

**Master 2 de Droit Européen Comparé**

**Dirigé par M. Louis Vogel**

**2013**

***L'Arbitrage International, entre Confidentialité et Transparence***

**Auteur Alice Remy**

**Mémoire rédigé sous la direction de Madame le Professeur Marie Goré**

## **Abréviations**

AAA : American Arbitration Association

AMF : Autorité des Marchés Financiers

CCI : Chambre du Commerce International

CIRDI : Centre International pour le Règlement des Différents

CIETAC : China International Economic and Trade Arbitration Commission

CPC : Code de Procédure Civile

DAC : Departmental Advisory Committee

DIAC : Dubai International Arbitration Centre

DIS : German Institution of Arbitration

FINRA : Financial Industry Regulatory Authority

IBA : International Bar Association

JCAA : Japan Commercial Arbitration Association

J.Int'l.Arb : Journal of International Arbitration

KLRC : Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration

LCIA : London Court of Arbitration

SCC : Stockholm Chamber of Commerce

SIAC : Singapore International Arbitration Centre

US FOIA : United States Freedom Of Information Act

UNCITRAL/ CNUDCI : United Nations Commission for International Trade Law /

Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

WIPO : World Intellectual Property Organisation

## Sommaire

<b>Abréviations</b> .....	2
<b>Sommaire</b> .....	3
<b>Introduction</b> .....	5

### **Partie I : L'existence incertaine d'un principe de confidentialité en arbitrage international, hétérogénéité des solutions en droit comparé**

<b><u>§ 1 : La consécration du principe de confidentialité</u></b> .....	14
--	----

<b>A : Les fondements de la consécration du principe</b> .....	14
--	----

α : Les fondements doctrinaux

β : Les fondements pratiques

<b>B : La mise en œuvre juridique du principe</b> .....	17
---	----

α : Les régimes nationaux

β : Les règles institutionnelles

<b><u>§ 2 : L'exclusion du principe de confidentialité</u></b> .....	25
--	----

<b>A : Le rejet explicite du principe</b> .....	25
---	----

α : Une décision fondatrice en Australie

β : Une solution adoptée par d'autres pays

<b>B : Le rejet implicite du principe</b> .....	28
---	----

α : Les régimes nationaux

β : Les règles institutionnelles

**Partie II : L'évolution homogène mais contestée en faveur de la transparence de l'arbitrage international**

**§1 : Vers la globalisation de la transparence.....32**

**A : La transparence comme principe en arbitrage d'investissement.....32**

α : Dans le cadre du CIRDI

β : Dans le cadre des autres institutions d'arbitrage

**B : La transparence comme exception en arbitrage commercial.....37**

α : Les différents types d'exceptions

β : L'impossible régulation des exceptions

**§2: Les justifications et critiques de cette évolution.....44**

**A: Un changement nécessaire.....44**

**B : Un changement contesté.....48**

**Bibliographie.....51**

« Aujourd'hui tous les litiges du commerce international se résolvent par l'arbitrage »<sup>1</sup> selon les mots de Thomas Clay, Professeur à l'Université de Versailles-Saint Quentin et spécialiste de cette procédure. L'économie mondialisée ne peut plus se passer de ce mode de résolution des conflits, qui est considéré comme une procédure efficace et indépendante, exercée par des experts. Ce succès a entraîné une remise en question des caractères de la procédure, certains plaidant pour une nécessaire évolution. L'arbitrage traditionnel serait-il victime de son succès ?

Une des principales caractéristiques et un des atouts allégués de la procédure par les praticiens comme les utilisateurs est sa confidentialité. Celle-ci est remise en cause car l'arbitrage qui relevait de l'accord entre amis (*gentlemen's agreement*) s'est transformé en un mécanisme élaboré, cadré, long et procédurier, de grande envergure et réglant des litiges colossaux. Il se rapproche même ainsi de la justice étatique.

L'affirmation d'un principe de confidentialité en arbitrage est incertaine et risquée, au regard de la diversité des opinions et des solutions juridiques sur ce sujet. Le débat quant à son existence a néanmoins pour point de départ la consécration de ce principe, même si elle n'est que relative et d'une efficacité pratique modérée. La nécessité de la définition du champ d'application du principe de confidentialité montre en elle-même la prudence nécessaire à son affirmation. Les termes de confidentialité et d'arbitrage doivent être définis avec précaution. Quel arbitrage est concerné par la confidentialité ? Quelle confidentialité doit être respectée lors de cette procédure ?

---

<sup>1</sup> *Gazette du Palais*, 15 février 2011 n° 46, P. 6 « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un

L'arbitrage est défini<sup>2</sup> en son premier sens comme étant un « mode dit parfois amiable ou pacifique mais toujours juridictionnel de règlement d'un litige par une autorité (le ou les arbitres) qui tient son pouvoir de juger, non d'une délégation permanente de l'état ou d'une institution internationale, mais de la convention des parties (lesquelles peuvent être de simples particuliers ou l'État) ». Il peut être ad hoc ou institutionnel, international ou interne. Selon l'article 1504 du code de procédure civile<sup>3</sup>, l'arbitrage est international lorsqu'il met en cause des intérêts du commerce international. C'est donc l'objet du litige qui détermine le caractère international de la procédure mais aussi la procédure appliquée (celle d'un règlement d'un organisme international d'arbitrage ou d'une convention internationale) selon l'ouvrage de Gérard Cornu<sup>4</sup>. Il doit être distingué de la médiation et de la conciliation, qui sont aussi des modes alternatifs de règlement des conflits, mais non juridictionnels.

Le second sens du mot arbitrage selon ce même ouvrage est la « mission confiée à un tiers par des parties contractantes afin de déterminer un élément nécessaire à la formation du contrat », comme le montant du loyer ou le prix de vente. Il faut écarter ce sens de la présente étude, car seul le mode de résolution des conflits est concerné.

Il faut ensuite distinguer l'arbitrage d'investissement de l'arbitrage commercial interne ou international. Le premier a lieu lors de la résolution de litiges entre un investisseur et un État accueillant l'investissement. Celui-ci est principalement effectué par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI). Sa procédure est totalement différente de celle des arbitrages commerciaux. En effet, elle suit le principe de transparence<sup>5</sup> au nom de la protection de l'intérêt public, qui est selon Serge Lazareff la seule hypothèse

---

<sup>2</sup> Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu et Association Capitant, 2005

<sup>3</sup> Modifié par décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011- art 2

<sup>4</sup> op. cit. Gérard Cornu

<sup>5</sup> Article de Serge Lazareff « Confidentiality and Arbitration : Theoretical and Philosophical Reflections » publié dans le Supplément spécial du Bulletin 2009 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), p. 90

d'exception au principe de confidentialité. Par exemple, toutes les sentences sont publiées et un registre répertoriant les arbitrages en cours et passés est tenu. De même la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), qui a le monopole des litiges en matière d'investissements financiers, publie systématiquement ses sentences arbitrales. Cet arbitrage spécifique va être traité dans cette étude car il fait partie intégrante de l'arbitrage international, son importance est grandissante et son influence<sup>6</sup> sur le sujet primordiale.

Il est ensuite nécessaire de réfléchir à la *summa divisio* entre l'arbitrage interne et international et ses implications dans cette étude. L'arbitrage interne selon le droit français est sujet à une présomption de confidentialité introduite récemment par le Décret de 2011<sup>7</sup>. L'Article 1464 alinéa 4 du Code de Procédure Civile (CPC) dispose que « sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». Depuis cette réforme, le droit français distingue clairement entre les droits de l'arbitrage interne et international. En effet, le livre IV du Code de Procédure Civile est divisé en deux titres distincts, le premier traitant de l'arbitrage interne et le second de l'arbitrage international. Cette frontière claire a été confirmée dans une sentence rendue par un tribunal arbitral institué par la Chambre de Commerce International<sup>8</sup>, dans laquelle il rejette la présomption d'un principe de confidentialité en arbitrage international. La confidentialité est donc respectée en France en arbitrage interne et n'est pas présumée en arbitrage international.

Chaque pays peut décider de faire présumer ou non le caractère confidentiel de la procédure, en arbitrage interne et/ou international. En outre, il faut distinguer entre les pays « monistes » et « dualistes ». Les pays dualistes ont une législation spéciale pour l'arbitrage international tandis que les pays monistes ont une législation

---

<sup>6</sup> Sur l'influence qu'a l'arbitrage d'investissement sur l'arbitrage commercial en faveur de la transparence voir l'ouvrage : « Confidentiality in international commercial arbitration », Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business, intro xvii

<sup>7</sup> Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011

<sup>8</sup> Bulletin d'Arbitrage International, Allen & Overy, 1er Décembre 2012, *The Louis Berger Group Inc/Black & Veatch Special Projects Corp, Joint Venture v Symbion Power, LLC ICC No 16383/VRO*

unique. Par exemple la France, la Suisse, l'Irlande, la Grèce et le Danemark sont considérés comme dualistes. Les Pays Bas, l'Allemagne, l'Autriche, l'Angleterre, et l'Espagne sont des pays monistes<sup>9</sup>. Il y a ainsi une grande diversité d'appréhension de la différence entre l'arbitrage interne et international selon les pays. Par ailleurs, l'évolution du principe de confidentialité et son interaction avec la transparence peut être appréhendée de façon globale en arbitrage international. C'est en effet arbitrage international que le débat se crée, que les influences agissent et que l'intérêt est le plus vif. En effet, l'arbitrage d'investissement et la loi type de la Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI) concernent l'arbitrage international. La réflexion sera axée sur la confidentialité et la transparence en arbitrage international uniquement, même si l'arbitrage interne français sera mentionné, pour une nécessité de comparaison. Donc la notion d'arbitrage concernée par cette étude sera l'arbitrage international, commercial et d'investissement.

Il faut aussi définir la confidentialité et la transparence. La définition juridique du mot confidentiel donnée par l'ouvrage de Gérard Cornu<sup>10</sup> est la suivante : « qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; qui est livré par écrit ou oralement sous le sceau du secret (en confiance et en confiance) » ou bien « qui doit être accompli en secret ». Une procédure judiciaire confidentielle sera donc, selon cette acceptation du terme, secrète. L'existence du litige, les informations et les documents ne devront pas être divulgués. La notion de confidentialité est liée à une obligation de garder le secret. Ce n'est pas un état de fait mais plutôt une obligation assortissant des informations et des documents.

La confidentialité et le caractère privé sont deux notions proches, il faut donc faire la distinction entre ces deux concepts. Selon Jean-Claude Najjar<sup>11</sup> l'arbitrage est un mode privé de règlement des conflits. Ce caractère privé de la procédure, qui

---

<sup>9</sup> Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009 édités par Andrea Bonomi et David Bochatay « Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne » de Jose Carlos Fernandez Rozas

<sup>10</sup> Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Association Capitant, 2005

<sup>11</sup> Gazette du Palais, 15 février 2011 n° 46, P. 6



signifie que les audiences se déroulent portes closes, fait dire à Thomas Clay<sup>12</sup> que l'arbitrage n'est pas seulement une justice privée mais une justice rendue en privée. Est-ce que la confidentialité est directement liée au caractère privé des audiences ou est-ce que ces deux notions sont distinctes ? Jusqu'à la fin des années 80, ces deux concepts étaient confondus<sup>13</sup>. En effet dans un arrêt rendu le 26 juin 1984 par la Queen's Bench Division, *Oxford Shipping Co Ltd v Nippon Yusen Kaisha*<sup>14</sup>, la Cour a expressément dit que le caractère privé des audiences équivalait au caractère confidentiel de la procédure. Une évolution de cette perception a eu lieu le 15 mars 1990 dans l'arrêt *Dolling Baker v Merret*<sup>15</sup>, où les juges de la Cour d'Appel concluent que ces deux notions sont différentes mais que la confidentialité dérive du caractère privé. Ainsi, selon la vision classique du concept<sup>16</sup> l'obligation découle du fait que les audiences soient privées en Common Law.

Cette position a évolué avec l'arrêt *Esso v Plowman* rendu par la High Court australienne qui a distingué les deux concepts : « the privacy of the hearings does not necessarily mean that the information or documents provided by one party to the other are confidential »<sup>17</sup>. La différenciation des deux notions est maintenant largement répandue. Par exemple dans les règles de la London Court of International Arbitration (LCIA), un article traite du caractère privé des audiences et l'autre de la confidentialité. L'article 19.4 dispose : « All meetings and hearings shall be in private

---

<sup>12</sup> L'arbitre, Dalloz 2001, para.771

<sup>13</sup> Steven Kouris, Confidentiality: is International Arbitration losing one of its major benefits? , 22 J.Int'l.Arb. 127 (2005) cité dans Confidentiality in Commercial Arbitration, Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business

<sup>14</sup> *Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha*, (The "EasternSaga") Queen's Bench Division (Commercial Court) QBD (Comm) June 26, 1984 Before Mr. Justice Leggatt,

<sup>15</sup> *Dolling-Baker v Merrett & Another* (CA 1990) [1991] 2 All ER 890, per Parker LJ cité dans "Confidentiality in Commercial Arbitration Ilena M. Smeureanu", 2011, Wolters Kluwer Law & Business

<sup>16</sup> Alan Redfren, Martin Hunter, Nigel Blackaby & Constantine Partasides, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell, 4<sup>th</sup> ed 2004 cité dans "Confidentiality in Commercial Arbitration" de Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business

<sup>17</sup> *Esso Australia Resources Ltd and others v the Honourable Sidney James Plowman and others*, f.c. no. 95/014, opinion de Brennan Justice, par.1

unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise ». Et l'article 30.1 dispose: « Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority ». Ainsi le caractère privé de la procédure concerne uniquement les audiences, lorsque la procédure est en cours. La confidentialité est alors l'obligation faite aux parties, aux arbitres, aux témoins et aux experts intervenant lors de l'arbitrage de ne pas divulguer les informations. Cette obligation s'étend dans le temps, elle perdure après que les audiences aient eu lieu et que la sentence ait été rendue. Le champ matériel de l'obligation est plus étendu également. Elle peut concerner l'existence même de la procédure d'arbitrage. Il n'est en effet jamais bon pour une société que ses clients ou partenaires commerciaux sachent qu'elle est partie à un litige. Elle peut ensuite concerner ensuite la confidentialité des débats, qui est en fait l'interdiction de l'accès aux tiers aux audiences et aux minutes de celles-ci, ce qui équivaut au caractère privé de la procédure. Elle concerne aussi le secret du délibéré, l'obligation pèse alors sur les arbitres. La confidentialité peut s'étendre à la non communicabilité des pièces produites et de la sentence.

La diversité de cette notion n'est pas sans conséquence pratique, car les parties doivent alors faire preuve de diligence lors de la rédaction de clauses ou de l'examen des règles nationales ou des institutions d'arbitrage. La diversité est un facteur de difficulté, donc la solution est d'adopter une attitude prudente vis-à-vis de cette question.

Quant à la notion de transparence, elle est le contraire ou l'exception de la confidentialité. Elle peut être mentionnée comme un état de fait ou bien comme une obligation. Ainsi l'obligation de transparence peut faire échec à une obligation de confidentialité, si elle prévaut sur cette dernière. Cette étude va se concentrer sur les interactions entre ces deux obligations contraires.

La question du caractère confidentiel d'une procédure présente plusieurs intérêts pratiques comme la stratégie des parties, la compétitivité de l'arbitrage, et l'actualité<sup>18</sup>. L'équilibre entre les intérêts public et privé, la nature de la procédure et la force de la liberté contractuelle sont des enjeux théoriques mis en relief par l'étude de la confidentialité et de la transparence.

L'accès à l'information peut être utilisé comme une stratégie des parties au cours de la procédure. Elles peuvent menacer de divulguer des faits au public dans le but d'influencer le comportement de la partie adverse. C'est le cas par exemple lors d'un arbitrage d'investissement, quand l'investisseur menace de divulguer des informations compromettantes aux contribuables de l'État. Ou bien lorsque des brevets ou technologies sensibles sont concernés par la procédure. Dès qu'une information est sensible, des stratégies peuvent se mettre en place dans le but d'influencer la sentence. Ainsi, les parties préfèrent la confidentialité ou la transparence au gré des différentes circonstances.

Ce qui est frappant dans les analyses et débats doctrinaux est la volonté commune de préserver au moins, et augmenter au mieux la compétitivité et les performances de l'arbitrage international. Celui-ci est en effet maintenant une institution mondiale, globale, une procédure universelle et seule alternative dans le cas de litiges relatifs au commerce international. Cette institution privée est une manne financière pour ses acteurs. Elle se doit donc d'être attractive, d'adapter ses stratégies « marketing » à la demande des clients, comme toute société. La confidentialité de l'arbitrage est très débattue dans ce souci d'attractivité. Certains supportent avec force la préservation de ce caractère, tandis que d'autres prônent une nécessaire évolution de la procédure vers plus de transparence. Ce sujet controversé est un des caractères clés de la compétitivité, selon les juristes et parties à l'arbitrage, comme le montre l'existence d'ouvrages<sup>19</sup> sur le sujet, l'édition d'un Supplément

---

<sup>18</sup> Référence à l'arbitrage Tapie-Crédit Lyonnais

<sup>19</sup> "Confidentiality in Commercial Arbitration Ilena M. Smeureanu", 2011, Wolters Kluwer Law & Business

Spécial du Bulletin de la CCI en 2009 sur la confidentialité, et les changements législatifs et institutionnels récents<sup>20</sup>.

Le troisième intérêt pratique du sujet est son actualité brûlante. En effet la polémique liée à l'affaire d'arbitrage Tapie-Crédit Lyonnais naît de l'absence de divulgation de liens présumés entre un arbitre et l'avocat d'une des parties. Au travers de ce problème particulier est dénoncé une justice privée, entre amis, aux frais du contribuable.

Cette étude cristallise également des intérêts théoriques. Les intérêts public et privé s'affrontent sur ce terrain, comme l'illustre l'arbitrage Tapie. Les tribunaux essaient de trouver un équilibre entre ces deux intérêts lorsqu'ils mentionnent les exceptions acceptables au principe de confidentialité<sup>21</sup>. Les lois sur la transparence financière<sup>22</sup> montrent aussi cet équilibre, car elles contrarient l'intérêt privé au nom de l'intérêt général.

La liberté contractuelle et l'indépendance de la volonté des parties sont des aspects théoriques concernés par la confidentialité et la transparence. En effet l'arbitrage est un mode consensuel de résolution des conflits car l'arbitre tient son pouvoir de juger de la volonté des parties. Elles peuvent donc théoriquement décider de la totale confidentialité ou non de la procédure. Cependant, cette liberté est malmenée par les lois imposant la confidentialité, même si les parties ayant recours à l'arbitrage peuvent déduire ce caractère du choix d'une justice privée, et surtout par les multiples obligations de transparence<sup>23</sup>.

Enfin, il faut remarquer que ce débat touche à l'essence de l'arbitrage, il montre l'évolution et la dénaturation de celui-ci. Peut-on et pourra-t-on dans quelques années toujours affirmer que l'arbitrage est une procédure privée ? La globalisation de

---

<sup>20</sup> Décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011 ; nouveau règlement CCI du 1<sup>er</sup> Janvier 2012

<sup>21</sup> *Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*, Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136, exemple de l'exception de "reasonable necessity" décrit ci-dessous, Partie I; §1; B.

<sup>22</sup> Voir ci-dessous, Partie II; §1; B

<sup>23</sup> Voir ci dessous, Partie II; §1

ce mode de règlement des conflits entraîne-elle une modification de la nature de cette procédure ?

Quelques remarques sont nécessaires pour préciser la méthode de comparaison suivie dans cette réflexion. Tout d'abord, une étude exhaustive des règles est impossible. Les règles applicables à la confidentialité et la transparence sont divisées en plusieurs strates : nationale, internationale, institutionnelle et contractuelle. La fragmentation des règles d'arbitrage interne et internationale ajoute à cette impossibilité. Le choix a donc été fait d'une étude globale, comparant les règles des pays influents dans ce domaine et illustrant au mieux les principes et évolutions. De plus, l'absence de solutions claires en jurisprudence sur la sanction de l'obligation de confidentialité amoindrit l'efficacité de celle-ci. La limite au débat est donc cette carence au stade de l'exécution. L'obligation de transparence est en revanche mieux respectée car elle concerne l'intérêt public et est donc assortie de sanctions tangibles.

Cette étude se penchera sur les raisons et modalités de l'évolution de l'arbitrage international vers la transparence, mais aussi sur la problématique plus générale de la transformation de la procédure.

La reconnaissance et le rejet du principe de confidentialité seront étudiés dans une première partie. La seconde partie se consacrera à l'étude de l'évolution en faveur de la transparence.

## **Partie I : L'existence incertaine d'un principe de confidentialité en arbitrage, hétérogénéité des solutions en droit comparé**

Le principe de confidentialité a été longtemps débattu par ses partisans et détracteurs dans le domaine de l'arbitrage : « Notwithstanding the long debate, numerous court decisions and legislative activity, there is still no generally accepted answer to the controversial question of whether an agreement to arbitrate implies an obligation to treat the proceedings and the attendant information as confidential »<sup>24</sup>. Celui-ci s'entend bien comme l'obligation implicite de confidentialité présumée par le choix de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits. L'existence du principe reste incertaine car il a été à la fois consacré par certains (§1) et rejeté par d'autres (§2).

### **§1 : La consécration du principe de confidentialité**

La confidentialité a pu être érigée en tant que principe fondamental de la procédure d'arbitrage grâce à l'existence de fondements doctrinaux et pratique (A). Elle a ensuite été mise en œuvre au niveau étatique et institutionnel (B).

#### **A : Les fondements de la consécration du principe**

Des arguments doctrinaux ( $\alpha$ ) et pratiques ( $\beta$ ) supportent la consécration de la confidentialité de cette procédure.

##### **$\alpha$ : Les fondements doctrinaux**

Il a été affirmé que l'arbitrage est par essence privé et confidentiel. De nombreux auteurs ont déduit de la nature même de la procédure son caractère confidentiel.

---

<sup>24</sup> Post du 3 février 2012 sur le site internet Kluwer Arbitration Blog : “Kingsbridge Capital Advisors v. AlixPartners: What Confidentiality in Arbitration?” par Stephan Balthasar de chez Linklaters <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/02/03/kingsbridge-capital-advisors-v-alixpartners-what-confidentiality-in-arbitration/>

Il est nécessaire de relever avant tout développement que cette procédure est un mode à part de résolution des conflits. René David<sup>25</sup> a dans son ouvrage « Arbitrage et Droit Comparé » décrit l'arbitrage comme étant un phénomène « distinct du droit, antagoniste au droit ». L'auteur pense également qu'il est lié à la seconde phase dans l'évolution de la société, celle « visant à la concorde et la paix, et dominée par les idées de médiation, de conciliation et d'arbitrage », la première étape de l'évolution étant celle de la justice privée et la dernière celle du droit. René David pointe ensuite le fait que le progrès d'une société est relatif et qu'il ne faut pas en déduire la supériorité du droit sur l'arbitrage. Cette réflexion, même si elle n'aide pas à la consécration du principe, démontre que l'arbitrage a une philosophie distincte du droit et de la justice étatique car il se trouve plutôt entre la justice privée et le droit. Il est donc logique de déduire que l'arbitrage peut être réglé par des principes différents et contraires de ceux qui gouvernent la justice étatique. Ainsi, cette réflexion supporte la consécration de la confidentialité de la procédure, qui est en opposition avec la publicité de la justice traditionnelle.

De plus, il faut également relativiser l'idée que le monde occidental se fait de la justice. En effet, en Asie le droit a une place bien moins importante que les rites et l'harmonie sociale. Cet esprit de médiation très présent dans ces sociétés a pour conséquence directe le succès très important de la CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission). Cette institution détient en effet le nombre record de dossiers déposés (la Chambre de Commerce International détenant le record en chiffre d'affaire).

Pour les partisans du principe, cette procédure à part est par nature confidentielle. Serge Lazareff<sup>26</sup> déclare même que la confidentialité est la sœur jumelle de l'arbitrage. Il continue en disant: « I am utterly convinced that confidentiality is an inherent part of international commercial arbitration, subject to the sole exception of absolute and overriding public interest ». Dans ce même article, l'auteur mentionne le fait que Matthieu de Boisséon pense que la confidentialité est

---

<sup>25</sup> David René. Arbitrage et Droit Comparé. Dans la Revue International de Droit Comparé. Vol. 11 Num 1, Janvier-Mars 1959. Pp. 5-18. Doi : 10.3406/ridc.1959.12217

<sup>26</sup> ICC Bulletin 2009 Special Supplement, Confidentiality in Arbitration, article par Serge Lazareff : Confidentiality and Arbitration: theoretical and philosophical Reflections pp. 81-93

présumée en droit de l'arbitrage international, et qu'Emmanuel Gaillard<sup>27</sup> a expliqué que la confidentialité est toujours un principe de l'arbitrage et est une obligation qui ne peut être éteinte que par la volonté contraire expresse et conjointe des parties.

### β : Les fondements pratiques

Cette doctrine traditionnelle en faveur de l'existence d'un principe de confidentialité est confortée par l'opinion des utilisateurs de l'arbitrage. Une étude pratique<sup>28</sup> révèle que 62% des sondés, qui sont des sociétés multinationales, pensent que la confidentialité est très importante en arbitrage international. Le sondage montre ensuite dans quelle mesure elle est la raison principale du choix de l'arbitrage pour régler le litige. Effectivement, 35% des sondés (contre 38% pour la réponse inverse) n'utiliseraient plus l'arbitrage s'il n'était pas confidentiel. L'étude conclue alors que la confidentialité est une caractéristique majeure de la procédure mais pas son seul atout. Ensuite, à la question de savoir si les sociétés considèrent que l'arbitrage est confidentiel même en l'absence de clauses spécifiques dans les règles de l'institution ou bien dans le compromis d'arbitrage, 50 % des sondés répondent oui. La moitié des sociétés interrogées pensent donc à tort que ce principe est présumé et implicite. D'autres sondages de cette même étude indiquent également que la confidentialité est le point sur lequel les sociétés ne veulent pas transiger lors de la négociation de la clause compromissoire ou de la convention.

Ces réponses montrent bien l'importance du respect de cette obligation pour les potentiels acteurs de cette procédure. Le succès de l'arbitrage dépend donc en partie de la consécration d'un principe général ou à défaut de l'existence de moyens de protection des informations sensibles.

Les fondements doctrinaux et pratiques du principe permettent sa mise en œuvre à plusieurs niveaux de compétence.

---

<sup>27</sup> E. Gaillard, "Le principe de confidentialité de l'arbitrage commercial international", *Recueil Dalloz Sirey*, 1987, 153 at 154-155

<sup>28</sup> 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, par White & Case, Queen Mary University of London et School of International Arbitration



## **B : La mise en œuvre juridique du principe**

L'arbitrage a été reconnu comme étant confidentiel par défaut par la jurisprudence ou la loi de certains États ( $\alpha$ ) et les règlements d'arbitrage de certaines institutions ( $\beta$ ). La mise en œuvre du principe a donc différentes sources et son expression est plus ou moins tangible.

### $\alpha$ ) Les régimes nationaux

Il est nécessaire de mentionner le fait que tous les régimes nationaux reconnaissent le caractère privé des audiences en arbitrage<sup>29</sup>, qu'on différencie de la notion de confidentialité, qui est plus large. Cet aspect n'est donc pas traité en tant que tel dans cette étude mais en tant qu'élément satellite au problème, comme il a été expliqué dans l'introduction.

Plusieurs États ont consacré le principe, mais l'Angleterre en est le précurseur. La jurisprudence anglaise dès 1880 a affirmé que le principe de confidentialité existait bien en arbitrage dans l'arrêt *Russel v. Russel*<sup>30</sup>. Cela a été réaffirmé sans cesse dans différents arrêts jusqu'à aujourd'hui, ce qui a établi un « précédent » solide qui consacre le principe. Ainsi, il est traditionnellement admis en Angleterre que la confidentialité est implicite dans tous les compromis d'arbitrage pour des raisons de « business efficacy » ou bien « as a matter of law »<sup>31</sup>. Cette obligation vient, selon la jurisprudence anglaise du caractère privé de la procédure car elle en est la conséquence naturelle<sup>32</sup>. Ces décisions pallient au silence de la loi anglaise. En effet celle-ci ne consacre pas ce principe, et même au contraire dispose des situations dans lesquelles la justice étatique peut intervenir (1979 Arbitration Act). Par la suite,

---

<sup>29</sup> «Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration» par Antonias Dimolitsa du Supplément spécial au bulletin de la CCI, 2009, p 13

<sup>30</sup> *Russel v. Russel* (1880) 14 Ch.D. 471, 474

<sup>31</sup> Confidentiality in international commercial arbitration, Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business, p.9

<sup>32</sup> Confidentiality in international commercial arbitration, Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business, p.15

l'Arbitration Act de 1996 ne consacre pas le principe non plus mais donne plus d'autonomie à la procédure par rapport à la justice.

Tout d'abord l'arrêt *Oxford Shipping Co Ltd v Nippon Yusen Kaisha, (The Eastern Saga)*<sup>33</sup> consacre la nature privée de la procédure arbitrale. En effet, Leggatt LJ dit : « The concept of private arbitration derives simply from the fact that the parties have agreed to submit to arbitration particular disputes arising between them and only them. It is implicit in this that strangers shall be excluded from the hearing and conduct of the arbitration. ». Cette position est suivie dans l'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v Stewart J Mew*<sup>34</sup>.

Il a ensuite été affirmé que la nature privée de la procédure fait naître une obligation implicite de confidentialité pesant sur les parties dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel, *Dolling-Baker v Merrett*<sup>35</sup> : « as between parties to an arbitration, although the proceedings are consensual and may thus be regarded as wholly voluntary, their very nature is such that there must (...) be some implied obligation on both parties not to disclose or use for any other purpose any documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of arbitration, or transcripts or notes of evidence in the arbitration or the award, and indeed not to disclose in any other way what evidence had been given by any witness in the arbitration, save with the consent of the other party, or pursuant to an order or leave of the court ». Parker LJ quant à lui déclare : « but (the fact that) the obligation (of confidentiality) exists in some form appears to me to be abundantly apparent. It is not a question of immunity or public interest. It is a question of an implied obligation arising out of the nature of arbitration itself. ».

Enfin, l'arrêt de la Cour d'appel *Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*<sup>36</sup>, généralise l'obligation de confidentialité en arbitrage, qui existe désormais

---

<sup>33</sup> Queen's Bench Division, 26 juin 1984

<sup>34</sup> *Hassneh Insurance Co of Israel and Others v Stuart J Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep 246-47

<sup>35</sup> *Dolling-Baker v Merrett & Another* (CA 1990) [1991] 2 All ER 890, per Parker LJ

<sup>36</sup> Court of Appeal, 1988 2 All E.R 136

« as a matter of law ». La Cour donne alors une liste d'exceptions à ce principe, valables dans le cas d'un arbitrage subséquent avec des parties différentes :

- le consentement des parties,
- l'injonction d'un tribunal à fournir des documents utilisés ensuite lors d'un procès étatique,
- l'accord donné par le tribunal, « leave of the court »<sup>37</sup>,
- la « reasonable necessity » dans le cas où une des parties à l'arbitrage a besoin d'un document pour attaquer ou se défendre lors d'un procès ultérieur contre un tiers,
- l'intérêt général (pour un bon fonctionnement de la justice).

Le principe et les exceptions posés par la jurisprudence anglaise ont été réaffirmés récemment notamment par l'arrêt *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd*<sup>38</sup>, dans le cas d'un procès étatique postérieur.

D'autres pays ont suivis la voie de l'Angleterre. La loi espagnole sur l'arbitrage date de 2004 et consacre également ce principe<sup>39</sup>.

La Nouvelle Zélande a aussi adopté une loi consacrant explicitement le principe de confidentialité en 1996 (amendée en 2007), qui est considéré comme implicite dans la convention d'arbitrage. L'article 14 B (1) du New Zealand Arbitration Act dispose en effet que : « every arbitration agreement to which this section applies is deemed to provide that the parties and the arbitral tribunal must not disclose confidential information ». L'article 14C donne ensuite une liste remarquablement exhaustive et élaborée des exceptions à cette obligation. La consécration du principe s'est faite en réaction directe à l'arrêt fondateur de la tendance inverse qui rejette la confidentialité rendu par la High Court of Australia en

---

<sup>37</sup> liste des exceptions données dans l'arrêt *Ali Shipping* à la page 19 de l'article "Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration" par Antonias Dimolitsa du Supplément spécial au bulletin de la CCI, 2009

<sup>38</sup> *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd*. [2008] EWCA Civ. 184 at [81] per Collins LJ.

<sup>39</sup> Spanish Arbitration Act, Title V, article 24 (2): "the arbitrators, the parties and the arbitral institutions, if applicable, are obliged to maintain the confidentiality of information coming to their knowledge in the course of the arbitral proceedings"

1996. Cette loi est la plus protectrice et élaborée sur ce sujet et peut être prise en exemple pour la rédaction de clauses de confidentialité.

La High Court de Singapour a suivi la décision anglaise *Dolling Baker v Merret*<sup>40</sup>. L'obligation de confidentialité est donc implicite pour les parties à un arbitrage et la Cour reconnaît une exception en cas de nécessité.<sup>41</sup>

Dans une autre mesure, la jurisprudence française a aussi consacré ce principe. Seule la position de la jurisprudence avant la promulgation du décret de 2011<sup>42</sup> sera étudiée dans cette partie, celui-ci ayant mis fin aux velléités de secret en arbitrage international en France. Ainsi, seul l'article 1469 du Code de Procédure Civile traitant de l'arbitrage interne disposait que les délibérations des arbitres étaient secrètes (maintenant retranscrit dans l'article 1479 du même code).

La jurisprudence a ensuite pris le relais pour compléter la loi. Dans l'arrêt *Aita c/ Ojeh*<sup>43</sup>, la Cour d'appel de Paris énonce qu'il est dans la nature même de la procédure d'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion pour le règlement des différends d'ordre privé. Elle conclut alors à une présomption de confidentialité aussi bien en matière interne qu'internationale. Les faits dans cet arrêt étaient néanmoins exceptionnels, ce qui a conduit à une telle conclusion. Une action était en effet intentée devant les juridictions étatiques dans le seul but de rendre la sentence arbitrale publique. Dans l'arrêt *Société True North*<sup>44</sup>, la même Cour d'appel a

---

<sup>40</sup> *Myanma Yang Chi Oo Co Ltd v Win Win Nu*, 2003, 2 SLR 547

<sup>41</sup> l'article "Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration" par Antonias Dimolitsa du Supplément spécial au bulletin de la CCI, 2009, p.19 : "it thus accepted that the parties to an arbitration are under an implied duty to keep arbitral documents confidential but that disclosure is permitted when 'reasonably necessary', even without leave of the court. It added that a court should rule on the 'reasonable necessity' for disclosure only when disclosure has already been made on this ground by one of the parties and the other part disputes it and moves to expunge the disclosure. The court also held that the assessment of whether or not disclosure is 'reasonably necessary' can change over time in the course of the same case".

<sup>42</sup> décret n°2011-48 du 13 Janvier 2011

<sup>43</sup> Rev. arb. 1986.583

<sup>44</sup> *Société True North et société FCB International v Bleustein et autres*, Cour d'appel de Paris, Rev arb 2003.189

confirmé sa solution, en mentionnant l'exception d'obligation légale d'information.

Puis il y a eu des attaques à ce principe. En 2004, la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt *Foster Wheeler*<sup>45</sup>, a estimé que la partie qui requiert l'indemnisation pour violation du principe de confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence d'un tel principe en droit français. Il n'y a pas de présomption de confidentialité par la nature même de l'arbitrage et il faut donc rapporter la preuve que l'arbitrage en cause était confidentiel.

Deux systèmes juridiques ont récemment été contre la tendance généralisée en faveur de la transparence de l'arbitrage.

Aux Philippines, la loi « Alternative Resolution Act » de 2004 consacre la confidentialité de la procédure dans sa Section 23. Cette loi a pour particularité de prévoir la possibilité pour les parties de demander aux tribunaux la protection de leurs informations<sup>46</sup>. L'auteur note l'efficacité de cette solution et son importance dans le débat : « the mechanism envisaged by the Philippines Supreme Court, when read together with the arbitration-friendly legislation adopted by Congress, seems to provide a workable balance. Supporters of confidentiality in commercial arbitration might be pleased to hear that. ».

La section 18 de la Hong Kong Ordinance du 1<sup>er</sup> Juin 2011 consacre le principe de confidentialité, qui est assorti d'exceptions. La particularité de cette législation est qu'elle requiert que les procédures judiciaires liées à la procédure arbitrale soient privées<sup>47</sup>.

La Roumanie, le Pérou et la Norvège font aussi partie de ces pays en faveur de la confidentialité.

---

<sup>45</sup> *Société National Company for Fishing and Marketing NAFIMCO v société Foster Wheeler Trading Company AG*, Cour d'Appel de Paris, 22 janvier 2004

<sup>46</sup> Kluwer Arbitration Blog, by Ileana M. Smeureanu, "confidentiality in Arbitration revisited: protective orders in the Philippines", 4 nov 2011. <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/04/confidentiality-in-arbitration-revisited-protective-orders-in-the-philippines/>

<sup>47</sup> Kluwer Arbitration Blog, Justin D'Agostino, Herbert Smith Freehills, "New Hong Kong Arbitration Ordinance comes into effect" <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/06/01/new-hong-kong-arbitration-ordinance-comes-into-effect/>

β : les règles institutionnelles

De nombreuses institutions intègrent une clause de confidentialité dans leurs règlements d'arbitrage. Cette clause existe par défaut, les parties peuvent donc convenir de la modification ou de la suppression de celle-ci. L'existence de cette obligation dans le règlement de référence des institutions montre néanmoins une consécration du principe, même si elle est moins absolue.

Premièrement il a été remarqué<sup>48</sup> que l'aspect de la confidentialité qui est traité de manière uniforme dans les règles des institutions est la confidentialité des audiences et des sentences. Celle-ci est consacrée de façon homogène. L'auteur émet cependant une réserve quant à l'efficacité de cette affirmation, car en pratique, il remarque que des extraits de sentences arbitrales sont souvent publiés<sup>49</sup>.

Deuxièmement, les institutions mentionnant une obligation de confidentialité sont classées ci-dessous dans l'ordre chronologique d'adoption des règlements<sup>50</sup>:

- La London Court of International Arbitration (LCIA) a consacré à l'article 30(1) dès 1998 l'obligation de confidentialité, qui dispose que la sentence et tous les documents produits ou utilisés lors de l'arbitrage sont confidentiels.
- D'autres institutions ont suivi cet exemple, comme la German Institution of arbitration (DIS), dans l'article 43(1) de son règlement ;
- Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA),
- World Intellectual Property Organization Arbitration Rules (WIPO rules, article 73 à 75),
- Chambers of Commerce and Industry of Basel, Bern, Geneva, Ticino, Vaud and Zurich (Swiss Rules of International Arbitration, article 43(1) et 44 (2) ;
- China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules (CIETAC), article 33(2) ;

---

<sup>48</sup> Article "Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration" par Antonias Dimolitsa dans le Supplément Spécial au bulletin de la CCI, 2009

<sup>49</sup> *ibid* Antonias Dimolitsa, p.7

<sup>50</sup> classement effectué dans *ibid* pp.9-12

- Dubai International Arbitration Centre Arbitration Rules (DIAC rules), article 41(1) ;
- Singapore International Arbitration Centre Arbitration Rules (SIAC rules, rule 34) ;
- Japan Commercial Arbitration Association Commercial Arbitration Rules (JCAA rules, 40(2)) ;
- Hong Kong International Arbitration Centre Administred Arbitration Rules (HKIAC rules, article 39(1)).

Cette énumération des institutions permet de constater l'importance et la contemporanéité du principe. Tous les règlements mentionnés reconnaissent le principe de confidentialité et ses exceptions (notamment l'obligation légale d'information), dans des clauses plus ou moins détaillées. Quelques particularités doivent être notées, comme le fait que les règlements de l'HKIAC, de la SIAC et de la WIPO protègent explicitement la confidentialité de l'existence même de la procédure d'arbitrage. De plus, le règlement de l'institution d'arbitrage suisse défend les parties de nommer les arbitres, experts ou secrétaires comme témoins dans des procédures ultérieures concernant l'arbitrage.

En outre, l'article 3.12 de l'International Bar Association (IBA) Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, règle pouvant être adoptée par les parties, consacre également la confidentialité des documents produits durant le cours de la procédure d'arbitrage.

Le principe peut être également mis en œuvre par les parties elles-mêmes, l'obligation naît alors uniquement de l'expression de la volonté des parties, par le biais d'une clause dans la convention d'arbitrage ou par l'insertion d'une clause de confidentialité dans le règlement d'arbitrage de l'institution (ou du tribunal arbitral ad hoc). En effet lorsque l'arbitrage a lieu dans le cadre d'une institution, des modèles de clauses de confidentialité sont proposés aux parties qui ont compromis<sup>51</sup>. Cette mise en œuvre du principe est la solution préconisée par les détracteurs et les

---

<sup>51</sup> Confidentiality in International Commercial Arbitration, Ilena M. Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer Law & Business, p.12

partisans de la confidentialité. Les partisans de celle-ci veulent assurer un maximum de sécurité juridique sur ce point, et donc conseillent aux parties de prévoir une clause expresse, même si elle paraît superfétatoire lorsque la confidentialité par défaut est prévue par les régimes nationaux ou les règlements des institutions arbitrales. Ces mêmes partisans la recommandent encore plus ardemment lorsque le principe n'est pas explicite<sup>52</sup>. Les détracteurs du principe (et partisans de plus de transparence) recommandent également aux parties de prévoir cette clause. Par exemple, dans un article argumentant en faveur de la transparence, l'auteur note bien que si une clause est prévue expressément par les parties, elle doit être respectée, car l'arbitrage est un mode de règlement des conflits consensuel<sup>53</sup>.

Après cet aperçu des fondements du principe et des différents modes de mise en œuvre, les exclusions explicite et implicite du principe vont être étudiées. Le principe de confidentialité en arbitrage est l'objet de nombreuses controverses. En effet, alors que certains le consacrent explicitement, d'autres le rejettent en bloc ou par le biais d'une certaine indifférence. L'incertitude sur l'existence du principe atteint son apogée lorsque l'on se penche sur les acteurs et les manières d'exclusion de celui-ci.

---

<sup>52</sup> ICC Supplement Spécial du Bulletin 2009, doc par Serge Lazareff "Confidentiality and Arbitration : Theoretical and Philosophical Reflections, p.88

<sup>53</sup> CAPJA2012-3-002 Cahiers de l'Arbitrage, 1er Juillet 2012 n° 3, P. 583 The time has come: A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration par Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO



## **§2 : L'exclusion du principe de confidentialité**

La remise en cause du principe a commencé il y a une vingtaine d'années, et s'est intensifiée au fil du temps. Ce principe est exclu catégoriquement par certains (A) et de manière plus évasive par d'autres (B). Il doit bien être rappelé que tous les pays reconnaissent le caractère privé des audiences, même s'ils rejettent la confidentialité.

### **A : Le rejet explicite du principe**

Le rejet explicite du principe est réellement apparu dans un arrêt en 1995 en Australie ( $\alpha$ ). Cette solution est adoptée aussi dans d'autres pays ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ : Une décision fondatrice en Australie**

La décision fondamentale et la plus influente a été rendue en Australie, par la High Court of Australia en 1995. Cet arrêt *Esso Australia Resources Ltd v Sidney James Plowman*<sup>54</sup> a explicitement rejeté l'obligation implicite de confidentialité en arbitrage. Antonias Dimolitsa, explique la décision dans son article<sup>55</sup> : « The High Court of Australia explicitly held that under Australian law a general obligation of confidentiality cannot be regarded as implicit in an agreement to arbitrate, inasmuch as confidentiality is not an « essential attribute of a private arbitration imposing an obligation on each party not to disclose the proceedings or documents and information provided in and for the purposes of the arbitration », nor part of the « inherent nature of a contract and of the relationship thereby established ». La Cour a donc bien rejeté la confidentialité en tant qu'obligation implicite dans une convention d'arbitrage aux motifs qu'elle n'est ni un attribut essentiel de la procédure, ni de l'essence de celle-ci.

---

<sup>54</sup> *Esso Australia resources Ltd v Sidney James Plowman*, 11-3 arb. Int'l, 235 (1995)

<sup>55</sup> ICC supplement spécial au bulletin 2009 : confidentiality in Arbitration, article "institutional rules and national regimes relating to the obligation of confidentiality on parties in arbitration", pp 9-12, by Antonias Dimolitsa

S'en suit un mouvement de la doctrine, initié par Hans Smit et Michael Collins qui incitent les tribunaux à prendre des précautions et à ne pas reconnaître un principe général de confidentialité<sup>56</sup>. D'autres auteurs ont une vision plus radicale, et remettent en cause l'existence d'un principe général en disant qu'une obligation générale de confidentialité n'a jamais existé dans la loi applicable (*de lege lata*), et était au mieux, une obligation en cours de formation (*duty in statu nascendi*)<sup>57</sup>. L'arrêt *Esso v Plowman* consacre en revanche l'existence d'une obligation de confidentialité pesant sur les parties en cas de clause contractuelle explicite. Cette obligation est néanmoins limitée par les impératifs relevant de l'intérêt général<sup>58</sup>.

### β : Une solution adoptée par d'autres pays

Cette décision majeure fut suivie par la Suède, la Norvège et les États-Unis. En Norvège tout d'abord, la loi de 2005 dans son Chapitre 1 Section 5<sup>59</sup>, dispose que la sentence et la procédure n'est pas confidentielle. Les tiers ne peuvent être présents durant la procédure qu'avec l'accord des parties. Les parties peuvent néanmoins prévoir expressément une clause de confidentialité.

Aux USA, l'arrêt *Duke University*<sup>60</sup> de 1984 dispose qu'à défaut d'accord des parties, ni le caractère privé, ni le caractère confidentiel de l'arbitrage ne s'imposent. La loi fédérale (Federal Arbitration Act) et la loi uniforme (Uniform Arbitration Act)

---

<sup>56</sup> Confidentiality in international commercial arbitration, by Ileana M.Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer law & business , introduction, xvii

<sup>57</sup> Jan Paulsson & Nigel Rawding, The trouble With Confidentiality, 11-3 Arb. Int'l 131 (1995), cité dans Confidentiality in international commercial arbitration, by Ileana M.Smeureanu, 2011, Wolters Kluwer law & business

<sup>58</sup> ICC supplement au bulletin 2009: confidentiality in Arbitration, article "institutional rules and national regimes relating to the obligation of confidentiality on parties in arbitration", p.14, by Antonias Dimolitsa, mentionne l'arrêt *Commonwealth of Australia v Cockatoo Dockyard Pty Ltd* rendu en 1995 qui exprime l'idée que si une personne publique est partie à un arbitrage a signé une convention d'arbitrage assortie d'une clause de confidentialité, celle-ci ne peut limiter l'action en faveur de l'intérêt général du gouvernement.

<sup>59</sup> The Norwegian Arbitration Act, prenant effet au premier janvier 2005, cité ibid. p.14 , by Antonias Dimolitsa

<sup>60</sup> *Industrotech Constructors Inc v Duke University* (1984)

ne mentionnent pas cet aspect de l'arbitrage. L'attitude générale des tribunaux américains est de ne pas reconnaître la confidentialité comme implicite dans la convention d'arbitrage. De plus, elles ne sont pas favorables à rendre des injonctions protégeant la confidentialité des documents utilisés ou produits lors de la procédure arbitrale. Antonias Dimolitsa mentionne deux décisions rendues aux États Unis illustrant ces propos. La première est *Contship Containerlines, Ltd v PPG Industries, Inc* de 2003, qui a rejeté l'argument de l'obligation implicite et ordonné la communication de documents liés à un arbitrage ayant eu à Londres. La seconde est l'arrêt *Lawrence E Jaffee Pension Plan v Household International Inc* (2004), dans lequel la Cour oblige la communication de documents alors que les parties avaient signé une clause de confidentialité.

La Suède est aussi fortement opposée à tout principe. Suite à la saga *Bulbank*<sup>61</sup> le pays a adopté la position de l'Australie. La Cour Suprême a reconnu le caractère privé de la procédure d'arbitrage et a rejeté le principe de confidentialité comme obligation inhérente à ce mode de résolution des différends. La décision mentionne notamment que le caractère privé des audiences n'empêche pas les parties de communiquer aux tiers des informations relatives à la procédure arbitrale. La Cour Suprême justifie sa décision en se basant sur le fait qu'une telle obligation n'est pas consacrée par la loi en Suède et en tire la conclusion qu'elle est donc inexistante. Elle se justifie également en se basant sur le droit comparé, et tire de la contradiction entre les jurisprudences françaises, anglaises et *Esso V Plowman* le fait qu'aucune solution claire sur la confidentialité n'existe.

En rejetant ainsi un principe par défaut, les opposants à la confidentialité font peser la responsabilité de la résolution de cette question sur les parties. Ce sont donc aux parties de penser à se protéger sur cette question.

Ces pays rejettent explicitement l'existence d'une obligation de confidentialité, tandis que celle-ci est mise en difficulté notamment par les régimes nationaux et institutions arbitrales qui observent une position silencieuse sur ce problème.

---

<sup>61</sup> Série de 3 décisions *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v Al Trade Finance Inc*, celle de première instance a été rendue en 1998, celle d'appel en 1999 et la Cour Supreme a rendu sa décision en 2000.

## **B : Le rejet implicite du principe**

En ne reconnaissant pas une obligation implicite de confidentialité, certains pays et institutions rejettent en fait son existence. Ce silence est observé à la fois dans les régimes nationaux ( $\alpha$ ) et par les règlements des institutions ( $\beta$ ).

### $\alpha$ : Les régimes nationaux

La France est dans une situation nouvelle depuis l'adoption du décret de 2011<sup>62</sup> réformant le droit de l'arbitrage interne et international. Cette réforme du droit de l'arbitrage français a eu lieu 30 ans après la réforme précédente issue des décrets du 14 mai 1980 et 12 mai 1981, par un décret en Conseil d'État. Elle procède à la modernisation du droit français de l'arbitrage interne et international.

En effet ce décret reconnaît dans une nouvelle disposition la confidentialité comme principe de l'arbitrage interne. L'article 1464 alinéa 4 du Code de Procédure Civile dispose que : « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ». Le décret a donc codifié dans une certaine mesure la jurisprudence en vigueur (voir Partie I ; §1 ; B ;  $\alpha$  ; l'arrêt de 1986). Cependant ce principe n'est pas mentionné en arbitrage international. Il est important de noter que les arbitrages interne et international sont clairement distincts et suivent des règles différentes en droit français. En témoigne la division du Livre IV du Code de Procédure Civile en deux titres distincts, le premier étant consacré à l'arbitrage interne et le second à l'arbitrage international. Il est ainsi prévisible que le principe de confidentialité consacré ne s'applique pas à l'arbitrage international. Cette déduction est renforcée par la décision d'un tribunal arbitral CCI<sup>63</sup> qui statue qu'il n'y a pas de présomption de confidentialité en arbitrage international en droit français. Ce rejet implicite par la loi française fait écho à l'arrêt *Foster Wheeler* de 2004 qui a expliqué que : « La partie qui requiert une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage

---

<sup>62</sup> Décret 2011-48 du 13 Janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage

<sup>63</sup> *The Louis Berger Group Inc/Black & Veatch Special Projects Corp, Joint Venture v Symbion Power, LLC*, ICC No. 16383/VRO

doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un tel principe dans le droit français de l'arbitrage ». Le silence de la loi est ici interprété de façon négative, comme un rejet du principe.

De nombreux pays<sup>64</sup> ont transposé directement la loi type<sup>65</sup> rédigée par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). Cette loi type ne traite pas la question de la confidentialité, car l'opinion des rédacteurs était que, étant donné que le principe est incertain en droit comparé, cette question relève des institutions arbitrales et de la volonté des parties. Ainsi, ces pays ne consacrent pas la confidentialité, qui peut être consacrée uniquement par l'accord explicite des parties dans une convention d'arbitrage ou un règlement d'institution.

### β : Les règles institutionnelles

Plusieurs institutions d'arbitrage de grande importance sont silencieuses sur la confidentialité dans leurs règlements.

L'institution la plus notable ayant rejeté implicitement le principe est la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Le règlement du 1<sup>er</sup> janvier 1998 ne mentionnait pas plus l'obligation de confidentialité que celui du 1<sup>er</sup> janvier 2012. Cette position a une influence très importante car la CCI est la première institution arbitrale au monde en terme de chiffre d'affaires. Il faut néanmoins noter la présence de l'article 22(3) du règlement qui tempère cette exclusion. Il dispose : « à la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure ou de toute autre question relative à l'arbitrage et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles. ». Il donne donc le pouvoir aux arbitres d'ordonner des mesures protégeant la confidentialité. Ces ordonnances ne sont pas basées sur un principe général de confidentialité. Il faut également noter la présence de l'article 6 du statut de la Cour qui dispose : « Les travaux de la Cour ont un caractère confidentiel, que toute personne participant à un titre quelconque à ces travaux est tenue de respecter.

---

<sup>64</sup> op. cit. Ileana M. Smeureanu, p. 21

<sup>65</sup> Promulguée en 1985 et modifiée en 2006

La Cour définit les conditions dans lesquelles des personnes extérieures peuvent assister aux réunions de la Cour et à ses comités restreints et avoir accès aux documents afférents aux travaux de la Cour et de son Secrétariat ». Il est évident que la portée de cet article n'engage que les arbitres et le personnel de la CCI, son impact est donc limité.

Les autres institutions ne mentionnant pas ce principe sont<sup>66</sup> l'institution madrilène, ce qui est étonnant sachant que l'Espagne consacre ce principe dans une loi ; le Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) ; l'American Arbitration Association (AAA) ; l'International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber ; l'institution de Stockholm (SCC) ; et la CNUDCI.

L'auteur explicite le choix récent (2007) de la SCC par une trop grande abondance et complexité des exceptions à l'obligation générale de confidentialité, ce qui réduirait tout bénéfice d'une telle consécration. Le même problème semble s'être posé aux rédacteurs du règlement CCI en 1998 et 2012.

La situation a été analysée par l'International Law Association, qui a adopté des conclusions et recommandations sur la confidentialité en arbitrage en Août 2010<sup>67</sup>. Ce rapport déduit de la situation qu'il ne peut être affirmé l'existence d'une obligation implicite. Il faut selon lui régler ce problème par l'adoption de clauses explicites, émanation de l'accord des parties, et non par une règle par défaut. Le document enjoint les arbitres à soulever le problème si la question n'a pas été réglée par voie contractuelle avant le litige. Ces recommandations soumettent également un exemple de clause de confidentialité, qui décrit le champ d'application personnel et matériel de l'obligation, ainsi que ses exceptions.

Plusieurs axes peuvent être tirés de cette énumération. Tout d'abord il faut constater que le sujet n'est pas traité par tous les régimes nationaux et institutions, le

---

<sup>66</sup> Prise de référence sur ICC Supplément Spécial au Bulletin 2009 : op. cit. p.8 , by Antonias Dimolitsa

<sup>67</sup> Cité dans l'article CAPJA2011-1-005 Cahiers de l'Arbitrage, 01 janvier 2011 n° 1, P. 51 - "The ILA Tackles Confidentiality The 2010 ILA Findings and Recommendations on Confidentiality"<sup>\*\*</sup>Georgios PETROCHILOS <sup>\*\*</sup>Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Paris

silence joue un rôle perturbateur dans cette étude. Ensuite, la réglementation de la confidentialité est hétérogène, incertaine, graduelle et contradictoire. Il faut donc en conclure, comme Stephan Balthasar<sup>68</sup> que le principe est incertain et le débat controversé : « confidentiality in arbitration is not guaranteed. Notwithstanding the long debate, numerous court decisions and legislative activity, there is still no generally accepted answer to the controversial question of whether an agreement to arbitrate implies an obligation to treat the proceedings and the attendant information as confidential ».

Cette hétérogénéité des solutions en droit comparé montre les difficultés auxquelles doivent faire face les parties à un arbitrage pour connaître leurs droits concernant la confidentialité. Ce manque crucial de sécurité juridique rend le principe totalement incertain. Cependant, ce changement amorcé vingt ans auparavant au détriment d'un principe général a bénéficié à son exception, la transparence. Cette obligation de transparence est le reflet de l'évolution de la société vers la généralisation de l'accès à l'information. L'ampleur de ce changement, sa mise en œuvre en arbitrage commercial et d'investissement, ses répercussions pratiques et théoriques sur la procédure de l'arbitrage vont être étudiés. L'exception serait-elle devenue la règle ?

---

<sup>68</sup> Post sur le site internet Kluwer Arbitration Blog, le 3 février 2012, Kingsbridge Capital Advisors v. AlixPartners: What Confidentiality in Arbitration?  
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/02/03/kingsbridge-capital-advisors-v-alixpartners-what-confidentiality-in-arbitration/>

## **Partie 2 : L'évolution homogène mais contestée en faveur de la transparence de l'arbitrage international**

Le postulat d'une confidentialité implicite est remplacé par celui de la transparence. Cette évolution est la conséquence d'un phénomène plus global de l'avènement d'une société d'information. Quelle est la mesure de la transition, peut-on aller jusqu'à dire que l'exception est devenue la règle ? Après avoir examiné la mesure de cette évolution (§1), il faudra réfléchir à la légitimité de sa justification et à la pertinence des critiques formées à son égard (§2).

### **§1 : Vers la globalisation de la transparence**

La course à l'information actuelle est caractérisée par une soif de connaissance généralisée. Elle se ressent en politique, dans le monde juridique et a même touché la justice consensuelle qu'est l'arbitrage alors qu'elle est par essence privée. La transparence est donc globalisée dans le monde du droit à tous les secteurs d'activité et tous les litiges dignes d'attention. Elle s'est aussi généralisée dans le monde de l'arbitrage. En effet elle est un principe en arbitrage d'investissement, ce qui est dû aux intérêts publics mis en jeu lors de cette procédure opposant un État accueillant l'investissement et un investisseur étranger. La croissance de l'arbitrage d'investissement est telle que ses caractères influencent l'arbitrage commercial classique. Ainsi, la globalisation de la transparence va être démontrée par son étude en arbitrage d'investissement, où elle est un principe (A) et en arbitrage commercial, où elle est l'exception (B).

#### **A : La transparence comme principe en arbitrage d'investissement**

Serge Lazareff, grand supporter de la confidentialité et éminent arbitre a admis une seule exception à l'obligation de confidentialité dans son article publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI de 2009<sup>69</sup>, qui est l'exception de l'intérêt général. L'auteur mentionne la singularité de cette forme d'arbitrage en général et de

---

<sup>69</sup> CCI Supplement Special du Bulletin, 2009, "Confidentiality in Arbitration", article "Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections" pp 81-93



la procédure appliquée par le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements en particulier (CIRDI) ( $\alpha$ ). Le CIRDI règle la majorité des conflits liés aux investissements (la CCI, la CNUDCI et la LCIA entre autres règlent aussi des litiges relatifs aux investissements) ( $\beta$ ). Emmanuel Gaillard quant à lui affirme que l'affaiblissement de la confidentialité, l'utilisation de la procédure *d'amicus curiae* et le développement d'une jurisprudence arbitrale relèvent des caractères propres de l'arbitrage d'investissement<sup>70</sup>.

En effet, cet arbitrage soulève des problèmes relevant de l'intérêt public, car il se prononce sur des décisions politiques de l'État d'accueil. Les parties se tournent vers l'arbitrage car les tribunaux nationaux du pays d'accueil ne seraient pas assez indépendants pour pouvoir trancher le litige et les tribunaux de l'État investisseur ne peuvent être compétents par application d'une règle coutumière du droit international selon laquelle on ne peut juger son semblable. Le litige naît souvent de la lésion des intérêts de l'investisseur suite à des décisions prises par l'État. Ces décisions politiques sont souvent motivées par l'intérêt général et concernent tout le temps celui-ci. La transparence de ces litiges est donc légitime.

#### $\alpha$ : Dans le cadre du CIRDI

La transparence opérée par la CIRDI se manifeste à différents stades de la procédure et sous différentes modalités. Les règles par défaut sont la communication de toutes les procédures en cours, des noms des parties, des arbitres, des raisons du litige et du stade de la procédure. Ces informations sont en libre accès sur le site internet de la CIRDI. De plus, les audiences sont désormais ouvertes au public<sup>71</sup> : « Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal

---

<sup>70</sup> Emmanuel Gaillard dans « *l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements* », Revue de l'arbitrage 2003 - N° 3. P. 856.

<sup>71</sup> article 32(2) du règlement d'arbitrage de la CIRDI, modifié en 2006

définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées ».

Le rôle des *amicus curiae*, qui peuvent soumettre des informations au tribunal arbitral dans le but d'éclairer sa décision, participe également de la transparence. L'article 37(2) du règlement de la CIRDI dispose à ce propos : « Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante ».

Les ONG interviennent ainsi régulièrement dans les procédures, dans le but de défendre les droits de l'Homme mis en péril par des considérations purement économiques de l'État ou de l'investisseur.

Quant à la sentence, elle est confidentielle par défaut selon l'article 48(5) de la Convention pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements. Elle doit donc rester secrète entre l'État et les investisseurs étrangers. Cependant, Serge Lazareff pointe le fait qu'en pratique plus de la moitié des sentences sont publiées

avec l'accord des parties et que la CIRDI publie sans le consentement des extraits du raisonnement des arbitres<sup>72</sup>.

Concernant la communication de minutes ou documents provenant directement de la procédure arbitrale devant le CIRDI, l'auteur cite une ordonnance rendue le 29 septembre 2006 par le Tribunal arbitral dans le cadre du litige *Biwater Gauff v Tanzanie*<sup>73</sup>, qui enjoint les parties à une obligation de confidentialité concernant les documents produits et utilisés au cours de la procédure. Le Tribunal motive cette décision par la volonté d'apaisement du litige, malgré les pressions pour plus de transparence. Cette ordonnance illustre la nécessité de peser les intérêts en conflit, et de prendre des décisions au cas par cas. La confidentialité est une notion variable, qui ne peut être appréhendée définitivement.

En pratique, plusieurs décisions témoignent de cette transparence<sup>74</sup>. Le tribunal arbitral a conclu dans *Waste Management Inc. v. United Mexican States*<sup>75</sup> qu'il n'existait pas d'obligation de confidentialité. L'affaire *Méthanex v. USA*<sup>76</sup> est sur Internet suite à une demande d'amicus curiae d'ONG. Comme le font remarquer les auteurs, « le Tribunal arbitral a accédé aux prétentions des tiers et a fait céder ici la confidentialité de l'arbitrage devant l'intérêt public suscité par l'affaire ».

---

<sup>72</sup> Supplément Spécial au Bulletin de la CCI, 2009, p.92

<sup>73</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, CIRDI, ARB/05/22, Procedural Order no 3, 29 septembre 2006, cité dans l'article du supplement special de la CCI de Serge Lazareff ; commentaire [http://rs.sqdi.org/volumes/19.1\\_cirdi.pdf](http://rs.sqdi.org/volumes/19.1_cirdi.pdf), dans la revue Québécoise de droit international, 2006, 19.1 , p 294

<sup>74</sup> Citées dans l'article "Confidentialité et arbitrage international : Un principe remis en question", par Arnaud de Gasté et Louis Deplanu. <http://www.village-justice.com/articles/Confidentialite-arbitrage,862.html>

<sup>75</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/00/3

<sup>76</sup> ICSID Case No. ARB(AF)/98/2

β : Dans le cadre des autres institutions d'arbitrage

L'arbitrage d'investissement est sans conteste dominé par le CIRDI<sup>77</sup>, mais les autres institutions d'arbitrage veulent aussi se positionner sur ce secteur d'activité. Les institutions s'adaptent à la nature de cette forme d'arbitrage. De plus en plus de pression vient de la croissance de la transparence en l'arbitrage d'investissement ainsi que de l'importance de celui-ci<sup>78</sup>.

Par exemple, le règlement CCI est assez flexible pour pouvoir traiter d'un arbitrage d'investissement et se plier aux exigences de transparence inhérentes à cette procédure. C'est assez logique lorsqu'on sait que l'arbitre tire ses pouvoirs de la volonté conjointe des parties. Ainsi, tout règlement d'arbitrage se doit d'être adaptable. Néanmoins, l'absence de consécration de la confidentialité lors de la modification du règlement CCI en 2012 peut s'expliquer entre autre par la volonté de la CCI de convenir pour résoudre un arbitrage d'investissement.

Jean E. Kalicki<sup>79</sup> se pose la question de l'admissibilité d'*amicus curiae* dans le cadre d'une procédure CCI, et avance cette possibilité. Son opinion est supportée par celui de la CCI selon ses dires : « The ICC task force believed that if *both parties* agreed, a tribunal could admit *amicus* submissions under the general procedural discretion provided by Article 19(1). ». L'article 19(1) dispose en effet que dans le silence du règlement d'arbitrage, la procédure est réglée par l'accord de parties. Cependant, contrairement à la procédure de la CIRDI, si l'une des parties s'y oppose, rien ne peut l'y obliger.

L'influence de ce type d'arbitrage a conduit la CNUDCI à conduire des

---

<sup>77</sup> En 2011, sur 46 nouveau cas d'arbitrage d'investissement, 34 se déroulent avec le CIRDI, 6 avec UNCITRAL (UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note, 1 (2012), at [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf) (last visited 11 June 2013).

<sup>78</sup> Confidentiality in international commercial arbitration By Ileana M.Smeureanu, 2011 Wolters, Kluwer law & business, p. intro xvii

<sup>79</sup> Article de Jean E. Kalicki, "The prospects for Amicus Submissions, outside the ICSID Rules" datant du 14 septembre 2012 <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/09/14/the-prospects-for-amicus-submissions-outside-the-icsid-rules/>

travaux d'adaptation de son règlement en 2006 afin de se mettre en adéquation avec les exigences intrinsèques à l'arbitrage d'investissement<sup>80</sup>. Cela a conduit à la révision de 2010.

Cette procédure a aussi influencé les législateurs français. Le silence du décret de 2011 sur ce problème en arbitrage international est entre autres expliqué par cette volonté d'attirer les arbitrages d'investissement sur la place de Paris. Cette décision est regrettée par Philippe Cavaleros notamment qui aurait préféré la consécration de la confidentialité en arbitrage interne (comme c'est le cas) et en arbitrage international, assortie d'une exception relative aux arbitrages d'investissement.

De plus, les ONG se livrent à un véritable lobbying<sup>81</sup> très efficace en faveur de la transparence, pour éviter que la confidentialité soit utilisée par les investisseurs au détriment d'un gouvernement, et donc de l'intérêt général.

Les deux composantes de l'arbitrage international ont des positions contraires vis à vis de la transparence. Pour l'une elle est un principe, pour l'autre une exception. Cependant elles suivent un mouvement commun vers l'annihilation du secret.

## **B : La transparence comme exception en arbitrage commercial**

La confidentialité étant une caractéristique fondamentale de la procédure en arbitrage commercial dans la doctrine traditionnelle, les obligations de transparence sont donc des exceptions à ce principe. Cette affirmation vaut uniquement pour la vision classique, car pour ceux qui ont rejeté ce principe, la transparence ne peut être une exception alors que le principe n'est pas reconnu. La transparence comme exception prend de plus en plus d'importance dans la recherche d'un compromis entre la protection de la confidentialité, qui relève de l'intérêt privé des parties et les

---

<sup>80</sup> Influence constatée par le mémoire "L'Arbitrage Ohada à l'épreuve de l'Arbitrage Investisseur-Etat" par Cassius Jean SOSSOU Université de Genève Faculté de Droit et Hautes Etudes Internationales et du Développement – Master of Advanced studies in International Dispute Settlement 2008 §162

<sup>81</sup> Article Confidentialité et Arbitrage International : Un principe remis en question, par Arnaud de Gasté et Louis Deplanu: <http://www.village-justice.com/articles/Confidentialite-arbitrage,862.html>, dernière connection le 26/06/13

obligations de transparence, qui relèvent de l'intérêt général. Cette seconde est en expansion et les exceptions se multiplient. Ces obligations existent par exemple pour défendre l'intérêt d'actionnaires minoritaires ou pour protéger les droits de la défense. Après avoir décrit les différents types d'exceptions ( $\alpha$ ), leurs réglementations seront étudiées ( $\beta$ ).

#### $\alpha$ : Les différents types d'exceptions

L'article de George Burn et Alison Pearsal<sup>82</sup>, énumère trois types d'exceptions au principe de confidentialité.

La première concerne l'obligation de transparence qui peut advenir dans le cas d'un procès devant la justice étatique. En Angleterre ainsi qu'en Suisse, les règles procédurales ont été adaptées afin de préserver la confidentialité en cas de procès. Une certaine flexibilité dans l'assertion de l'obligation de communiquer les documents existe grâce au concept de « reasonable necessity » utilisé par la jurisprudence anglaise<sup>83</sup>. Cette exception est justifiée par la défense d'un droit en Angleterre (*Emmot*<sup>84</sup>) tandis qu'en Australie l'obligation de confidentialité a été alléguée comme inexistante dans le cas où la transparence était requise pour l'intérêt général. La Court of Appeal dans l'arrêt *City of Moscow*<sup>85</sup> considère qu'il faut trouver un équilibre entre l'intérêt des parties à la confidentialité et celui d'ordre public à la publicité des audiences. Les deux intérêts contraires peuvent se compenser en Angleterre, alors qu'en Australie l'intérêt général balaye l'intérêt particulier.

<sup>82</sup> Article « Exceptions to Confidentiality in International Arbitration » publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI en 2009, « Confidentiality in Arbitration »

<sup>83</sup> Lord Justice Potter dans *Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*, Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136 cité p.25 de l'article « Exceptions to Confidentiality in International Arbitration » publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI en 2009, « Confidentiality in Arbitration »

<sup>84</sup> *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.* [2008] EWCA Civ. 184 at [81] per Collins LJ.

*Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*, Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136

Les arrêts *Emmot* et *Ali Shipping* consacrent les mêmes exceptions au principe de confidentialité mais l'arrêt *Emmot* a été rendu dans un cas d'un procès étatique subséquent tandis que l'arrêt *Ali Shipping* établi les exceptions en cas d'arbitrage postérieur avec des parties différentes.

<sup>85</sup> *Department of Economics, Policy and Development of the City of Moscow v. Bakers trust Co. (City of Moscow)*, (2004), 3 WLR 533 CA

La seconde exception est l'obligation de transparence en cas de procédure en parallèle de la procédure arbitrale ou relative à celle-ci. La liste des exceptions en droit anglais en cas d'arbitrage postérieur a été donnée dans l'arrêt *Ali Shipping*<sup>86</sup>. Cette vision est stricte car l'exception est valide uniquement si la communication du document est nécessaire pour établir la preuve d'un droit matériel. De plus, cette solution s'applique uniquement aux cas d'arbitrage postérieur avec des parties différentes. Dans *Associated*<sup>87</sup>, qui concerne un second arbitrage avec les mêmes parties, la communication des pièces a été permise.

La troisième et dernière catégorie concerne les obligations légales de transparence.

Tout d'abord les États parties à un arbitrage peuvent être contraints de rendre public certains documents. C'est le cas de l'arbitrage d'investissement ou en matière commerciale en vertu d'une loi protégeant la liberté d'information des administrés. Des règlements institutionnels consacrent cette exception. Par exemple, le règlement d'arbitrage WIPO à l'article 73 et l'article 27.4 du règlement de l'AAA International Center for Dispute Resolution dispose que l'obligation de confidentialité peut être supprimée par l'application d'une loi. Ces lois d'information sont par exemple « The Australian Freedom of Information Act », selon laquelle les australiens peuvent demander l'accès aux documents de l'arbitrage s'il existe un intérêt public. L'United States Freedom Of Information Act (US FOIA) rend accessible au public les registres des différentes administrations américaines. Cependant l'Administrative Dispute Resolution Act de 1990 exclut l'application du US FOIA en cas d'arbitrage, sauf dans certaines circonstances<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> *Ali shipping Corporation v Shipyard 'Trogir'*, Court of Appeal, 1988 2 Ali E.R 136

<sup>87</sup> *Associated Electric & Gas Insurance Services Ltd v. European Reinsurance Co. of Zurich*, decision par le English Privy Council, 2003

<sup>88</sup> cité dans l'article « Exceptions to Confidentiality in International Arbitration » publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI en 2009, « Confidentiality in Arbitration » ADRA, 5 USC § 572 : liste des circonstances pouvant mener à une divulgation d'informations : “

- (1) the communication was prepared by the party seeking disclosure;
- (2) all parties to the dispute resolution proceeding consent in writing;
- (3) the dispute resolution communication has already been made public;
- (4) the dispute resolution communication is required by statute to be made public;
- (5) a court determines that such testimony or disclosure is necessary to – (A) prevent a manifest injustice; (B) help establish a violation of law ; or (C) prevent harm to the public health and

Ensuite, une certaine transparence est demandée lorsque des sociétés cotées sont impliquées. En effet, en droit français l'article 212-13 du Règlement Général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) oblige les sociétés cotées à publier un document de référence. Ce document permet d'assurer une meilleure transparence de la situation financière des sociétés sur les marchés réglementés, et ainsi d'assurer une certaine sécurité pour les investisseurs<sup>89</sup>. Ainsi, selon la recommandation de l'AMF sur les facteurs de risque du 29 octobre 2009, l'émetteur doit obligatoirement rendre publique l'existence de toute procédure pouvant affecter sa situation financière, et faire une provision dans le cas où il est probable qu'il soit condamné à payer des dommages et intérêts à la suite d'un jugement ou d'une sentence arbitrale. Ainsi, l'existence, l'évolution et la sentence de toute procédure arbitrale à laquelle une société cotée est partie doit être dévoilée. Cette obligation s'oppose à l'article 1464 du code de procédure civile en arbitrage interne, mais l'intérêt qu'elle protège étant l'intérêt général, elle neutralise le principe. En effet, « il est admis que le droit boursier peut neutraliser l'obligation de confidentialité à la charge des sociétés cotées parties à l'arbitrage en raison de la nécessité de protéger les investisseurs agissant sur les marchés réglementés »<sup>90</sup>. Cette obligation existe également dans le cadre du New York Stock Exchange.

L'importance de l'influence du droit bancaire sur la détermination des exceptions au principe de confidentialité a été relevé par Lord Justice Collins dans l'arrêt *Emmott*<sup>91</sup>. En effet les exceptions listées dans cet arrêt (similaires à celles d'*Ali Shipping* mentionnées ci-dessus, Partie I ; §1 ; B) sont inspirées des principes relatifs à la confidentialité bancaire (obligation légale, consentement, intérêt public, intérêt de la banque).

---

safety, or sufficient magnitude in the particular case to outweigh the integrity of dispute resolution proceedings in general by reducing the confidence of parties in future cases that their communications will remain confidential.”

<sup>89</sup> Repère par Arthur MILLERAND dans la Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2012, prat. 5, “Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre ?”

<sup>90</sup> F. Fages, La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière : Rev. arb. 2003, p. 5, cité dans *ibid.* Arthur MILLERAND

<sup>91</sup> *Emmott v. Michael Wilson & Partners Ltd.* [2008] EWCA Civ. 184 at [81] per Collins LJ.



Certaines obligations d'information pèsent également sur les associés majoritaires d'une société ou en cas d'opération de fusion acquisition. L'acheteur désire en effet connaître la situation de la société. Les directives de l'Union Européenne 2001/34/EC et 2008/22/EC demandent la publicité des faits qui peuvent avoir un impact sur la situation financière de la société. Dans ce cas, selon le Règlement WIPO, l'article 73(b) dispose que la communication d'information sur l'arbitrage est possible si justifiée par la bonne foi. Néanmoins, selon cette disposition, seuls les noms des parties et l'objet de la demande peuvent être communiqués aux futurs acquéreurs, conseils, associés minoritaires.

Enfin se pose la question de la protection des droits de propriété intellectuelle. Ceux-ci sont bien protégés dans l'article 52 du Règlement WIPO notamment, qui règle les arbitrages portant sur la propriété intellectuelle. Cependant, ces informations peuvent être nécessaires pour le calcul du montant de la sentence<sup>92</sup>.

#### β : L'impossible régulation des exceptions

Les exceptions sont nombreuses, variées et en général justifiées par l'intérêt général. L'existence de ces exceptions réduit donc l'impact du principe de confidentialité et fait la part belle à la transparence. La solution conseillée de façon unilatérale par la doctrine est de rédiger une clause de confidentialité lors de la rédaction de la clause compromissoire préférablement, c'est à dire le plus tôt possible, et de façon la plus détaillée possible, afin de prévoir toutes les options et d'adapter la clause aux faits de l'espèce. Nonobstant l'utilité prévisible pour les parties de l'attention donnée à cet aspect, l'insécurité juridique demeure à cause de l'impossibilité d'exhaustivité des exceptions.

En effet, les circonstances pouvant donner lieu à une obligation de transparence sont illimitées. Cette situation a été constatée par Michael Hwang et Katie Chung dans leur article « Protecting Confidentiality and its Exceptions-The Way Forward ? », publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI en 2009.

---

<sup>92</sup> Article "Protecting Confidentiality and its Exceptions- The Way Forward?" par Michael Hwang et Katie Chung, publié dans le supplement special au bulletin de la CCI en 2009.

Les auteurs mentionnent la position difficile dans laquelle ont été les législateurs anglais dans le processus d'élaboration de l'English Arbitration Act de 1996. Le Departmental Advisory Committee on Arbitration Law (DAC) a voulu consacrer le principe de confidentialité dans la loi. Il a renoncé car « it would be too difficult to do so because « the exceptions to confidentiality are manifestly legion and unsettled in part » »<sup>93</sup>. En effet, le DAC conclue que la consécration d'un principe créerait du contentieux supplémentaire, d'une part à cause des exceptions et d'autre part à cause de la détermination des sanctions et de ses moyens d'exécution. Le comité préfère s'en remettre aux règles des institutions arbitrales et aux décisions au cas par cas des cours de justice.

La Nouvelle-Zélande a, quant à elle, consacré le principe et établi une liste d'exceptions en 1996 dans une loi. La commission des lois néo-zélandaise a réitéré cette solution en 2007, même si elle a constaté qu'aucune disposition législative ne pourrait être parfaite et qu'il faudra adapter la loi au cas par cas<sup>94</sup>. Selon les auteurs<sup>95</sup>, cet article appréhende bien la problématique.

Michael Hwang et Katie Chung mentionnent ensuite les lois nationales et les règlements institutionnels consacrant la confidentialité et mentionnant des exceptions au principe. Ces différentes réglementations ont été appréhendées dans la première partie de ce mémoire, et une étude détaillée de toutes les dispositions n'apporterait pas à l'analyse globale de l'évolution de cette matière.

De manière plus intéressante cependant, les auteurs décrivent ensuite le rôle et l'efficacité des clauses contractuelles de confidentialité. Celles-ci semblent être acceptées comme la solution à l'incertitude et l'insécurité juridique, à la condition qu'elles soient bien appréhendées et rédigées. Cependant, les auteurs émettent un doute sur la réelle efficacité de cette solution : « it would be impossible (for the

---

<sup>93</sup> DAC Report, § 16, cité dans l'article "Protecting Confidentiality and its Exceptions- The Way Forward?" par Michael Hwang et Katie Chung, publié dans le supplement special au bulletin de la CCI en 2009.

<sup>94</sup> New Zealand Law Commission. Report 83. Improving the Arbitration Act 1996. February 2003 (Robertson Report), cité dans *ibid.* Michael Hwang et Katie Chung

<sup>95</sup> *ibid.* Michael Hwang et Katie Chung, p.44

parties) to provide for all exceptions to confidentiality, as there will always be situation that are not covered by the stipulated exceptions ».

De plus, l'incertitude des sanctions de l'obligation réduit l'efficacité de la clause. Les parties peuvent prévoir une clause pénale assortie au non respect de l'obligation, mais se pose alors le problème des moyens d'exécution de cette sanction<sup>96</sup>.

Ainsi, la codification ne peut être qu'imparfaite. Il ne faut pas établir une liste limitative d'exception, au risque de ne pas toute les couvrir. La meilleure solution est d'inciter les parties à prévoir une clause assez complète, pouvant être basée sur la loi néo-zélandaise. Celle-ci devrait prévoir la possibilité de se référer sur la matière au tribunal arbitral ou aux tribunaux étatiques afin qu'ils règlent le problème au cas par cas.

---

<sup>96</sup> La même réflexion a été faite par le DAC, voir ci-dessus

## **§2 : les justifications et critiques de cette évolution**

Certains prônent un changement nécessaire de la procédure (A), tandis que d'autres luttent contre cette transformation (B).

### **A : Un changement nécessaire**

Le pas vers la transparence de la procédure est constaté par de nombreux auteurs et praticiens<sup>97</sup>. L'un d'entre eux se livre à un plaidoyer en faveur de ce changement qui expose la nécessité de l'évolution de l'arbitrage pour sa propre survie<sup>98</sup>. L'auteur prend le contre-pied de Serge Lazareff notamment, qui associe indéfectiblement la confidentialité à la procédure<sup>99</sup>. Il argumente contre le secret qui sert les intérêts privés au détriment de l'intérêt général. Il plaide donc en faveur de l'inversion du principe et de l'exception.

Il est vrai que les circonstances actuelles<sup>100</sup> montrent le pire exemple de dérive. Aller vers la transparence est peut être nécessaire pour rendre une décision équitable et légitime. Jeremy Bentham<sup>101</sup> n'avait pas tort au vu de l'actualité de dire : « where there is no publicity there is no justice ».

---

<sup>97</sup> Citations trouvées dans l'article: CAPJ A2012-3-002 Cahiers de l'Arbitrage, 01 Juillet 2012 n° 3, P. 583 - The time has come: A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO: "Arbitration proceedings are less and less confidential" – Yves Derains, "Evidence and Confidentiality", in "Confidentiality in Arbitration – 2009 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin", p. 57 ; "Long term, we are likely to see confidentiality become the exception rather than the rule" – Brooks W. Daly in the preface to Ileana M. Smeureanu: "Confidentiality in International Arbitration", (2011).

<sup>98</sup> Ibid. Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO

<sup>99</sup> "If, as Ihering wrote, form is the twin sister of freedom, then confidentiality is the twin sister of arbitration", dans §1 de l'article "Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections", publié dans le Supplément Spécial au Bulletin de la CCI en 2009.

<sup>100</sup> Référence à l'arbitrage Tapie-Crédit Lyonnais, qui défraie la chronique actuellement: article dans Le point du jeudi 20 juin 2013: "Une affaire d'État", pp. 39- 49

<sup>101</sup> "In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks, applicable to judicial injustice, operate. Where there is no publicity there is no justice" Jeremy Bentham, "Constitutional Code, Book II, ch. XII, sect.

Comme le remarque Juan Fernández-Armesto<sup>102</sup>, la tendance générale actuelle est à la démocratie, à la liberté et à l'information pour tous. La justice étatique est publique pour assurer son impartialité. De plus, nous vivons une période de révolution culturelle, où le progrès technologique a rendu l'information gratuite, disponible et immédiate. L'information peut maintenant être fournie par tout le monde, à tous, tout le temps. Cette disponibilité de l'information a fait naître une soif de savoir et a suscité des intérêts dans tous les domaines. Par exemple, le CIRDI a fait le choix de publier les noms des parties, des arbitres et l'état d'avancement de la procédure. Cela a fait naître une attente très forte du public pour connaître le dénouement de l'affaire<sup>103</sup>.

Cette transformation sociale a eu un impact sur la pratique de l'arbitrage, avec la multiplication des exceptions, des obligations de transparence, et l'attaque du sacro-saint principe de confidentialité. Cette évolution forcée conduit à un état très peu satisfaisant des réglementations sur la confidentialité en arbitrage international. Les règles sont hétérogènes, le principe incertain, l'insécurité juridique règne : « the results has been schizophrenic »<sup>104</sup>.

Le changement est inévitable selon l'auteur. Il augmenterait l'efficacité, la légitimité et la cohérence de la procédure d'arbitrage. Ana Del Palacio<sup>105</sup> pense que la légitimité et l'efficacité sont les caractéristiques d'un bon arbitrage, ce qui soutient les propos de Juan Fernández-Armesto en faveur de l'amélioration de ces deux aspects.

---

XIV" in "The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of ... John Bowring", IX, (1843), p. 493.

<sup>102</sup> op.cit. Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO

<sup>103</sup> Emmanuel GAILLARD dans « *L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements* », Revue de l'arbitrage 2003 - N° 3. P. 857. Cité dans le mémoire de Cassius Jean Sossou, « *l'Arbitrage Ohada à l'épreuve de l'arbitrage investisseur-Etat* », Université de Genève Faculté de Droit et Hautes Etudes Internationales et du Développement- Master of Advanced Studies in International Dispute Settlement 2008.

<sup>104</sup> Op. cit.

<sup>105</sup> Ibid §5

La transparence augmenterait l'efficacité de la procédure car, comme l'auteur le montre en citant Gary Born<sup>106</sup> : « publication of arbitral awards might have positive effects on the quality of decision-making (and decision-explaining), because tribunals would have greater incentives to make defensible, persuasive and careful decisions ». Il poursuit en disant que la rapidité de la procédure devrait progresser également, car les arbitres voudront montrer qu'ils peuvent prendre des décisions rapidement.

La légitimité de ce mode de règlement des conflits bénéficierait aussi de ce changement. Selon l'auteur, le secret et le fait que l'arbitrage soit exercé par un cercle fermé « d'afficionados » n'aide pas les clients potentiels à avoir confiance en cette procédure. Il plaide en faveur d'une ouverture et d'une expansion de l'arbitrage, qui ne serait plus qu'un « gentlemen's agreement » mais deviendrait une procédure plus ouverte, publique et réglementée. Il désire que le marché de l'arbitrage s'étende, et la transparence serait selon lui une arme pour sa compétitivité.

Enfin, la transparence permettrait la cohérence. En effet, la publication des sentences créerait une véritable jurisprudence, une « rule of law », ce qui augmenterait la qualité des décisions car elles seront justifiées par des décisions antérieures. Cela accroîtrait aussi la sécurité juridique pour les parties, ce qui constitue un argument supplémentaire pour les clients potentiels encore trop frileux.

L'auteur appréhende ensuite dans son article<sup>107</sup> les inconvénients de la transparence et les justifications de la confidentialité. Il mentionne que la confidentialité est regardée comme une des caractéristiques et un des atouts principaux de la procédure. Cet état de fait est pour lui un « unproven myth ». Juan Fernández-Armesto argumente son propos en disant que les sondages menés auprès des sociétés sont biaisés car ils n'interrogent que celles ayant déjà été parties à un arbitrage. Il est clair que l'auteur veut réellement agrandir le cercle des parties. Il avance subséquemment le fait qu'aucune partie n'ait jamais refusé d'aller devant un tribunal étatique pour demander l'exécution de la sentence ou son annulation afin

---

<sup>106</sup> Ibid §5

<sup>107</sup> Ibid §6

d'éviter la divulgation d'information. Cela montre selon lui le caractère secondaire de la confidentialité. Par ailleurs, il prend pour exemple l'arbitrage en matière maritime qui est très répandu et non confidentiel. Enfin, selon lui, le fait que les clauses de confidentialité soient rares montre le désintéressement des parties pour cet aspect.

La solution pour l'auteur<sup>108</sup> serait premièrement que les institutions publient une liste des arbitrages en cours, les parties à celui-ci, l'objet du litige, les noms des arbitres, comme le fait déjà le CIRDI. Cela permettrait de révéler les cas de partialité ou de conflit d'intérêts. Deuxièmement, la publication des sentences devrait être la règle par défaut. Ce serait uniquement en cas d'opposition des parties à cette divulgation qu'elles devraient rester secrètes. L'auteur consacre bien le fait que la procédure soit basée sur l'accord des parties. Il prône donc le respect de la volonté expresse de confidentialité. Il préconise un régime « opt in », dans lequel la transparence serait le principe et le secret l'exception.

L'auteur conclut en disant que la transparence ou le secret n'est en fait pas un facteur décisif lors de la prise de décision de compromettre : « Arbitration is chosen if users perceive it as a fair, impartial, predictable and efficient adjudication system, to be preferred to the local courts ». De plus, nous avons déjà constaté l'inefficacité des sanctions d'un non respect de l'obligation. La sentence ne sera en aucun cas annulée en cas de divulgation d'informations, la partie lésée pourra uniquement recevoir des dommages et intérêts<sup>109</sup>.

Faut-il abandonner le principe de confidentialité aux motifs qu'il est d'une importance contestable et qu'il nuit à l'attractivité de la procédure ? Certains auteurs sont complètement opposés à cette évolution, ce qui montre qu'il faut peser les bénéfices et inconvénients avant tout changement radical.

---

<sup>108</sup> Ibid §4

<sup>109</sup> "Confidentiality and Arbitration: Theoretical and Philosophical Reflections", par Serge Lazareff dans le Supplément Spécial au Bulletin de la CCI 2009.

**B : Un changement contesté.**

Serge Lazareff<sup>110</sup> espère que l'arbitrage commercial va demeurer confidentiel, qu'il ne sera pas influencé par l'arbitrage d'investissement. Il ne semble pas avoir été entendu. Il a cette réflexion simple et pragmatique sur le fait de regarder à qui profite la transparence et à qui profite la confidentialité. Nous avons vu que la transparence est justifiée par l'intérêt public. Cependant elle bénéficie également aux arbitres et avocats des parties, car elle leurs assure une certaine publicité, au détriment de l'intérêt des parties pour qui le secret protège leur position économique. Il poursuit : « just think what would happen if hearings were open to all and if requests, briefs and evidence were freely available in the media and on the internet. Imagine the situation if company accounts, know how, reports of negotiations and internal correspondence were divulged to the general public ». Le secret est inhérent au commerce, aux affaires, et l'arbitrage répond à ce besoin. L'auteur semble pointer du doigt l'hypocrisie des défenseurs de la transparence, à qui elle va profiter bien plus qu'aux clients : « after all, what do arbitrators want, other than that their awards become known ? And what do counsel want, other than that that it be know that they acted in such and such a big case? This is irrelevant to businesses. Their concern is to gave their dispute resolved discreet, in accordance with law and with that little extra that characterizes arbitration ».

Paula Hodges<sup>111</sup> a publié une réponse à l'article de Juan Fernandez-Armesto qui argumente en faveur de la confidentialité. Elle commence son article par des citations qui appuient son propos, en réponse aux citations d'Armesto<sup>112</sup>. Ensuite la

---

<sup>110</sup> Ibid

<sup>111</sup> CAPJA 2012-3-003, Cahiers de l'Arbitrage, 01 Juillet 2012 numero 3, p.589 “ The perils of complete transparency in international arbitration – should parties be exposed to the glare of publicity?”, Paula Hodges

<sup>112</sup> Voici les citations dans l'article : “Confidentiality plays an essential role in fulfilling the objectives of an international arbitration agreement” – Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2279.

“[I]f some Machiavelli were to ask on the best method of driving international commercial arbitration away from England... the best way [would be]... to announce that English law no longer regarded...privacy and confidentiality... as fundamental characteristics of the agreement to arbitrate” – Patrick Neill, *Confidentiality in Arbitration*, 12-3 Arb. Int'l 287, 315 (1996) cited in Ileana



constatation de l'avènement de la société d'information est prise à contre-pied de son « adversaire ». Elle pense justement que la protection de la vie privée ou de la vie des affaires est primordiale et de plus en plus recherchée. Elle est maintenant un enjeu capital à cause de l'évolution de la société.

Selon l'auteur qui répond à l'argument de l'augmentation de l'efficacité de la procédure grâce à la transparence, celle-ci est en fait renforcée par la confidentialité. Elle permettrait en effet une certaine indépendance des arbitres par rapport à la presse et à l'opinion publique qui ont une grande force de persuasion. Elle augmenterait ainsi l'efficacité et la neutralité de la procédure. De plus, lorsqu'un brevet, un secret technique ou commercial, est impliqué dans l'arbitrage, il est primordial qu'il soit protégé de tout risque de divulgation, notamment à l'heure actuelle où le progrès technologique joue un grand rôle dans la compétitivité des entreprises.

L'auteur argumente ensuite contre le bénéfice de la constitution d'une jurisprudence arbitrale. Selon elle une jurisprudence n'est pas utile en raison de la diversité des lois appliquées et de l'absence de hiérarchie entre les tribunaux contrairement à la justice étatique. Elle pense que cela allongerait encore les délais et les coûts, car la masse de travail serait plus importante pour rendre chaque sentence.

Paula Hodges s'appuie sur le sondage publié en 2010 par l'Université de Queen Mary, qui démontre clairement que la confidentialité est importante pour les utilisateurs (voir Partie I ; §1 ; A). Elle montre aussi la différence claire entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage d'investissement en citant un commentateur<sup>113</sup>

---

M. Smeureanu (ed.), *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 22 (Kluwer Law International 2011), p. XV.

*“The extent to which arbitration proceedings, the content, the nature of the dispute and all aspects of arbitration remain confidential is... a matter of agreement of the parties”* – Dr. Julian Lew, “The Case for Publication of Arbitration Awards”, in *The Art of Arbitration – Essays on international Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders*, 12 september 1912, 1982, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, at 223; cité dans Ileana M. Smeureanu (ed.), *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 22, Kluwer Law International, 2011, p. XVI.

<sup>113</sup> Buys, *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, 14 Am. Rev. Int'l Arb. 121, 134 (2003), cited in Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 2272, cité dans CAPJA 2012-3-003, Cahiers de l'Arbitrage, 01 Juillet 2012

: « [t]he arguments in favour of decreasing confidentiality and increasing transparency are more compelling with respect to arbitrations involving a State party than with respect to arbitrations involving private commercial parties ».

Elle tacle la transparence, en concluant sur le fait qu'une telle évolution empêcherait les décisions individuelles et adaptées au cas par cas, augmenterait les pressions de la presse, la durée et les coûts au détriment des utilisateurs de l'arbitrage.

Donc le principe de confidentialité n'est pas absolu et est appliqué de manière hétérogène en droit comparé. Une évolution homogène en faveur de la transparence se fait sentir sous l'influence de l'arbitrage d'investissement et de la société d'information. Le débat est vif entre les partisans et détracteurs de la confidentialité. La solution semble se trouver dans les mains des parties à l'arbitrage. Leur volonté doit primer si cela ne contrevient pas à un impératif d'ordre public. Il faut donc dans ce contexte incertain et de controverse informer les parties de cet enjeu et les inciter à adopter des clauses complètes et adaptées. C'est aussi la solution retenue notamment par Ileana M. Smeureanu dans sa conclusion<sup>114</sup>.

---

numero 3, p.589 “ The perils of complete transparency in international arbitration – should parties be exposed to the glare of publicity?”, Paula Hodges

<sup>114</sup> Confidentiality in international commercial arbitration, par Ileana M.Smeureanu, 2011 Wolters Kluwer law & business, conclusion

## **Bibliographie**

### Ouvrages :

Gérard CORNU : Vocabulaire Juridique, Association Capitant, 2005

Ilena M. SMEUREANU : « Confidentiality in international commercial arbitration », Wolters Kluwer Law & Business, 2011

Thomas CLAY : L'arbitre, Dalloz, 2001

Alan REDFREN, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES : Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell, 4<sup>th</sup> ed, 2004

René DAVID: "Arbitrage et Droit Comparé". Dans la Revue International de Droit Comparé. Vol. 11 Num 1, Janvier-Mars 1959. Pp. 5-18. Doi : 10.3406/ridc.1959.12217

Jeremy BENTHAM : "Constitutional Code, Book II, ch. XII, sect. XIV" in "The Works of Jeremy Bentham, published under the superintendence of ... John Bowring", IX, (1843), p. 493.

### Articles :

Thomas CLAY : Gazette du Palais, 15 février 2011 n° 46, P. 6 « Arbitrage : regards croisés d'un arbitre et d'un directeur juridique »

Serge LAZAREFF : « Confidentiality and Arbitration : Theoretical and Philosophical Reflections » publié dans le Supplément spécial du Bulletin 2009 de la Chambre de Commerce Internationale.

Bulletin d'Arbitrage International, Allen & Overy, 1er Décembre 2012, sur *The Louis Berger Group Inc/Black & Veatch Special Projects Corp, Joint Venture v Symbion Power*, LLC ICC No 16383/VRO

Jean Claude NAJAR : Gazette du Palais, 15 février 2011 n° 46

Steven KOURIS : Confidentiality: is International Arbitration losing one of its major benefits? , 22 J.Int'l.Arb. 127 (2005)

Stephan BALTHASAR : Post du 3 février 2012 sur le site internet Kluwer Arbitration Blog : "Kingsbridge Capital Advisors v. AlixPartners: What Confidentiality in Arbitration?" <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/02/03/kingsbridge-capital-advisors-v-alixpartners-what-confidentiality-in-arbitration/>

Emmanuel GAILLARD : “Le principe de confidentialité de l’arbitrage commercial international”, Recueil Dalloz Sirey, 1987

Emmanuel GAILLARD : « L'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements », Revue de l'arbitrage 2003 - N° 3. P. 856.

Antonias DIMOLITSA: “Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration” dans le Supplément Spécial au Bulletin de la CCI, 2009

Ileana M. SMEUREANU : Kluwer Arbitration Blog, “Confidentiality in Arbitration revisited: protective orders in the Philippines”, 4 nov 2011.  
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/11/04/confidentiality-in-arbitration-revisited-protective-orders-in-the-philippines/>

Justin D’AGOSTINO: Kluwer Arbitration Blog, “New Hong Kong Arbitration Ordinance comes into effect” <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2011/06/01/new-hong-kong-arbitration-ordinance-comes-into-effect/>

Juan FERNÁNDEZ-ARMESTO : CAPJA2012-3-002 Cahiers de l’Arbitrage, 1er Juillet 2012 n° 3, P. 583 The time has come: A Plea for Abandoning Secrecy in Arbitration

Jan PAULSSON & Nigel RAWDING : The trouble With Confidentiality, 11-3 Arb. Int’l 131, 1995

Georgios PETROCHILOS: article CAPJA2011-1-005, Cahiers de l'Arbitrage, 01 janvier 2011 n° 1, P. 51 - “The ILA Tackles Confidentiality The 2010 ILA Findings and Recommendations on Confidentiality

Dany KHAYAT: Commentaire [http://rs.sqdi.org/volumes/19.1\\_cirdi.pdf](http://rs.sqdi.org/volumes/19.1_cirdi.pdf), dans la revue Québécoise de droit international, 2006, 19.1, p 294

Arnaud de GASTÉ et Louis DEPLANU : article “Confidentialité et arbitrage international: Un principe remis en question”, par. <http://www.village-justice.com/articles/Confidentialite-arbitrage,862.html>

Jean E. KALICKI : “The prospects for Amicus Submissions, outside the ICSID Rules” datant du 14 septembre 2012  
<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/09/14/the-prospects-for-amicus-submissions-outside-the-icsid-rules/>

George BURN et Alison PEARSAL : « Exceptions to Confidentiality in International Arbitration » publié dans le Supplément Spécial du Bulletin de la CCI en 2009, « Confidentiality in Arbitration »

Arthur MILLERAND : repère dans la Revue de Droit bancaire et financier n° 5, Septembre 2012, prat. 5, “Transparence financière pour les sociétés cotées et confidentialité des procédures d'arbitrage : quel équilibre ?”

F. FAGES : La confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière : Rev. arb. 2003

Michael HWANG et Katie CHUNG: Article “Protecting Confidentiality and its Exceptions- The Way Forward?” publié dans le supplement special au bulletin de la CCI en 2009.

Paula HODGES : Cahiers de l'Arbitrage, 01 Juillet 2012 numero 3, p.589 “ The perils of complete transparency in international arbitration – should parties be exposed to the glare of publicity?”

Gary B. BORN: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2009, p. 2279.

Patrick NEILL : Confidentiality in Arbitration, 12-3 Arb. Int'l 287, 315 (1996)

Dr. Julian LEW : “The Case for Publication of Arbitration Awards”, in The Art of Arbitration – Essays on international Arbitration – Liber Amicorum Pieter Sanders, 12 september 1912, 1982, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982, at 223;

BUYS : The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration, 14 Am. Rev. Int'l Arb. 121, 134, 2003

Yves DERAIS, “Evidence and Confidentiality”, in “Confidentiality in Arbitration – 2009 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin”

Emmanuel BERRETTA : Article dans Le point du jeudi 20 juin 2013: “Une affaire d'État”, pp. 39- 49

Autres sources :

Jose CARLOS FERNANDEZ ROZAS : Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009 édités par Andrea Bonomi et David Bochatay « Arbitrage interne et international: la réglementation soi-disant unitaire en Espagne »

2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, par White & Case, QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON et SCHOOL OF INTERNATIONAL ARBITRATION

Cassius Jean SOSSOU: mémoire “L'Arbitrage Ohada à l'épreuve de l'Arbitrage Investisseur-Etat” par Université de Genève Faculté de Droit et Hautes Etudes Internationales et du Développement – Master of Advanced studies in International Dispute Settlement 2008

New Zealand Law Commission. Report 83. Improving the Arbitration Act 1996. February 2003 (Robertson Report)

UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA Issues Note, 1 (2012), at [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10_en.pdf) (last visited 11 June 2013).