques, un expert arriverait à la même conclusion indépendamment de l'identité du client.

Il y a un consensus sur le fait que le rôle d'un expert nommé par le tribunal est de se concentrer sur les questions au cœur de l'arbitrage, plutôt que sur les positions des parties. Un expert nommé par le tribunal porte peut-être une certaine responsabilité de veiller à ce que la procédure soit équitable.

QUI NOMMER EN QUALITE D'EXPERT ?

Les participants considèrent ensuite les critères généralement utilisés au moment de nommer un expert. Les participants identifient cinq critères : l'expertise et la renommée technique, la personnalité, la capacité de communication, les opinions et l'indépendance. Les participants se mettent d'accord qu'il convient de rechercher la personne appropriée pour l'affaire et le client, tout en reconnaissant que cela peut être difficile à réaliser.

Plusieurs participants notent que les facteurs les plus importants pour nommer un expert sont de trouver une personne (i) dont le point de vue serait le plus

This is due to the extensive contact between the expert, the client and counsel during the preparation of the case. By contrast, communications with a tribunal-appointed expert are more limited and more formal. This can be particularly problematic where there is information asymmetry between the parties and where greater proximity between the tribunal and the expert is needed. In those circumstances, a tribunal-appointed expert can slow down the process and increase costs.

One participant who regularly sits as an arbitrator expressed the view that the ability to have informal discussions with a tribunal-appointed expert can be extremely useful, particularly when making the decision and drafting the award. Caution needs to be exercised, however, to ensure that any such informal conversation takes place with the agreement of the parties so as to avoid any issue of due process.

Those in favour of tribunal-appointed experts warned about the issue of “hired guns”, i.e. the risk that the proximity between a party-appointed expert and his client or counsel will hinder his or her impartiality and lead to a “battle of experts”. Such a situation may result in the need to appoint a third expert, which in turn increases costs.

One participant also suggested that, from an expert's point of view, being appointed by a tribunal tends to produce fairer results.

Several participants sought to explore the meaning of “independence” from an expert's point of view. The fact that an expert reaches a conclusion that bolsters the case of his or her client does not necessarily mean that he or she lacks independence. Independence, it was suggested, meant that when presented with the same set of facts, the expert would give the same opinion regardless of the client.

There was a consensus that the role of a tribunal-appointed expert is to focus on the issue at the heart of the arbitration, rather than the positions of the parties. A tribunal-appointed expert possibly bears a certain responsibility to ensure that the process is fair.

WHO TO APPOINT AS AN EXPERT?

The participants then considered the criteria that are commonly used when appointing an expert. The participants identified five: technical expertise/authority, personality, communication skills, opinions and independence. The participants agreed that one should be looking for the right “fit” for the case and the client, but conceded that this can be very difficult to achieve.

Several participants noted that the most important factors when appointing an expert was finding one (i) whose views were most supportive of the appointing party's position; and

(ii) who could convey those views effectively to the tribunal. It is logical, it was suggested by counsel and experts, that a client should not appoint an expert who is ambivalent about the client's position. An expert should be confident in the merits of the client's case. It was noted that this rationale appears to underlie the growing trend towards appointing partisan experts.

In response, many participants pointed out that appointing an expert whose views are too closely aligned with the client's case risks undermining the expert's credibility. There is a tendency to assume that an argument made by an expert rather than counsel is more convincing. This is not always true. A partisan expert who is subjected to cross-examination risks losing all credibility.

The participants also discussed the usefulness of preliminary meetings with experts to facilitate the appointment process. It was observed that these meetings may be used to assess whether an expert will support the appointing party's position, and if so, to what extent. Some participants questioned the usefulness of these meetings where experts are reluctant to give detailed responses.

It was concluded by both experts and counsel that appointing an expert based *at least in part* on their specific viewpoint is entirely legitimate and necessary. For instance, in relation to quantum/analysis of damages, participants noted the existence of conflicting viewpoints based on the difference in methodological approaches (such as the DCF approach v. a lost profits-based calculation).

Other important factors in appointing an expert included the expert's personality. One participant put forward the "3 C's formula": Competence, Character and Chemistry. Others added to the formula potential conflicts of interests and communications skills, in particular an expert's ability to address the tribunal effectively.

One participant pointed out that sometimes a party will appoint two different experts to address different parts of the party's case (e.g. claim and counterclaim). The risk of inconsistency between the two experts should also be borne in mind when deciding which experts to appoint.

WHEN IS AN EXPERT CONFLICTED?

A conflict of interest will undermine the expert's credibility. Ascertaining exactly when an expert is conflicted can however be difficult. One participant remarked that there is no firm code of ethics when it comes to conflict of interests, and no challenge mechanism (such as the ones available to challenge arbitrators). Some experts will say that they would only be conflicted if asked to act for both sides of a dispute

favorable à la position de la partie nommant l'expert ; et (ii) qui sera en mesure de transmettre son point de vue au tribunal de manière efficace. Les avocats et les experts considèrent qu'il est logique qu'un client ne nomme pas un expert qui a un point de vue dubitatif sur la position du client. Un expert doit avoir confiance dans le bienfondé de la position du client. Il est noté que cette approche semble correspondre à une tendance marquée à la nomination d'experts partisans.

En réaction, plusieurs participants relèvent que nommer un expert dont le point de vue est trop étroitement aligné avec celui de la position du client risque de compromettre la crédibilité de l'expert. Malgré la tendance à présumer qu'une explication formulée par un expert est plus convaincante que celle formulée par un avocat, cela n'est pas toujours vrai. Un expert partisan qui est soumis à un contre-interrogatoire serré risque de perdre toute crédibilité.

Les participants discutent également de l'utilité des réunions préliminaires avec les experts destinés à faciliter la procédure de nomination. Il est observé que ces réunions peuvent être utilisées pour évaluer dans quelle mesure un expert pourra soutenir la position de la partie le nommant. Certains participants remettent en question l'utilité de ces réunions, lors desquelles les experts sont réticents à donner des réponses détaillées.

Il est conclu tant par les experts que par les avocats que la nomination d'experts au moins en partie sur la base de leur point de vue spécifique est parfaitement légitime et même nécessaire. Par exemple, s'agissant du quantum et de l'analyse des dommages-intérêts, les participants notent qu'il existe des points de vue divergents fondés sur une différence dans les approches méthodologiques (comme l'approche du *discounted cash-flow* comparée avec le calcul du gain manqué).

D'autres facteurs importants pour la nomination d'un expert incluent la personnalité de l'expert. Un participant se réfère à la formule des trois C : Compétence, Caractère et Chimie (entente). D'autres ajoutent à cette formule le risque de conflits d'intérêts potentiels et des compétences en communication, s'agissant en particulier de la capacité de l'expert à transmettre son message au tribunal arbitral de manière efficace.

Un participant relève qu'il arrive qu'une partie nomme deux experts différents pour traiter de différentes parties du cas (par exemple demande et demande reconventionnelle). Le risque d'incohérence entre les deux experts doit également être pris en compte au moment de décider quels experts nommer.

QUAND UN EXPERT A-T-IL UN CONFLIT D'INTERETS ?

Un conflit d'intérêts compromet la crédibilité de l'expert. Déterminer exactement à quel moment un expert a un conflit d'intérêts peut cependant être difficile. Un participant remarque qu'il n'y a pas de code éthique précis s'agissant des conflits d'intérêts des experts, ni de mécanisme de récusation (tels ceux applicables pour récuser les arbitres). Certains experts considèrent qu'ils n'ont un conflit d'intérêts que s'ils sont invités à agir pour chacune des parties d'un

même litige au même moment. Les exemples suivants ont été donnés de situations qui mériteraient d'être étudiées plus attentivement :

- Lorsqu'un expert a donné une opinion orale ou écrite à la partie adverse, par exemple dans le cadre de la recherche d'un expert ;
- Lorsqu'un expert a déjà agi pour le client dans le passé ;
- Lorsqu'un expert a déjà agi dans le passé pour l'étude d'avocats représentant le client ;
- Lorsqu'un expert a déjà agi dans le passé pour une partie au contrat faisant l'objet du litige ;
- Lorsqu'un expert peut être soupçonné d'avoir un intérêt financier dans l'issue du litige.

Les nominations répétées sont mentionnées comme un problème particulièrement récurrent. Certains participants considèrent qu'il peut être très utile pour un client de mandater le même expert à plusieurs reprises. Dès lors qu'un expert a une expérience des affaires d'un client ou de la technologie utilisée par le client, il est efficace de mandater le même expert dans une nouvelle affaire. Il est également relevé que des nominations répétées par une même étude d'avocats constituent une preuve de fiabilité et de crédibilité.

Tous les participants s'accordent sur le fait que le moyen le plus efficace d'éviter les conflits d'intérêts est de procéder d'emblée à une divulgation complète de toute information pouvant être considérée par la partie adverse ou par le tribunal comme constitutive d'un conflit d'intérêts. Il est relevé que, contrairement à un arbitre, un expert ne peut pas être remplacé après avoir été nommé s'il apparaît qu'il a un conflit d'intérêts. La sanction, dans les faits, est une atteinte à la crédibilité de l'expert, qui entraîne un risque important pour le client.

COMMENT REDIGER LES INSTRUCTIONS POUR L'EXPERT ?

Le groupe considère ensuite les meilleures pratiques pour la rédaction des instructions aux experts.

Un expert peut-il/devrait-il participer à la rédaction de ses propres instructions ?

Les participants sont tout d'abord invités à déterminer si un expert peut ou devrait participer à la rédaction de ses propres instructions. Il est considéré par tous les participants que les experts peuvent participer à la mise en place de leurs propres instructions. Il est suggéré par certains que les experts non seulement peuvent, mais devraient être impliqués dans la préparation de celles-ci. Plusieurs participants sont de l'avis qu'une collaboration entre l'expert et l'avocat au fil de la procédure, visant à clarifier les faits, les hypothèses de base et le champ des instructions, permet une meilleure mise au point des instructions d'un expert.

Les instructions des experts sont-elles confidentielles ?

Les participants sont ensuite invités à s'exprimer sur la confidentialité des instructions et des autres documents formant la base des instructions de

simultaneusly. The following examples of situations to be further investigated were given:

- Where an expert has given oral or written advice to the other side, for instance, during the tendering process;
- Where an expert has acted for the client in the past;
- Where an expert has acted for the law firm representing the client in the past;
- Where an expert has acted for a party to the contract in dispute in the past;
- Whenever an expert can be perceived as having a financial interest in the outcome of the dispute.

Repeat appointments were singled out as a particularly recurrent problem. Some participants commented that it can be very helpful for a client to resort to the same expert on a regular basis. Once an expert is familiar with the client's business or the technology that the client uses, it is efficient to instruct that same expert repeatedly. It was also pointed out that a repeat appointment by a particular law firm is in fact positive evidence of reliability and credibility.

All participants agreed that comprehensive disclosure, from the outset, of any information that could be perceived as a conflict by the other side or the tribunal was the most effective way of preventing conflicts of interest. It was pointed out, that unlike an arbitrator, an expert cannot be "removed" after being instructed if it emerges that they are conflicted. The sanction is a factual one, i.e. one of credibility, which poses a great risk to the client.

HOW TO DRAFT INSTRUCTIONS?

The group then considered best practices in drafting instructions for experts.

Can/should an expert help draft his/her instructions?

Participants were first asked to consider whether an expert can and/or should help to draft their own instructions. It was assumed by all participants that experts can help crafting their own instructions. It was suggested by some that experts not only can, but *should* be involved in crafting their instructions. Several participants were of the view that finalising an expert's instructions is best done through collaboration between the expert and the counsel, as the case progresses, in an effort to clarify the facts, the core assumptions and the scope of the instructions.

Are experts' instructions privileged?

Participants were then asked to consider whether instructions and/or any documents forming the basis of an expert's instructions are privileged.

One participant noted that under English law, an expert's report must state the substance of all material instructions, whether written or oral, on the basis of which the report was written.² If during the cross-examination of an expert it emerges that this has not been disclosed, the court has the power to make further orders for disclosure of material that would otherwise be privileged.

By contrast, in arbitration proceedings generally, whether instructions and/or other documents forming the basis for those instructions are privileged will depend on the tribunal's determination, which may not necessarily be in accordance with the law of the seat of the arbitration.³ One participant suggested that one should assume that anything shown to one's expert may have to be disclosed to the other side. One should accordingly be very careful about allowing informal discussions to take place between the expert and the client.

When to instruct an expert?

The discussion then focused on the best timing to instruct an expert.

With respect to construction disputes specifically, two participants noted it was preferable for an expert to be instructed while the construction process was ongoing, and in any event from an early stage. Early instruction enables the experts to familiarise themselves with the facts and the underlying contemporaneous documentary evidence as soon as possible. These observations gathered the approval of the rest of the participants as being equally applicable to other types of disputes.

To what extent can counsel comment on experts' reports?

Finally, participants were asked about the usefulness of counsel's comments on the expert's instructions after the first draft report has been produced. One expert remarked that clarification questions can be very helpful both for the expert and ultimately for the tribunal. Comments are also an opportunity to ensure that counsel has clearly understood the report. Similarly, requests by counsel to re-structure the questions in order to present the case in a different light can be helpful. By contrast, experts noted, rephrasing is often less helpful. Judges and arbitrators alike will be able to see clearly that the report has been heavily edited, a practice which may prove detrimental to the party.

One participant considered whether an expert can or should delete an entire section of their report upon counsel's request on the basis that counsel no longer wishes to address a particular point in their submissions. In such circumstances, a participant replied, counsel's request shall be interpreted as an amendment to their original instructions. An expert should not feel troubled by such a request.

l'expert, et à se demander si ceux-ci peuvent faire l'objet d'une décision de production de documents.

Un participant note que, en droit anglais, le rapport de l'expert doit contenir les instructions pertinentes, qu'elles soient écrites ou orales, sur la base desquelles le rapport a été rédigé. S'il apparaît durant le contre-interrogatoire d'un expert que de telles instructions n'ont pas été divulguées, le tribunal a le pouvoir d'ordonner la production des documents qui seraient sinon considérés confidentiels.

Par contraste, dans des procédures d'arbitrage, déterminer si les instructions et d'autres documents formant la base de ces instructions sont confidentiels dépendra de l'appréciation du tribunal arbitral, et pas nécessairement sur la base du droit du siège de l'arbitrage. Un participant suggère qu'il convient de présumer que tout ce qui est montré à son expert pourrait devoir être communiqué à l'autre partie. Il conviendrait ainsi d'être très prudent avant de laisser des discussions informelles avoir lieu entre l'expert et le client.

Quand convient-il de mandater l'expert ?

La discussion se tourne alors sur le meilleur moment pour mandater un expert.

S'agissant de litiges de construction en particulier, deux participants notent qu'il serait préférable qu'un expert soit mandaté durant le processus de construction, et en tout cas à un stade initial. Mandater un expert en amont permet à l'expert de se familiariser avec les faits et avec les preuves écrites contemporaines dès que possible. Ces observations recueillent l'approbation des autres participants comme s'appliquant également à d'autres types de litiges.

Dans quelle mesure l'avocat peut-il commenter un rapport d'expert ?

Finalement, les participants se posent la question de l'utilité des commentaires des avocats une fois que le premier projet de rapport a été rédigé. Un expert remarque que des questions visant à la clarification peuvent être très utiles tant pour l'expert qu'ultérieurement pour le tribunal. Des commentaires peuvent aussi être l'occasion de s'assurer que l'avocat a bien compris le rapport. De même, une requête d'un avocat de remanier les questions pour présenter le cas dans une perspective différente peut être utile. En revanche, les experts considèrent que les remarques rédactionnelles sont souvent moins utiles. Les juges comme les arbitres peuvent voir clairement que le rapport a été considérablement rerédigé, une pratique qui peut se révéler défavorable à la partie concernée.

Un participant pose la question de savoir si un expert peut ou doit supprimer une section entière de son rapport à la requête de l'avocat, sur la base d'un souhait de l'avocat de retirer un élément particulier de sa présentation du cas au tribunal. Dans de telles circonstances, répond un autre participant, la requête de l'avocat doit être comprise comme une modification des instructions originales et un expert ne doit pas se sentir gêné par une telle requête.

COMMENT PROCEDER SI LE RAPPORT D'EXPERT N'ETAYE PAS LA POSITION DE LA PARTIE CONCERNEE ?

Il y a un consensus sur le fait qu'il est rare pour un expert de parvenir à une position diamétralement opposée à la position de la partie qui l'a nommé. Il est usuel en revanche pour l'expert d'exprimer une opinion moins favorable que ce qui était espéré originellement, par exemple s'agissant du montant des dommages-intérêts. Cependant, lorsque des différences fondamentales se font jour, il convient de procéder à un examen attentif de la situation et des mesures à prendre.

Les participants sont d'accord que la première mesure pour l'avocat consiste à informer son client dès que possible. Une approche consiste à utiliser ce moment comme une occasion pour envisager une transaction. Il est évidemment plus facile de procéder ainsi si l'expert a été nommé relativement tôt. Une surprise désagréable dans le rapport de son expert peut également être l'occasion de vérifier que les éléments de fait sur lesquels l'expert s'est fondé sont corrects.

Un participant observe qu'un rapport d'expert moins favorable que prévu peut amener le client et l'avocat à ajuster leur position de sorte qu'elle soit plus convaincante. Ceci suppose à nouveau que les problèmes sont considérés relativement tôt, de manière à ce qu'il soit encore possible d'effectuer un tel ajustement. Lorsqu'un expert évalue les dommages-intérêts à un montant inférieur à celui attendu ou lorsqu'il est incapable d'effectuer une évaluation, cela n'est pas nécessairement désavantageux. C'est une preuve d'indépendance qui démontre que l'expert n'est pas simplement en train de confirmer aveuglément les chiffres du client.

LES REUNIONS ENTRE EXPERTS SONT-ELLES UTILES ?

Les participants sont invités à se poser la question de l'utilité des réunions entre experts avant que les rapports finaux soient produits.

Un certain pessimisme est exprimé quant à cette pratique. Un participant note que les experts peuvent être réticents à faire connaître leur opinion à la partie adverse. Cela étant, d'autres participants considèrent de telles réunions utiles, et peut-être d'autant plus s'il peut exister une certaine entente entre les deux experts.

Le moment d'une telle réunion est également important. Tandis que certains notent qu'il est préférable d'avoir une telle réunion assez tôt, avant que chaque expert ne devienne trop figé sur sa position, d'autres considèrent qu'il est préférable qu'une telle réunion ait lieu après que les positions des parties auront été clairement déterminées.

Un participant agissant souvent comme expert relève qu'il y a un malentendu répandu à propos de l'objectif de telles réunions entre experts, à savoir qu'elles constitueraient une occasion pour les experts de tenter de se convaincre l'un l'autre de l'exactitude de leurs opinions respectives, ce qui n'est pas le cas. Le but de ces réunions entre experts est d'identifier les questions qui se posent, de manière à ce que le tribunal arbitral puisse déterminer les points d'accord et à l'inverse les

WHAT SHOULD BE DONE IF THE EXPERT REPORT DOES NOT SUPPORT THE INSTRUCTING PARTY'S CASE?

There was a consensus that it is uncommon for an expert to reach a conclusion diametrically opposed to his instructing client's case. It is common for the expert to express a less generous opinion than originally hoped for in relation to quantum, for example. However, when fundamental differences arise, careful consideration should be given to the next steps.

It was agreed that counsel's first step should be to inform the client as early as possible. Another approach is to take this as an opportunity to consider settlement. It will be easier to adopt this latter approach where the expert has been instructed at an early stage. An unpleasant surprise in one's expert report can also be an opportunity to check that the factual information on which the expert relied was accurate.

One party observed that a report that is less supportive than expected can help the client and counsel adjust their case in a way that is more compelling. This is assuming that the problems were addressed early, so that there is still an opportunity to work on such adjustment. When an expert assesses quantum at a lower figure than expected or is unable to reach a figure, this is not necessarily detrimental. It is in itself evidence of independence: it shows that the expert is not simply rubber-stamping the client's figures.

ARE JOINT MEETINGS BETWEEN EXPERTS USEFUL?

Participants were asked to consider the usefulness of meetings between experts before the final reports are produced.

Some pessimism for the practice was expressed: one participant noted that experts can be reluctant to express their opinion to the other side. However, others considered those meetings helpful, and possibly all the more so if there is some chemistry between the two experts.

The timing of the meeting is also important. While some noted that it was preferable to have the meeting earlier on, before each expert becomes too entrenched in their position, others argued that it is better for the meeting to take place once the parties' positions are clear.

One participant who often acts as an expert witness commented that there is a common misconception about the purpose of joint meetings, namely that they are an opportunity for experts to try to convince each other of the correctness of their opinions. That is not the case. The aim of joint meetings is to identify the issues between the experts so that the tribunal can identify the points of agreement, and

conversely the main areas of disagreement that require particular attention.

HOW TO PREPARE AN EXPERT FOR HEARING?

Two counsels shared their advice on how to prepare an expert for a hearing.

Preparation meetings between counsel and the expert are extremely important. They should not be mistaken for a mere informal chat. They are counsel's last chance to really explore and understand what the expert is saying and why. An expert can be particularly helpful in relation to specialist literature and in identifying key parts of evidence, which can be used powerfully by counsel in his or her opening or closing remarks to the tribunal.

Counsel is also heavily reliant on the expert to gather ammunition for cross-examination of the other side's expert and identify weaknesses in the other side's expert evidence. Although an expert should not prepare the cross-examination of the other side's expert, they very often shed light on questions which counsel would not have thought about asking without their input. One expert remarked that the value that experts add does not lie in the first question in cross-examination, but in the follow up. Another recounted an anecdote of a case in which the tribunal asked counsel to step aside and let the expert ask questions to the other expert directly.

The conversation then shifted to the delicate topic of "coaching" of experts. In England and Wales, the Bar Council has a very strict guidance on preparing witnesses. Reference was made to the Bar Council guidance on witness preparation (May 2018). Basic preparation advice about the course of the proceedings are allowed. However, the guidance makes it clear that conducting a mock examination with an expert, reviewing the mock and correcting the expert's answers or suggesting different answers is impermissible.⁴

Paragraph 20.4 of the said guidance was also referred to.⁵

These rules apply to barristers in England and Wales regardless of whether they are acting in court litigation or arbitration, and regardless of where the arbitration is conducted. By contrast, other jurisdictions do not have the same requirements and this may be perceived as creating an uneven playing field. It was remarked that the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration attempt to offer a standard approach. In particular, Guideline 20 states that "a Party Representative may assist Experts in the preparation of Expert Reports" without specifying the scope of assistance. The commentary to Guideline 20 further notes

principaux points de désaccord demandant une attention particulière.

COMMENT PRÉPARER SON EXPERT POUR L'AUDIENCE ?

Deux avocats partagent leurs conseils sur la manière de préparer un expert à une audience.

Les réunions de préparation entre les avocats et les experts sont particulièrement importantes. Elles ne doivent pas être confondues avec une simple discussion informelle. Elles présentent une dernière occasion pour les avocats d'examiner en détail et comprendre ce que l'expert exprime et pourquoi. Un expert peut être particulièrement utile s'agissant de littérature spécialisée et de l'identification des points clés des éléments de preuve, éléments qui peuvent être utilisés de manière efficace par l'avocat dans son exposé introductif ou conclusif au tribunal.

L'avocat est aussi très dépendant de l'expert pour récolter suffisamment d'éléments pour nourrir le contre-interrogatoire de l'expert de la partie adverse et pour identifier les faiblesses de la position de ce dernier. Même si un expert ne devrait pas préparer le contre-interrogatoire de l'expert de la partie adverse, les experts peuvent souvent mettre en lumière des questions auxquelles l'avocat n'aurait pas songé sans les commentaires de l'expert. Un expert remarque que la valeur ajoutée des experts ne se manifeste pas lors de la première question du contre-interrogatoire, mais plutôt lors des questions subséquentes. Un autre expert se souvient d'un cas dans lequel le tribunal avait demandé à l'avocat de laisser sa place à l'expert pour que ce dernier puisse poser directement ses questions à l'expert opposé.

La discussion se poursuit sur l'aspect délicat de la préparation des experts. En Angleterre, le Conseil du barreau a émis une directive très stricte sur la préparation des témoins. Il est fait référence à cette directive du Conseil du barreau sur la préparation des témoins de mai 2018. Des conseils de préparation de base sur la manière dont se déroule la procédure sont permis. Cependant, la directive indique très clairement que le fait de répéter un interrogatoire avec un expert, de revoir un tel interrogatoire en blanc et de corriger les réponses de l'expert ou de suggérer d'autres réponses est interdit.

Il est fait référence au para.20.4 de cette directive.

Ces règles s'appliquent aux *barristers* anglais, qu'ils agissent dans le cadre d'un contentieux devant un tribunal étatique ou d'un arbitrage, et sans égard au lieu de l'arbitrage. Par comparaison, d'autres pays n'ont pas les mêmes exigences et cela peut être perçu comme constituant des inégalités entre les intervenants. Il est remarqué que les directives de l'IBA sur la représentation des parties dans l'arbitrage international tentent de proposer une approche standard. En particulier, le chiffre 20 de la directive prévoit qu'un représentant d'une partie peut aider des experts dans la préparation des rapports d'experts, sans préciser le champ de l'aide. Le commentaire du chiffre 20 de la directive note encore que tout rapport

d'expert contient le point de vue propre de l'expert, sa propre analyse et ses propres conclusions.

Il est également relevé que des témoins préparés apparaissent souvent moins convaincants. Des participants fonctionnant régulièrement comme arbitres conviennent que la préparation, même si elle est permise, peut être au désavantage de la partie concernée.

Les participants intervenant régulièrement comme experts relèvent que les répétitions d'interrogatoires peuvent aider l'expert à se concentrer sur les points les plus importants et à veiller à ce que leur point de vue puisse être exprimé d'une manière compréhensible pour le tribunal.

INTERROGATOIRE DIRECT

Les experts et les avocats ont tendance à préférer remplacer l'interrogatoire direct par une brève présentation par l'expert, par exemple une présentation de 30 minutes avec une présentation PowerPoint.

COMMENT PROCEDER AU CONTRE-INTERROGATOIRE D'UN EXPERT ?

Du point de vue de l'expert, le contre-interrogatoire est la meilleure occasion que l'on a de démontrer sa connaissance du sujet et sa crédibilité.

Les avocats participants sont invités à se poser la question de savoir s'il pourrait exister des circonstances dans lesquelles ils préféreraient renoncer au contre-interrogatoire de l'expert de l'autre partie. Il est admis que cela est peu fréquent. Un exemple d'une telle occurrence est un cas où une partie était tellement convaincue de la force de sa position qu'elle n'a pas considéré qu'un expert pourrait apporter quoi que ce soit de plus. Plusieurs participants considèrent une telle approche particulièrement audacieuse.

Le plus souvent, un expert fait l'objet d'un contre-interrogatoire et il convient de procéder à une analyse tactique de ses propres questions. Le contre-interrogatoire est une attaque offensive plutôt qu'un siège défensif. Le temps est limité et l'avocat doit être en mesure de marquer des points de manière efficace et rapide.

Une approche consiste à commencer par distinguer les aspects suivants :

- Les éléments de preuve qui sont neutres vis-à-vis de la position de l'une ou l'autre des parties et qui peuvent ainsi être ignorés ;
- Les éléments de preuve qui étayent la position de sa partie et qui doivent être mis en évidence ; et
- Les éléments de preuve qui affaiblissent la position de sa partie et doivent être activement contestés.

L'arbitrage est plus souple que le contentieux judiciaire en Angleterre, de sorte qu'il n'est en principe pas nécessaire de contester formellement un allégué pour éviter d'être considéré comme l'ayant admis. Ce nonobstant, cette approche en trois étapes peut être utile pour structurer le contre-interrogatoire.

Lors du contre-interrogatoire, le ton est très important. Un contre-interrogatoire un peu trop agressif peut se

that "any Expert Report reflects the Expert's own view, analysis and conclusions."

It was also pointed out that coached witnesses often come across as less convincing. Participants regularly sitting as arbitrators agreed that coaching, even if permissible, can be detrimental to their client's case.

Those regularly acting as experts remarked that mocks can help the expert to focus on their key points and to ensure that their evidence is conveyed in a way that is understandable to the tribunal.

DIRECT EXAMINATION

Experts and counsel tend to prefer to replace direct examination with a concise presentation by the expert, for example a 30-minute presentation with power point slides.

HOW TO CROSS-EXAMINE AN EXPERT

From an expert's point of view, cross-examination is one's best opportunity to demonstrate their knowledge of the subject and credibility.

Counsel participants were further asked to consider whether there were any circumstances in which they would decline to cross-examine the other side's expert. It was agreed that this was uncommon. One example of such a case was where a party was so convinced about the strength of their case that they did not consider that any value would be added by expert evidence. This struck many as a particularly audacious approach.

In the more usual case, an expert witness will be cross-examined, and one needs to be very tactical about one's questions. Cross-examination is a "raid not a siege". Time will be limited, and counsel must score good points effectively and quickly.

One approach is to start by identifying the following:

- Evidence that is neutral vis-à-vis either party's case, which can be ignored;
- Evidence that supports one's case, which needs to be highlighted; and
- Evidence that is detrimental to one's case and needs to be positively challenged.

Arbitration is more flexible than court litigation in England in that one does not have to positively challenge a point to avoid being deemed to have admitted it. Nonetheless, these three steps help to structure the cross-examination.

When conducting cross-examination, tone is very important. A too forceful cross-examination can be counterproductive

by leading the tribunal to feel sympathetic towards the assailed expert. Provided that the expert is not a charlatan, a tribunal will tend to assume that they are reasonable, and accordingly resent unnecessarily aggressive attacks by counsel. What is important is to undermine the expert's credibility.

The timing of cross-examination is also important. One should think carefully about where to position one's expert in the process of the hearing. One expert may be more loquacious than the other, which may impact timing. It may be more difficult for one's expert to capture the tribunal's attention at a later stage of the hearing.

One's approach to cross-examination of an expert may also evolve during the proceedings. One may have formed the view at an early stage that one's case is weak because the other side has a strong expert. One may have accordingly decided to conduct a sensible cross-examination aimed at shifting the other side's expert in one's direction as much as possible. Sometimes, however, the other side's expert will prove to be a poor witness, which opens the door to forceful cross-examination.

From an expert's point of view, it is important to remain reasonable, objective and ready to admit weaknesses or errors if pointed out to them. An expert who refuses to concede an obvious point can be a painful sight, an experienced counsel remarked.

RE-EXAMINATION?

All participants agreed that re-examination has the potential to be an uncomfortable and sometimes confusing process. One experienced counsel suggested that re-examination should be avoided whenever possible.

One participant who regularly handles expert witnesses remarked that experts often wonder why they are taken back to a matter in re-examination and what could have been unsatisfactory in the answer they gave in cross-examination. One way of helping the expert is to focus his or her mind on a document, and use it to guide the expert through re-examination.

Sometimes, however, counsel's attempts to repair through re-examination damage done during cross-examination will be of no avail.

AFTER THE HEARING

Participants were asked whether there was any room for experts to help the tribunal to reach their decision after the hearing but before the final award, by doing calculations for instance. One expert replied in the affirmative and

révéler contre-productif en amenant le tribunal à éprouver de la sympathie envers l'expert devant subir cette agressivité. Pour autant que l'expert ne soit pas un charlatan, un tribunal aura tendance à considérer que l'expert est raisonnable et à réprouber ainsi des attaques inutilement agressives de l'avocat. Ce qui est important est de pouvoir remettre en cause la crédibilité de l'expert.

Le moment du contre-interrogatoire est également important. Il convient de songer attentivement au moment où placer son propre expert dans le déroulement de l'audience. Un expert peut être plus volubile qu'un autre, ce qui peut avoir une conséquence en termes de durée. Il peut par ailleurs être plus difficile pour un expert de retenir l'attention du tribunal arbitral à un stade plus avancé de l'audience.

L'approche du contre-interrogatoire d'un expert peut aussi évoluer durant la procédure. Il est possible que l'on ait pu considérer au début de la procédure que la position à défendre était faible parce que la partie adverse aurait un expert solide et on aurait ainsi pu décider de procéder à un contre-interrogatoire mesuré visant à obtenir certaines concessions de l'expert en sa faveur. Parfois, cependant, l'expert de la partie adverse apparaît comme peu convaincant, ce qui ouvre la porte à un contre-interrogatoire plus poussé.

Du point de vue de l'expert, il est important de rester raisonnable, objectif et prêt à admettre des faiblesses ou des erreurs si elles sont relevées à bon escient. Un expert qui refuse une concession sur un point évident peut souvent constituer un spectacle embarrassant, remarque un avocat expérimenté.

RE-INTERROGATOIRE APRES LE CONTRE-INTERROGATOIRE ?

Tous les participants reconnaissent qu'un ré-interrogatoire peut se révéler un exercice désagréable et amenant parfois une certaine confusion. Un avocat expérimenté remarque que l'on devrait éviter le ré-interrogatoire autant que possible.

Un participant qui a régulièrement affaire aux experts remarque que les experts se demandent souvent pourquoi on revient sur tel sujet lors d'un ré-interrogatoire et ce qui aurait pu être insatisfaisant dans la réponse donnée précédemment dans le cadre du contre-interrogatoire. Une manière d'aider l'expert est de l'inviter à se concentrer sur un document déterminé et d'utiliser ce document pour guider l'expert dans le cadre du ré-interrogatoire.

Parfois, cependant, les tentatives de l'avocat d'obtenir par le ré-interrogatoire la compensation d'une faiblesse intervenue durant le contre-interrogatoire seront vaines.

APRES L'AUDIENCE

La question est posée aux participants de savoir s'il est possible pour les experts d'aider le tribunal à parvenir à sa décision, après l'audience mais avant la sentence, par exemple en procédant à certains calculs. Un expert répond affirmativement et explique qu'il a produit un

tableau de calcul Excel permettant de calculer le montant des dommages-intérêts suivant l'appréciation du tribunal arbitral sur certains faits. Ceci peut également être effectué à un stade antérieur. Le fait que l'expert en question soit nommé par le tribunal ou par l'une des parties peut avoir un impact sur la volonté du tribunal arbitral de se référer à ce type de document afin de préparer sa décision ou sa sentence. Un autre participant remarque que cette approche ne conviendrait pas dans des cas qui dépendent beaucoup des faits, ou lorsqu'il s'agit de rendre une sentence partielle.

APRES LA CLOTURE DE LA PROCEDURE

Finalement, la question est posée aux participants de savoir si les avocats et experts impliqués dans une procédure d'arbitrage devraient pouvoir parler de l'affaire une fois que la procédure est terminée. Un participant note qu'être libre de parler du fait que l'on a participé à certaines affaires ou certains types d'affaires peut être tout à fait utile pour l'obtention de nouveaux mandats. Ce participant, comme d'autres participants, est en faveur d'un système dans lequel l'information et la connaissance des affaires peuvent être partagées dans toute la mesure du possible, sans bien évidemment compromettre les attentes légitimes des parties relatives à la confidentialité.

commented that he had produced an excel spreadsheet from which quantum could be calculated by the tribunal depending on their findings. This can be done at an earlier stage too. The willingness of the tribunal to consider such materials may well vary depending on whether the expert is appointed by a party or by the tribunal. Another participant remarked that this approach may not be appropriate in "fact-heavy" cases, or where there is a partial award.

AFTER THE CASE

Finally, participants were asked to consider whether lawyers and experts involved in arbitration proceedings should be able to talk about a case after proceedings have concluded. One participant stated that talking about the fact that one has acted in certain cases or types of cases is very helpful in securing one's next case. This participant, like others at the round table, was in favour of a system where information and knowledge about cases is shared to the extent possible without impinging on parties' legitimate expectations of confidentiality.

Notes

1. Cass. civ., 07-06-1989, n. 2765, in Giust. civ., 1989, I, 2345.
2. See Civil Procedure Rules r.35.10(3).
3. See "Roundtable Report on Document Production and Privilege in International Arbitration" [2017] I.B.L.J. 65-77.
4. See para.20.2 of the Bar Council Guidance on Witness Preparation (May 2018), which states: "In any discussions with witnesses regarding the process of giving evidence, great care must be taken not to do or say anything which could be interpreted as suggesting what the witness should say, or how he or she should express himself or herself in the witness box: that would be coaching."
5. "Counsel should only approve or take part in a mock examination-in-chief, cross-examination or re-examination of witnesses who are to give oral evidence in the proceedings in question if, and only if:
 - 20.4.1 Its purpose is simply to give a witness greater familiarity with and confidence in the process of giving oral evidence; and
 - 20.4.2 There is no risk that it might enable a witness to add a specious quality to his or her evidence; and
 - 20.4.3 All steps have been taken to ensure that the exercise is not based on facts which are the same as or similar to those of any current or impending trial, hearing or proceedings at which a participant is or is likely to be a witness; and
 - 20.4.4 In conducting any such mock exercises, counsel does not rehearse, practise or coach a witness in relation to his/her evidence: Rule C9.4. Where there is any reason to suspect that a mock examination-in-chief, cross-examination or re-examination would or might involve a breach of the Code, counsel should not approve or take part in it."