



École doctorale n° UMR 8103 - ISJPS

Unité de recherche : (IREDIES EA2490)

Thèse de doctorat

Présentée en vue de l'obtention du

grade de docteur en droit privé

de

L'UNIVERSITÉ PARIS I SORBONNE

par

BITHO THEODORE – ALEXANDRE DE NIKA

Titre de la thèse : **LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE
COMMERCIAL INTERNATIONAL**

Dirigée par le Professeur Alain COURET

Soutenue le 9 Janvier 2020

Devant le jury composé de :

| | | |
|----------------------------|-------------------------------------------------|-------------|
| Yann PACLOT | Professeur, Université. Paris 11 | Président |
| Thomas CLAY | Professeur, Université Paris I Sorbonne | Examinateur |
| Arnaud REYGROBELLET | Professeur, Université Paris Nanterre | Rapporteur |
| David ROBINE | Professeur, Université Paris Nanterre | Rapporteur |
| Alain COURET | Professeur émérite, Université Paris I Sorbonne | Membre |

*A mon épouse Tosha
Qui a donné un objectif à ma vie,
A nos deux étoiles Nika et Justus qui motivent notre combat et font ici-bas toute notre joie
A mon Père et à ma Mère qui sont rentrés dans le silence.*

Remerciements

Pour la direction de cette thèse et la relecture du manuscrit, je remercie de tout mon cœur le Professeur Alain COURET qui en dépit de ses nombreuses activités, a accepté d'accomplir cette tâche, d'en améliorer la qualité grâce à ses observations pertinentes. Je salue sa patience.

J'exprime aussi ma profonde reconnaissance au Professeur Marie-Danielle SCHÖDERMEIER pour avoir cru en moi.

Au Professeur Yves CHAPUT pour son soutien indéfectible, lequel a abouti à la réalisation de cette œuvre qui, je l'espère, pourra rendre service aux arbitragistes.

Et enfin, que soient remerciés tous les membres du jury pour leur précieux appui.

Liste des abréviations

| | |
|------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ADPIC | : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce |
| ALENA | : Accord de Libre échange Nord-Américain |
| AUA | : Acte uniforme sur l'arbitrage |
| AUS | : Acte uniforme portant organisation des sûretés |
| Bull. CCI | : Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale |
| CA | : Cour d'appel |
| Cah. arb. | : Cahiers de l'arbitrage |
| CADHP | : Charte africaine des droits de l'homme et des peuples |
| Cass. ass. plen | : Assemblée plénière de la Cour de cassation française |
| Cass. ch. mixte | : Chambre mixte de la Cour de cassation française |
| Cass. civ. | : Chambre civile de la Cour de cassation française |
| Cass. com. | : Chambre commerciale de la Cour de cassation française |
| Cass. crim | : Chambre criminelle de la Cour de cassation française |
| CCC | : Contrats Concurrence Consommation |
| CCJA | : Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA |
| CAI | : Cour d'Arbitrage International |
| CAM CA | : Centre d'Arbitrage Commercial de Médiation pour les Amériques |
| CCI | : Chambre de Commerce International |
| CEDH | : Cour européenne des droits de l'homme |
| COCC | : Code des obligations civiles et commerciales |
| CNUDCI | : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International |

| | |
|-----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| CVIM | : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises |
| D | : Recueil Dalloz |
| EPA | : U.S Environmental Protection Agency |
| IDE | : Investissement Direct Etranger |
| GAJC | : Grands arrêts de la jurisprudence civile |
| JADA | : Journal Africain du Droit des Affaires |
| JCP. éd G | : La semaine juridique édition générale |
| JCP. éd. E. | : La semaine juridique édition entreprise |
| JDI | : Journal du droit international |
| OCDE | : Organisation de Coopération et de Développement Économique |
| OHADA | : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires |
| OMPI | : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle |
| PA | : Petites affiches |
| RDAI | : Revue de droit des affaires internationales |
| RDC | : Revue des contrats |
| RDIDC | : Revue de droit international et de droit comparé |
| RDU | : Revue de droit uniforme |
| RDUA | : Revue de droit uniforme africain |
| Rev. arb. | : Revue de l'arbitrage |
| Rev. crit. DIP | : Revue critique de droit international privé |
| R&D | : Recherches & Développement |
| RIDC | : Revue internationale de droit comparé |
| RJC | : Revue de jurisprudence commerciale |
| RJDA | : Revue de jurisprudence de droit des affaires |
| RTD. com. | : Revue trimestrielle de droit commercial |
| UTSA | : Uniform Trade Secrets Act |
| UE | : Union Européenne |

Résumé

L'importance des secrets d'affaires dans l'essor de l'économie mondiale n'est plus à démontrer. Ils sont selon les indicateurs les plus fiables, la partie la plus importante du patrimoine des sociétés qui détiennent les plus grandes fortunes du monde. Mais force est de constater que leur protection dans l'arbitrage commercial international est peu effective. Ils sont victimes de divulgations licites ou illicites qui les exposent.

Pour une meilleure protection des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale, des mesures correctives sont nécessaires. Ces mesures doivent concourir à redéfinir un cadre juridique pratique dont le fondement et la justification sont la protection de l'information qui a une valeur commerciale et économique. Pour ce vaste chantier, la contribution des usagers et praticiens de l'arbitrage commercial international est indéniable mais celle des Etats est indispensable.

Abstract

The importance of trade secrets in the development of the global economy is well established. They are according to the trusted indicators, the most important part of the asset of the companies that hold the greatest fortunes in the world. However it is important to note that their protection during litigation proceedings in the international commercial arbitration is highly inefficient. They are victims of legal or illegal disclosures that expose them.

For a better protection of the trade secrets during an arbitration proceeding in international arena, corrective measures are necessary. These measures must contribute to redefining a practical legal framework, a basis and justification of the protection of information of commercial and economic value. For this vast project, the contribution of users and practitioners of international commercial arbitration is undeniable but that of States is indispensable.

Sommaire

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| INTRODUCTION | 9 |
| PREMIERE PARTIE: L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL | 34 |
| TITRE I : LE RÉGIME DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL..... | 36 |
| CHAPITRE I : LES SECRETS COMMERCIAUX..... | 38 |
| CHAPITRE 2 :LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX..... | 96 |
| CONCLUSION DU TITRE I | 139 |
| TITRE II :LES OBSTACLES A UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL | 140 |
| CHAPITRE I : L'ABSENCE DE CONCEPTUALISATION DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITÉ | 141 |
| CHAPITRE II :L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES DURANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE..... | 186 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 227 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE | 228 |
| PARTIE II :LES PARAMETRES D'UN REGIME JURIDIQUE POUR UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL..... | 229 |
| TITRE 1 : SEPARER LE FUTILE DE L'UTILE POUR UNE APPLICATION EFFECTIVE DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL..... | 231 |
| CHAPITRE 1 :LA NECESSITE D'UNE CONCEPTUALISATION CONVENTIONNELLE DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE AU PLAN INTERNATIONAL..... | 234 |
| CHAPITRE 2 : LES PILIERS D'UNE PROTECTION EFFECTIVE DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES | 276 |
| CONCLUSION DU TITRE I | 309 |
| TITRE 2 : .LA NECESSITE D'UNE PROTECTION DEROGATOIRE DES SECRETS COMMERCIAUX EN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL..... | 310 |
| CHAPITRE I : L'ORGANISATION D'UN ENVIRONNEMENT LEGAL PROPICE A LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES | 312 |
| CHAPITRE 2 : L'IMPORTANCE D'UN REGIME DEROGATOIRE D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE INHERENTE AUX SECRETS D'AFFAIRES..... | 340 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 376 |

| | |
|----------------------------------------------|------------|
| CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE..... | 377 |
| CONCLUSION GENERALE | 378 |
| BIBLIOGRAPHIE | 381 |
| INDEX ALPHABÉTIQUE..... | 402 |
| TABLE DES MATIERES | 408 |

INTRODUCTION

1. **Le Commerce International**¹: depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le commerce mondial a connu une expansion sans précédent². Dans cette économie désormais globalisée, largement structurée par les échanges, le commerce international s'est imposé aux Etats et aux peuples par la force des échanges dont le contenu et la portée dépassent de loin les frontières nationales. Les lois nationales relatives surtout aux affaires ont progressivement fait la part belle à ce qu'il est admis aujourd'hui d'appeler le droit du commerce international, droit qui régit les échanges commerciaux au plan international. Pour messieurs Jacquet et Delebecque : « *Les échanges de marchandises et de biens matériels, les mouvements de capitaux, les délocalisations, la transnationalisation des entreprises et des activités sont devenus la toile de fond de notre information quotidienne* »³. Le volume du commerce mondial de marchandises⁴ a été multiplié par quinze entre 1950 et 1960 et a triplé entre la date (Novembre 1989) de la chute du Mur de Berlin⁵ et 2010.
2. La transformation du commerce mondial est en cours depuis un certain temps⁶. Le Français

¹ Le commerce international est l'échange de biens, de services et capitaux entre pays. Ce type de commerce existe depuis des siècles, mais il connaît un nouvel essor du fait de la mondialisation économique.

² R. SANDRETTO, *Le commerce international*, Paris, 1995, p. 8 et s, du même auteur, « Le commerce mondial, un panorama », in *L'économie mondiale*, La Documentation Française, cahiers français n° 1995, p. 3 et s.

³ J.- M. JACQUET ET PH. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, 3^e édition, 2014, p.1 et s.

⁴ Tout produit (denrées, matières premières, objets manufacturés) susceptibles d'être vendus en gros ou au détail. Une marchandise est un objet qui est produit ou acheté en quantité pour être revendu publiquement avec un bénéfice. La mise en vente publique de marchandises semblables ou substituables constitue un marché. En principe, les marchandises sont des biens corporels, mais par extension, on parle de services marchands pour désigner des services standardisés qui sont produits et vendus publiquement dans les mêmes conditions que des marchandises. Cette extension maximale du secteur marchand à toutes les activités économiques non commerciales (artisanat, professions réglementées, médecine, arts, religions, éducation, police,...), est une conséquence de l'action politique militante de l'Organisation Mondiale du Commerce. La vente de marchandises s'opère sur la base d'un prix, parfois aussi appelé « valeur d'échange » ou « valeur marchande », par opposition aux deux autres composantes de la formation des prix : la valeur d'usage et le coût de production. On note à ce sujet qu'il existe diverses théories économiques définissant une valeur des biens, considérée parfois différente du prix. Un sens plus restreint se réfère à des matières et produits de base banalisés et standardisés, échangés et utilisés couramment en grandes quantités (le terme anglo-saxon de "commodités" est parfois alors utilisé). Exemple : Bourse des marchandises. <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/marchandise>, consulté le 20 avril 2016.

⁵ <http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://www.cpb.nl/en/dataoverview/worldtrademonitor&title=%5B1%5D>. (20 avril 2013).

⁶ P. LAMY, Directeur général de L'Organisation Mondiale du Commerce, Togo Presse, Grand quotidien national d'information, 2014, n° 9260, p. I et s. 18 Mai 2014.

Pascal Lamy, en son temps, directeur général de l'OMC⁷ (Organisation Mondiale du Commerce) illustre cette nouvelle réalité à travers sa déclaration : « L'émergence de certains pays en développement en tant qu'acteurs clés et véritables parties prenantes au dialogue mondial sur le commerce et l'économie est un aspect fondamental de cette nouvelle réalité géopolitique. Ces puissances émergentes — la Chine, l'Inde, le Brésil, le Mexique, l'Indonésie, la Malaisie, l'Afrique du Sud, la Thaïlande, le Chili, la Turquie — ne se laissent plus dicter les politiques. De plus en plus, ces pays influencent la structure et la portée du commerce international, créant de nouveaux mouvements d'offre et de demande, et jouant de leur influence dans les organisations internationales.

L'influence croissante des économies émergentes a modifié l'équilibre des pouvoirs. Certains pourront voir cela comme un problème, mais peut-être faut-il mieux l'envisager comme une opportunité, ... »⁸.

Dans cette croissance du commerce mondial, les propriétés intellectuelles jouent un rôle moteur. La Banque Mondiale a rapporté que : « depuis 1980, le plus grand gain économique a été réalisé par des nations en développement qui ont de manière agressive ouvert leurs économies aux technologies et méthodes d'affaires et protégé la propriété intellectuelle de leurs développeurs. »⁹

3. **Propriétés Intellectuelles¹⁰ (PI) :** Selon l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété

⁷ L'Organisation Mondiale du Commerce (OMC, ou World Trade Organization, WTO, en anglais) est une organisation internationale qui s'occupe des règles régissant le commerce international entre les pays. Au cœur de l'organisation se trouvent les accords de l'OMC, négociés et signés en avril 1994 à Marrakech(1) par la majeure partie des puissances commerciales du monde et ratifiés par leurs assemblées parlementaires. L'OMC a pour but principal de favoriser l'ouverture commerciale. Pour cela, elle tâche de réduire les obstacles au libre-échange, d'aider les gouvernements à régler leurs différends commerciaux et d'assister les exportateurs, les importateurs et les producteurs de marchandises et de services dans leurs activités. Depuis 2001, le cycle de négociation mené par l'OMC est le Cycle de Doha. Bien que l'OMC ne soit pas une agence spécialisée de l'ONU, elle entretient des liens avec cette dernière. Le siège de l'OMC est

à Genève. Le 26 mai 2005, le Français Pascal Lamy obtient le poste de directeur général de l'organisation, succédant ainsi au Thaïlandais Supachai Panitchpakdi. Son mandat a été reconduit en avril 2009 pour quatre années. Le 8 mai 2013, c'est le Brésilien Roberto Azevêdo qui a été élu directeur général ; il a pris ses fonctions le 1er septembre de la même année.

⁸ Chambre Internationale de Commerce, l'organisation mondiale des entreprises 2013, Programme d'action, p. 2 ; [file:///International%20commerce/OMC%20programme%20d'action%202013](http://www.internationalcommerce/OMC/programme/action/2013); visitée le 16 octobre 2014.

⁹ R. J. SHAPIRO AND K. A. HASSETT, "The Economic Value of Intellectual Property," at 5 (2005) (citing World Bank, World Development Indicators, and Washington, DC: World Bank, 2005).

¹⁰ Le terme "propriété int

ellectuelle" désigne les œuvres de l'esprit : invention; œuvres littéraires et artistique; dessins et modèles ; et emblèmes, noms et images utilisés dans le commerce ; Intellectual Property Licensing : Forms and Analysis, by R. RAYSMAN, E. A. PISACRETA AND K. A. ADLER. *Law Journal Press*, 1998–2008. ISBN 973-58852-086-
<http://www.wipo.int>. consulté le 23/07/2014.

Intellectuelle)¹¹, le terme “*propriété intellectuelle*” désigne les œuvres de l’esprit : inventions, œuvres littéraires et artistiques, dessins et modèles, emblèmes, noms et images utilisés dans le commerce,... En France, le Code de la propriété intellectuelle est le corpus juridique qui regroupe toutes les lois et tous les règlements relatifs à la propriété intellectuelle. Il comprend deux grandes parties : une partie consacrée à la propriété littéraire et artistique, l’autre partie consacrée à la propriété industrielle.

4. Dans un environnement commercial international composite marqué par une croissance exponentielle du commerce international, caractérisé par l’émergence de nouveaux pôles économiques et commerciaux, les propriétés intellectuelles (PI) propulsent la croissance économique mondiale. L’importance des PI dans toute entreprise n’est plus à démontrer. Pour la US Chamber of Commerce: « *La faculté d’innover et de protéger sa propriété intellectuelle contribue à la promotion de la croissance économique et culturelle, au développement, et à l’investissement,...* »¹². L’Aspect du Droit de la Propriété Intellectuelle lié au Commerce (ADPIC) classe les secrets commerciaux parmi les propriétés intellectuelles dans sa section 7 intitulée ‘*renseignements non-divulgués*’. Cette position est également celle de l’organisation Mondiale de la propriété Intellectuelle (OMPI). Le titre d’un article « *Le secret d’affaires : un droit de propriété intellectuelle méconnu* » en date du 23 Juin 2013, de M. James Pooley¹³, vice-directeur général, Secteur de l’innovation et de la technologie de l’OMPI, semble être pertinent à ce sujet.

5. **Secrets commerciaux :** Le droit anglo-saxon considère les secrets commerciaux (*the Trade secrets*) comme faisant partie des propriétés intellectuelles et leur accorde une protection particulière et conséquente. Henry Perritt¹⁴ soutient que les secrets d’affaires sont la plus vieille forme de PI.

Aux USA, la question de savoir si la loi fédérale relative aux brevets rendait inopérante les lois des Etats relatives aux secrets d’affaires a été tranchée. La Cour Suprême des Etats-Unis a rendu une décision de principe, *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp*¹⁵, selon laquelle les Etats pouvaient

¹¹ <http://www.wipo.int/about-ip/fr/>, consulté le 23/07/2014.

¹² US CHAMBER OF COMMERCE, « *The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific Partnership Agreement* » at 3 (2013), Covington & Burling LLP.

¹³ http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2013/03/article_0001.html, consulté le 20 avril 2014.

¹⁴ H. H. PERRITT JR., *Trade Secrets* 1-1, 3-7 (Practicing Law Institute 2d ed. 2006).

¹⁵ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 94 S.Ct. 1879, 40 L.Ed.2d 315 (1974).

développer librement leurs propres lois relatives aux secrets commerciaux.

6. En Europe, exception faite de quelques Etats, notamment la Grande Bretagne, le secret commercial est «considéré comme accessoire ou exclu des droits de la propriété intellectuelle traditionnelle... »¹⁶. La France par exemple a un Code de la propriété intellectuelle à côté de sa loi N° 2018-670 du 30 juillet 2018 portant protection du secret des affaires¹⁷. Cette attitude envers les secrets commerciaux n'est pas unique aux pays européens. Certains pays situés sur d'autres continents ont la même hésitation vis-à-vis des secrets commerciaux qu'ils ne considèrent toujours pas encore comme faisant partie intégrante des propriétés intellectuelles « traditionnelles » malgré la position claire adoptée, d'une part, par l'OMPI (*ou World Intellectual Property Organization (WIPO)*) et d'autre part, par l'OMC. Cette dernière au sortir des négociations de l'Uruguay round, a clairement trouvé un compromis sur le classement du secret commercial comme une propriété intellectuelle.
7. La doctrine connaît aussi cette hésitation. Selon Michael Risch¹⁸, les « *trade secrets* » sont une anomalie curieuse. Un autre auteur de renom les a qualifiés de parasites (*parasitic*¹⁹). Tout en prenant acte de cette hésitation au niveau de l'arsenal juridique de certains Etats, d'une part, et d'autre part, au niveau de la doctrine - ce débat n'étant pas le cœur de notre réflexion - les secrets commerciaux seront classés parmi les propriétés intellectuelles et seront traités comme tels dans le cadre de ce travail.
8. Le droit civil conçoit une distinction entre secrets commerciaux et secrets d'affaires²⁰. Le droit et la doctrine anglo-américaine ont adopté un concept unique du secret d'affaires (*Trade secrets*²¹).

¹⁶ H. H. PERRITT JR., *Trade Secrets Op. Cit.* p.14.

¹⁷ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, JUSX1805103L, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>.

¹⁷Code de la propriété intellectuelle, version du 25 mars 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>. Consulté le 27 mai 2019.

¹⁸ M. Risch, Why Do We Have Trade Secrets?, 11 Intellectual Property L. Rev. 1 (2007), <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>, consulté le 20 avril 2016.

¹⁹ R. G. BONE, A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification, 86 CAL. L. REV. 241, 245 (1998).

²⁰ *Idem*.

²¹ The Free Dictionary: Any valuable commercial information that provides a business with an advantage over competitors who do not have that information. In general terms trade secrets include inventions, ideas, or

Cette divergence entre les systèmes de droit a amené l'OMC à préférer le concept conciliateur de « *Renseignements non-divulgués* »- durant les négociations de l'Uruguay round- pour caractériser les secrets.

Les concepts de secrets commerciaux et de secrets d'affaires seront appréhendés comme des synonymes dans la suite du développement.

9. De nos jours, dans la réalité économique mondiale, avec la nature et la complexité des relations d'affaires, les secrets commerciaux sont au centre même de l'existence et du développement des sociétés commerciales²². Ils jouent dans un sens ou dans l'autre un rôle stratégique voire nécessaire dans la conception et la création des compagnies et leur permettent une fois créées de réaliser et de maintenir un avantage²³ économique et/ou stratégique sur la concurrence²⁴.
10. Les secrets commerciaux suscitent un intérêt sans cesse grandissant. Certaines entreprises se résument à être des structures d'exploitation de secrets commerciaux²⁵. La compagnie Coca-Cola a pour activité principale la promotion et l'exploitation d'une recette secrète. Le fameux secret de Coca-Cola, cette société qui fabrique et distribue la boisson du même nom demeure, depuis, un mystère soigneusement entretenu. La composition de Coca-Cola est peut-être le secret le mieux gardé du monde. Trois personnes auraient accès à la liste des ingrédients entrant dans sa composition et aux règles spécifiques de sa préparation²⁶.

compilations of data that are used by a business to make itself more successful. Specifically, trade secrets include any useful formula, plan, pattern, process, program, tool, technique, mechanism, compound, or device that is not generally known or readily ascertainable by the public. Whatever type of information is represented by a trade secret, a business must take reasonable steps to safeguard it from disclosure. <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/trade+secret>, consulté le 20 avril 2016.

²² L. WYSS, "How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration", Int. A.L.R. Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration, 2009, p. 158 et s.

²³ Study on Trade Secrets and confidential Business Information in the internal Market, Final study, April 2013, Prepared for the European commission, contract number: MARKT/2011/158/D, p. 1 and following.

²⁴ Idib. Note 22.

²⁵ J. ROBINSON et SÉBASTIEN Jetté, « Protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », p. 2 . <http://docplayer.fr/20723951-La-protection-des-secrets-commerciaux-en-dehors-de-la-relation-employeur-employe-judith-robinson-et-sebastien-jette.html#>, consulté le 26-avril-2016.

²⁶ "Where is the secret formula of coca cola kept? The secret formula for Coca-Cola is one of the most closely guarded trade secrets in history. When Dr John S Pemberton invented Coca-Cola in 1886, his recipe was kept a closely guarded secret, shared only with a small group of people and not written down.

As a Candler became the sole proprietor of Coca-Cola in 1891 after purchasing the rights to the business. Ernest Woodruff and a group of investors then purchased the company from Candler and his family in 1919. To enable the purchase, Woodruff took out a loan. As collateral, he provided a written record of the Coca-Cola secret formula by asking Candler's son to commit the recipe to paper.

La compagnie Ya Kun de Singapour, spécialisée dans l'industrie alimentaire, est aussi un exemple de succès qui est basé sur la protection d'un secret commercial²⁷. Son succès international l'a gratifié d'un article sur le site de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle²⁸ qui est titré : “ ‘ D'une étable à un succès international’ ” (From a lone stall to International success²⁹).

11. L'importance aussi que revêtent les secrets commerciaux est marquée au niveau des Etats par le vote des législations spéciales pour les protéger. Aux USA, près de quarante-six (46) Etats³⁰ ont adopté l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA)³¹ qui est destiné à protéger les secrets commerciaux et à instaurer des voies de recours contre les indélégats. L'attention du législateur américain ne s'est pas arrêtée à cette législation. En 1996, le Congrès américain a adopté « *The Economic Espionage Act* » (EEA)³².

This record of the formula was placed in a vault in Guaranty Bank in New York until the loan Woodruff had taken out was repaid in 1925. At this point, Woodruff reclaimed the secret formula and put it in a vault in the Trust Company Bank in Atlanta (later the SunTrust Bank).

86 years later, in December 2011, the secret formula was moved to a new home at the World of Coca-Cola in Atlanta. It is now at the centre of a permanent exhibit called The Vault of the Secret Formula, which celebrates the long and intriguing history of the Coca-Cola recipe”. <http://www.coca-cola.co.uk/faq/heritage/where-is-coca-cola-secret-formula-kept.html>

²⁷ A key to Ya Kun's IP strategy is its know-how represented in its trade secrets. The company's coveted kaya jam recipe is a closely guarded family trade secret, and it is manufactured in a separate, family-owned facility by staff made of only family members. Mr. Loi and his family work hard to ensure that this recipe is not disclosed. Another important trade secret is Ya Kun coffee, which uses a special mix of various types of coffee beans which gives it a special aroma and flavor. World Intellectual Property Association, “From a Lone Stall to International Success,” <http://www.wipo.int/ipadvantage/en/details.jsp?id=2573>, consulté 20 avril 2019.

²⁸ Le siège de l'OMPI est situé à Genève. C'est une organisation intergouvernementale dépendant de l'ONU à laquelle ont adhéré 177 Etats. Elle a trois missions principales : développer le droit (notamment sur internet), optimiser les systèmes mondiaux d'enregistrement de titres de propriété intellectuelle, et assister les pays qui le souhaitent dans leurs démarches en la matière. Elle emploie 1000 fonctionnaires et s'autofinance à 90%. C'est sous son autorité que fonctionne le Centre d'Arbitrage et de Médiation auquel sont soumis les litiges liés aux noms de domaines. Disponible le 28 juin 2014 sur <http://www.journaldunet.com/rubrique/gouvernance/gouvernance020411.shtml>; WIPO is the global forum for intellectual property services, policy, information and cooperation, available at <http://www.wipo.int/portal/en/index.html>.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ States that have enacted statutes based in whole or in part on the UTSA are: AK, AL, AR, AZ, CA, CO, CT, DE, FL, GA, HI, ID, IL, IN, IO, KS, KT, LO, MD, ME, MI, MN, MS, MT, ND, NE, NH, NM, NV, NC, OH, OK, OR, RI, SC, SD, TN, UT, VT, VA, WA, WV, WI. The District of Columbia has also enacted a UTSA statute. MA has its own statute. Six other states (MO, NJ, NY, PA, TX, and WY) protect trade secrets under their common law.

³¹ The Uniform Trade Secrets Act (“UTSA”) is model legislation drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. A hard copy with commissioners' comments on the various sections can be ordered from the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 676 North St. Clair Street, Suite 1700 Chicago, IL 60611.

³² *Economic Espionage. US Code, Section 1831 et seq., Title 18, 1996: www4.law.cornell.edu/uscode/18/1831.Html.*

Sur le vieux continent, l'Union Européenne a finalement adopté une directive protectrice des secrets d'affaires³³. Par la suite, la France a transposé cette directive avec des innovations qui sont dignes d'intérêt.

De son côté, la *US Chamber of Commerce* avait introduit une contribution intitulée « *The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets In Trans-Pacific-Partnership (TPP) Agreement Act* » pour exhorter les pays membres³⁴ à prendre des mesures dissuasives pour décourager les atteintes aux secrets commerciaux sur leurs territoires nationaux³⁵.

- 12. Le vol des secrets commerciaux :** Aux dires de la *US Chamber of Commerce*, « ... *les sociétés d'aujourd'hui font face à une menace croissante qui pèse sur l'un des plus importants éléments de la propriété intellectuelle, le secret d'affaires, ...* »³⁶. Les vols de secrets d'affaires et autres informations sensibles ont causé des pertes énormes aux sociétés estimées en milliards de dollars annuellement³⁷. Les informations sur le vol des secrets commerciaux sont courantes et pratiquement quotidiennes: le 9 juin 2014, un ingénieur au nom de *Mattias Tezock* de la compagnie *Terrel Chemical au Texas* s'est rendu aux autorités fédérales américaines. Il a été chargé de vol de secrets commerciaux appartenant à son ancien employeur, la société *Voltaix* basée à New Jersey³⁸. Il faut relever ici que c'est un ancien employé qui est parti avec les secrets

³³ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, Final Study: This Study investigates the legal and economic structure of trade secrets protection in the European Union. Extensive surveys of the economic literature and of the legal framework in Member States are matched by a comparative analysis with advanced economies representing different economic, legal and political models, namely Switzerland, the United States of America and Japan. Our research is complemented by a statistical on-the-field survey on the perceived needs of European businesses, stratified across industry sectors and business dimensions. Based on the results of this combined analysis, the Study describes the current fragmented scenario, its commonly perceived weaknesses and the widespread appetite for a harmonized approach. The final recommendations advocate for legislative initiative on trade secrets protection at the EU level and highlight the areas where intervention would be most beneficial in terms of balanced economic growth and competitiveness for the Internal Market, April 2013, Prepared for the European Commission, Contract number: MARKT/2011/128/D.

³⁴ Australia, Brunei, Canada, Chile, Japan, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore, the United States, and Vietnam.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ US CHAMBER OF COMMERCE, « The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific-Partnership Agreement » at 3 (2013), Covington & Burling LLP (translation franchise).

³⁷ *Ibid.*

³⁸ TERRELL, Texas – Dr. Mattias Tezock of Terrell, Texas, surrendered to federal authorities on June 9, 2014, following a federal indictment for four counts of unauthorized possession of stolen trade secrets. Tezock made an initial appearance in federal court the same day and was released on bond. Tezock, a Ph. D. Chemical engineer, allegedly used trade secrets learned during his employment at New Jersey-based Voltaix – a multinational corporation which manufactures specialty chemicals for use in the solar energy and semiconductor industry – to later open Terrell-based Metaloid Precursors, Inc. More specifically, the indictment states Voltaix developed a “secret and confidential recipe that it uses to manufacture high-purity germane.” A recipe Tezock allegedly used to

et le savoir-faire de la société qui l'employait. Les exemples de cette forme de vol de secrets commerciaux par les anciens employés sont légion. Il sera très utile de mentionner incidemment que selon l'OMPI, les employés sont la plus grande menace pour les sociétés quand il s'agit du vol des secrets commerciaux³⁹. Cette thématique ne fait cependant pas partie de la recherche; toutefois, si besoin est, référence y sera faite.

- 13. La protection des secrets commerciaux :** Les compagnies, surtout dans le domaine de la Recherche et du Développement (R&D), ont mis sur pied des procédures internes pour se protéger contre le vol des secrets commerciaux. Les Etats se sont également engagés dans la lutte contre ce qui est convenu d'appeler aujourd'hui un phénomène, vu l'ampleur que cela prend. Ceci a suscité un foisonnement de législations d'ordre général et/ou des législations spéciales, pour faire face à cette menace réelle. Parmi ceux qui ont adopté une législation spéciale traitant spécifiquement des secrets commerciaux, il faut citer les Etats-Unis d'Amérique avec l'UTSA au niveau des Etats fédérés et l'EEA au niveau du gouvernement fédéral.

En France, le pays avait senti le besoin en 2011 de se doter d'une loi sur la protection des secrets d'affaires « *proposition de loi Carayon* ». ⁴⁰ L'Assemblée Nationale l'avait adoptée en première lecture le 23 janvier 2012. Elle visait à sanctionner la violation du secret d'affaires. Toutefois, ce projet fut abandonné. Depuis 2018, la France dispose d'une loi portant protection des secrets d'affaires⁴¹. Celle-ci a transposé de manière audacieuse la directive de l'UE portant organisation de la protection des secrets d'affaires au sein des pays membres.

- 14.** Au niveau des organes chargés de faire face à la menace notamment aux USA, le Federal Bureau of Investigation (FBI) a un mandat du gouvernement fédéral américain. Dans une publication sur son site web intitulée « *Economical Espionage: Protecting American's Trade Secrets* »⁴², il

operate Metaloid Precursors, Inc. from September 30, 2005 until at least March 17, 2011, "to manufacture, produce, purify and sell the specialty gas, germane."- See more at: <http://inforney.com/crime/item/1907-terrell-chemical-engineer-indicted-and-arrested-by-federal-authorities#sthash.JmUX8aN7.dpuf>.

³⁹ Talhiya Sheikh*, Intern, SMEs Division, WIPO, Trade secrets and employees loyalty "Employees are the biggest threat; available at www.wipo.int/sme/en/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html#Intro

⁴⁰ Cette proposition a connu plusieurs versions antérieures de qualités inférieures. – Th. du Manoir de Juaye, Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes : Cah. dr. entrep. 2008, n° 5, dossier 44. – Ch. Le Stanc, Une protection pénale du secret des affaires ? : Prop. industr., oct. 2009, repère 9. – Ch. Le Stanc, Le secret de l'Espadon : Propr. industr., mars 2011, repère 3.

⁴¹ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, JUSX1805103L, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>. Consulté le 26 avril 2016

⁴² Economic Espionage: Protecting American's Trade Secrets, The FBI seeks your help in safeguarding our nation's secrets! Our nation's secrets are in jeopardy, the same secrets that make your company profitable. The FBI estimates billions of U.S. dollars are lost to foreign competitors every year. Recherche foreign competitors deliberately target

sollicite d'ailleurs de l'aide auprès des citoyens pour combattre le vol des secrets commerciaux (*The FBI seeks your help in safeguarding our nation's secrets!*). Selon le Title 18 U.S.C., Section 1831, « *L'espionnage économique est le fait pour (1) qui que ce soit de, en toute connaissance, viser, ou d'acquérir les secrets commerciaux, (2) de, en toute connaissance, faire bénéficier un gouvernement étranger, ou une structure étrangère.* »⁴³

15. Il se dégage aussi un consensus au niveau international sur la nécessité de protéger les secrets d'affaires. Le texte de la protection de la Propriété Intellectuelle Relative au Commerce (ADPIC/GATT) au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et celui au sein de l'OMPI sont des illustrations de cette volonté.
16. L'idée de protection des secrets d'affaires est bien établie⁴⁴ dans l'histoire de l'humanité. Elle révèle que la protection des secrets commerciaux a ses origines en droit romain. Ceci a été mentionné dans un article intitulé : « *Trade Secrets and the Roman Law : The Actio Servi Corrupti* »⁴⁵ datant de 1929. Arthur Schiller l'auteur de cet article soutient que le Romain qui est propriétaire d'une marque ou d'un nom de société était protégé contre un usage injustifié par ses concurrents. Cette réparation était obtenue à travers une action sur la base de l' « *Actio servi corrupti* ». Pour l'auteur, les plaintes privées relatives aux actions des esclaves⁴⁶ ont donné lieu dans le système judiciaire romain, à une procédure par laquelle les infractions commerciales relevant des secrets commerciaux étaient sanctionnées.

economic intelligence in advanced technologies and flourishing U.S. industries. Foreign competitors operate under three categories to create an elaborate network of spies:

1. Aggressively target present and former foreign nationals working for US companies and research institutions;
2. Recruit and perform technical operations to include bribery, discreet theft, dumpster diving (in search of discarded trade secrets) and wiretapping; and,
3. Establish seemingly innocent business relationships between foreign companies and US industries to gather economic intelligence including proprietary information. In an effort to safeguard our nation's economic secrets, the Economic Espionage Act (EEA) was signed into law on October 11, 1996, <http://www.fbi.gov/about-us/investigate/counterintelligence/economic-espionage>. Consulté le 16 mars 2014.

⁴³ Idem.

⁴⁴ Pour certains auteurs, la première disposition législative en la matière remonte à l'époque romaine : voir A. Arthur Schiller, "Trade Secrets and the Roman Law : The Actio Servi Corrupti" 30 Colum. L. Rev. 837 (1930). Contrat: Prof. A. Watson, University of Georgia Law School "Trade Secrets and Roman Law : the Myth Exploded" (1996). Scholarly Works. Paper 476.

⁴⁵ A. A. Schiller, "Trade Secrets and the Roman Law; The Actio Servi Corrupti", *Columbia Law Review*, Vol. 30, No. 6 (Jun., 1930), pp. 837-845.

⁴⁶ Il arrivait très souvent à Rome que les esclaves qui travaillaient divulgaient les secrets de leurs maîtres.

17. Le droit moderne des secrets d'affaires a commencé en Angleterre au début du 19^e siècle en réaction à l'essor technologique, du savoir-faire et à l'augmentation de la mobilité des employés⁴⁷. Durant la période industrielle, le devoir des employés de protéger les secrets d'affaires des employeurs fut établi en Amérique du Nord en 1868⁴⁸. Pour Henry Perritt, le droit du brevet a été développé pour protéger les secrets d'affaires, sans l'exigence qu'ils soient gardés secrets, ce qui aurait découragé une utilisation étendue de l'information utile (*patent Law was developed as a way of protecting trade secrets without requiring them to be kept secret and thereby discouraging wider use of useful information*⁴⁹). Ceci fait donc des brevets un supplément des secrets d'affaires et non le contraire comme c'est souvent assumé⁵⁰.
18. Le droit contemporain a connu, avec l'internationalisation des pratiques commerciales et l'innovation technologique, l'implémentation sur le plan international de certains accords visant la protection des secrets commerciaux⁵¹. On a d'une part, l'OMC qui a, à travers l'ADPIC⁵²

⁴⁷ Jon Cavicchi, Jorda on Trade Secrets, Trade Secrets Have a Long History, The Interface Between Patent and Trade Secrets, http://www.jordasecrets.com/2007/10/jorda_on_trade_secrets_have_a.html.

⁴⁸ *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452 (1868).

⁴⁹ (HENRY H. PERRITT JR., *Trade Secrets* 1-1, 3-7 (Practising Law Institute 2d ed. 2006).

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ 1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris (1967), les membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements:

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

3. Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce.

⁵² https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_f.htm. (Consulté le 26 avril 2016).

établi des règles de protection applicables aux secrets commerciaux⁵³. D'autre part, on a l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) qui est une agence des Nations Unies qui organise la protection de la propriété intellectuelle. La dernière venue est la directive UE de 2016 portant sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

A ce point, il paraît évident que l'importance des secrets commerciaux n'est plus à démontrer comme en témoignent les efforts des sociétés et des Etats pour les protéger, soit par des mesures de sécurité interne, soit par un arsenal juridique national ou international approprié.

19. Il y a longtemps que les artisans, plus tard les sociétés commerciales et ensuite les Etats ont pris conscience de l'importance des secrets commerciaux, du risque qui pèse sur eux et de la nécessité de les protéger. Cette importance étant entendue, les hommes d'affaires, pour des raisons qui paraissent à ce point évidentes, ne veulent pas voir leurs informations secrètes, leurs plans d'affaires, leurs stratégies, leurs secrets de fabrique, leurs contrats, leurs résultats financiers et autres informations confidentielles être divulgués au public. Par conséquent, plusieurs d'entre eux, pour régler leurs différends, font le choix de la voie arbitrale souvent vantée pour le caractère confidentiel de sa procédure par opposition aux juridictions d'Etat qui procèdent par des audiences publiques et publient leurs décisions⁵⁴. Qu'en est-il donc de la protection des secrets d'affaires dans l'arbitrage commercial international ?

20. **Arbitrage commercial international** : Le règlement des litiges est un élément essentiel du droit du commerce international⁵⁵. L'arbitrage est un mode de résolution des litiges⁵⁶. Selon le Professeur Pierre Meyer, « *L'arbitrage est une notion qui correspond à une pratique ancienne dont l'origine paraît antérieure à l'organisation d'une justice étatique.* »⁵⁷ Selon l'OMPI,

⁵³ F. Dessemontet, Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce, p.1.*Op. Cit.*

⁵⁴ Dans le cadre de cette thèse, le terme « arbitrage commercial international » comprend les arbitrages impliquant les Etats et qui sont relatifs au commerce et les arbitrages entre commerçants de différentes nationalités.

⁵⁵ J. JACQUET ET P. DELEBECQUE, *Droit du commerce International*, 3e édition, 2000, p.320 § 491.

⁵⁶ Sur l'ensemble de la question, voir : *Traité de l'arbitrage international*, par Ph. Fouchard. E. GAILLARD et B. GOLDMAN, Litec, 1996 ; *L'arbitrage, droit interne, droit international privé* par J. ROBERT avec la collaboration de B. MOREAU. 6e éd, Dalloz, 1993 ; *Le droit français de l'arbitrage interne et international* par M. De BOISSESON, GLN-JOLY éd, pref. P. BELLET, 1990 ; *L'arbitrage dans le commerce international* par R. DAVID, Economica, 1982 ; *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international* par A. REDFERN et M. HUNTER avec le concours de M. SMITH. Trade. E. ROBINE.

⁵⁷ PIERRE MEYER, *Droit de l'arbitrage*, OHADA, 2002, p.7.

« *L'arbitrage est une procédure dans le cadre duquel le litige est soumis, par convention entre les parties, à un ou plusieurs arbitres qui rendent une décision contraignante. En décidant de recourir à l'arbitrage, les parties optent pour une procédure de règlement privé des litiges en lieu et place d'une procédure judiciaire* »⁵⁸.

21. L'arbitrage peut être national⁵⁹ ou international. En France, la réforme du droit de l'arbitrage du 13 janvier 2011⁶⁰ a introduit un arbitrage dualiste : Un régime interne et un régime international. Selon l'article 1492 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) français, « *Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* ». Par cette formulation, le droit français a choisi de caractériser l'internationalisation de son arbitrage par l'origine des intérêts lui donnant lieu⁶¹.

Pour cette recherche, le concept de l'arbitrage commercial international désignera celui relatif aux transactions commerciales internationales. Le tribunal arbitral en charge est une véritable juridiction qui rend une décision de justice ayant l'autorité de la chose jugée⁶².

22. **Le concept de confidentialité⁶³ dans l'arbitrage commercial international :** De nombreux universitaires et praticiens de l'arbitrage s'accordent « *sur l'existence implicite ou explicite d'une présomption de confidentialité entre les parties dans une procédure arbitrale commerciale internationale* »⁶⁴. Selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu⁶⁵, le concept de

⁵⁸ At <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/what-is-arb.html>. (Consulté le 26 avril 2016).

⁵⁹ Il s'agit ici d'un arbitrage interne qui ne s'applique qu'aux parties et litiges qui sont d'une même nationalité. Il n'y a pas un composant d'extranéité dans cette forme d'arbitrage.

⁶⁰ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français ; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&categorieLien=id>. (Consulté le 15 mars 2014).

⁶¹ La convention de Genève de 1961, sans s'appuyer sur ce seul critère, se réfère aux « litiges nés ou à naître d'opérations du commerce international » (article 5 § 1). La solution française a été retenue par le législateur portugais (art. 32 de la loi n 31/86 cf. Rev. Arb. 1991. 487). L'article 176 de la LDIP suisse fournit un bon exemple d'une solution différente. Sur cette question, cf. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traite*, n° 81 et s., p. 48 et s.

⁶² L. CADIET, TH. CLAY, *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, Dalloz, 3^e édition, 2019, p. 64.

⁶³ In the context of international commercial arbitration, and for purposes of this article, the term « confidentiality » refers to the extent to which information relating to , or revealed within, an arbitral proceeding is protected from disclosure to parties (e.g., the general public) not involved in the arbitral proceedings. This concept is distinct from the notion of confidentiality as a privilege in international arbitration, see Jason a. A. Fry, *Without Prejudice and Confidential Communications in International Arbitration (When Does Procedural Flexibility Erode Public Policy?)*. INT'L ARB, L. REV. 209 (1998).

⁶⁴ BROWN ALEXIS C. « Presumption Meets Reality : An Exploration of the Confidentiality Obligation in International commercial Arbitration » *American University International Law Review*, 16, no 4 (2001), 969-1025.

⁶⁵ GERARD CORNU, *Vocabulaire Juridique*, Association Capitant, 2005.

la confidentialité est ce « *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 confidence)* » ou bien « *qui doit être accompli en secret* ». Selon l'article 52(a) de la convention de l'OMPI, sous la rubrique Divulgence des secrets de fabrication et d'affaires et autres informations confidentielles : « *Aux fins du présent article, on entend par information confidentielle toute information, quel qu'en soit le moyen d'expression, qui: i) est détenue par une partie; ii) n'est pas accessible au public; iii) a une importance financière, industrielle ou commerciale; et iv) est traitée comme confidentielle par la partie qui la détient.* »

23. Une procédure judiciaire confidentielle est celle « *in-camera* »⁶⁶ dans la conception anglo-américaine ; elle est celle qui se déroule en secret. L'existence du litige, les informations échangées et les documents produits par les parties ne devront pas être divulgués. La notion de confidentialité est liée à une obligation de garder le secret. C'est une obligation de ne pas faire (divulguer) ce qui porte sur les informations et les documents.

24. Le concept de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international a connu, ces dernières décennies, un regain d'intérêt. Celui-ci, on le doit en partie à l'arrêt *Esso v. Plowman*⁶⁷ de la Haute Cour d'Australie qui a décidé que le principe de la confidentialité n'était pas inhérent à l'arbitrage. Antérieurement, l'existence de la confidentialité en arbitrage était fondée sur une présomption (supposition) plutôt que sur des principes et règles légaux. Mieux, cette présomption était vague, de nature générale.

L'origine de la confidentialité dans l'arbitrage était donc floue, incertaine et sans fondement légal. C'est l'arrêt *Dolling-Baker v. Murrêt*⁶⁸ qui introduisit pour la première fois la conception selon laquelle la confidentialité était une conséquence du caractère privé de l'arbitrage.⁶⁹ Pour cet arrêt, l'arbitrage est confidentiel en raison de la nature privée de sa procédure. Cette conception a été qualifiée de classique (*classic view*) par les auteurs. Ce fut un début de recherche

⁶⁶ « In-camera proceeding is used in sensitive cases essentially to protect the privacy of the parties. Simply put, 'in-camera' proceeding is a proceeding carried out in private, in the absence of the public and the press. Essentially the proceedings are conducted through video conferencing to safeguard the privacy and protection of the accused. The public and the media are excluded from such proceedings for the purposes of sensitivity », <https://indianexpress.com/article/what-is/what-are-in-camera-proceedings-4949186/>, consulté le 08-09-18.

⁶⁷ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others* (1995) 128 ALR 391.

⁶⁸ [1990] 1 WLR 1205.

⁶⁹ ALAN REDFEN, MARTIN HUNTER, NIGEL BLACKABY & CONSTANTINE PARTASIDES, *Law and practice of international commercial arbitration*, at 28 (Sweet & Maxwell, 4th ed., 2004).

de base légale à la notion de confidentialité en matière d'arbitrage.

25. La construction de la confidentialité en droit français est essentiellement jurisprudentielle. La pratique arbitrale a connu plusieurs arrêts qui ont permis de définir la protection des informations confidentielles par la confidentialité en arbitrage commercial. En 1986 dans l'affaire *Aita v. Ojeh*, la cour d'appel de Paris⁷⁰ a décidé qu'une action introduite devant elle pour annuler une sentence a violé le principe de confidentialité entre les parties. Pour la doctrine française, l'arbitrage est par nature confidentiel⁷¹.

Du point de vue de la législation française portant sur l'arbitrage interne, la confidentialité a été codifiée à l'article 1464 ; celui-ci dispose que sous « *réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement* », la procédure arbitrale est confidentielle. En droit international, la législation française n'a pas retenu la confidentialité. Une certaine doctrine a interprété ce silence comme étant une volonté de neutralité⁷². Pour elle, ce faisant, liberté est laissée aux parties d'organiser la protection de leurs informations confidentielles⁷³.

26. La confidentialité et le caractère privé sont cités comme les avantages de l'arbitrage par rapport à la justice étatique. Le caractère privé de l'arbitrage et la confidentialité de l'arbitrage ne sont pas assimilables comme on l'aurait pensé. Pour Patrick Neill⁷⁴, cette controverse entre la confidentialité et le caractère privé de l'arbitrage a commencé en 1980. C'est l'arrêt *Oxford shipping Co. Ltd. V. nippon Yusen Katsha*⁷⁵ qui l'exposera. Cet arrêt a posé le principe selon lequel le caractère privé de l'audience était le même que la confidentialité de l'arbitrage⁷⁶. L'arrêt *Dolling-Baker* est venu confirmer la tendance des cours anglaises qui ont évolué vers la considération de la confidentialité et du caractère privé de l'arbitrage comme des concepts distincts.

⁷⁰ Judgement of 18 Feb. 1986, 1986 Revue de l'ARBITRAGE 583, discussed in Jan Paulson & Nigel Rawding. The Trouble with confidentiality, 11 ARB. INT'L 303,312 (1995).

⁷¹ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions, 2011, p. 91, spéc. No 24 et s., p. 100 ; Th. Clay, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article » JDI 2012, p.443, spéc. p. 493

⁷² E. GAILLARD, *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso éditions, 2011, p.74.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ P. Neill QC, Confidentiality in Arbitration, *Arbitration International*, Volume 12, Issue 3, 1 September 1996, p. 287–318, <https://doi.org/10.1093/arbitration/12.3.287>. Consulté le 26 avril 2016.

⁷⁵ [1984] 2 Lloyd's Rep. 373.

⁷⁶ I. M. SMEUREANU, *Confidentiality in international commercial arbitration*, (2011), p.1.

Pour Gary BORN⁷⁷, les deux concepts viennent du caractère fondamental et des objectifs de la procédure arbitrale (*the fundamental character and objectives of the arbitral process, which is the resolution of specific parties' dispute in a single, centralized, efficient and commercially-sensible proceeding*).

Ces positions jurisprudentielles et doctrinales en arbitrage sur la confidentialité et le caractère privé ont inspiré plusieurs institutions nationales et internationales de l'arbitrage qui ont clairement fait une distinction nette entre les deux concepts en adoptant dans leurs règlements des dispositions séparées pour, d'une part, la confidentialité⁷⁸ et pour, d'autre part, le caractère privé⁷⁹ de l'arbitrage.

27. L'Europe continentale et l'Angleterre étaient des îlots de sécurité pour les partisans d'une existence d'une confidentialité stricte dans l'arbitrage⁸⁰. En Angleterre, la Haute cour l'a plusieurs fois retenue comme indispensable à la nature et au caractère même de l'arbitrage. Les juridictions françaises ont affirmé pour la première fois le caractère sacré de la confidentialité de la procédure dans l'arrêt *Aita v. Ojje*⁸¹. Cet arrêt français a été rendu à l'issue d'une action intentée devant la Cour d'appel de Paris contre une sentence arbitrale internationale d'un tribunal arbitral siégeant suivant le règlement de la London Court of International Arbitration (LCIA). Dans leur décision, les juges ont affirmé que le fait pour la partie demanderesse d'introduire une action en annulation contre la sentence arbitrale était une violation du principe de la confidentialité inhérente à la procédure arbitrale et ont condamné cette dernière à de lourds

⁷⁷ G. B. Born, *international commercial arbitration*, VOL. I (Wolters Kluwer Law & Business, 3 edition, 2014) at 773, para. 1412. See also, Leao E. Trackman, Confidentiality in International Commercial Arbitration, 1-1 Arb. Int 11-1 (2002).

⁷⁸ Art. 30.1 of the LCIA Rules which reads: 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.

⁷⁹ About provision on the privacy, see. Art. 19.4 of the LCIA Rules (All meetings and hearings shall be in private unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise), Art. 21(3) of the ICC Rules of Arbitration ("Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted") or Art.28.3 of the UNCITRAL Arbitration Rules ('hearing are to be held in camera unless the parties agree otherwise.').

⁸⁰ Voir pour tous A. BUCHER et P.-Y. TSCHANZ, *International Arbitration in Switzerland*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988, p. 65 et 87; E. GAILLARD, *Le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international*, Recueil Dalloz 1987, p. 153 ss ; S. BOYD, Expert Report (in *Esso/BHP v. Plowman*), Arb. Int. (1995), p. 270-271. A la mise sous presse de cet article, le Parlement anglais était saisi d'une proposition réaffirmant le principe de confidentialité dans le nouvel « *Arbitration Act* » en délibération.

⁸¹ *Aita v. Ojje*. (1986), Rev Arb, 583.

dommages et intérêts.

28. La confidentialité est souvent perçue comme une des principales raisons justifiant le choix du contentieux arbitral par rapport aux contentieux auprès des juridictions étatiques. Elle est souvent considérée selon les auteurs comme un des plus grands avantages de l'arbitrage⁸². Pour L. Yves Frontier, c'est l'un des plus grands avantages de l'arbitrage et l'une des principales raisons pour lesquelles les hommes d'affaires dans le monde entier ont fait de l'arbitrage leur choix pour la résolution des litiges relatifs au commerce international (*The principle that arbitration [.....] confidential as between the parties would seem to be self-evident. Is this not one of the most important of the perceived advantage of arbitration and one of the main reasons why business people around the world have made arbitration the forum of choice for the resolution of their international commercial arbitration?*)⁸³
29. Une étude non scientifique du docteur Christian Buhring-Uhle⁸⁴ entre novembre 1991 et juin 1992 confirmera l'importance de la confidentialité pour les usagers de l'arbitrage international. A l'issue de l'étude, près de 60% de l'échantillon étudié a considéré la confidentialité comme étant "très importante" ou "importante" dans leur choix de la procédure arbitrale. Dans une autre étude réalisée en 1992 pour la London Court of International Arbitration (LCIA), pour plusieurs parties, la protection de leurs secrets commerciaux est la principale raison du choix d'une procédure arbitrale de résolution de litiges⁸⁵.

⁸²G. BORN, *International Commercial Arbitration* (The Netherlands: Kluwer Law International 30 Apr 2014) Vols. I, II and III, pp. 2250 and p. 2280 et seq.; FURRER, p. 802; Andreas Furrer, "The Duty of Confidentiality in International Arbitration. In *Mélanges en honneur de Pierre Tercier* (Genève: Schulthess, 2008), P 802ob; see also the Uncitral Arbitration Rules in their List of Matters for Possible Consideration in Organizing Arbitral Proceedings, "Annotations", note 31.

⁸³ L. Y. FRONTIER, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, 15, ARB. INT'L 131 (1998)

⁸⁴ C. BUHRING-UHLE, *Arbitration and mediation in international business* (1996) (surveying ninety-one arbitrators, attorneys and in-house counsel from seventeen countries as to the perceived advantages of international commercial arbitration). Respondents to Dr. Christian Buhring-Uhle's survey regarded confidentiality as the third-after neutrality of the tribunal and international enforcement by treaty-most important advantage of arbitration, out of a list of eleven. Id. At 136. See also Jeremy winter, Confidentiality in Arbitration in Uk (june 18m 1999) at <http://bakerinfo.com/Publications/Documents/1044-tx.html> (citing confidentiality as a primary advantage of arbitration over litigation); David Fraser, Confidentiality in Arbitration, Address in Paris (Oct. 13, 1998) at <http://bakerinfo.com/Publications/Documents/756-tx.html> (highlighting confidentiality as hallmark of arbitration); Robert H. Smit & Nicholas J Shaw, The Center for Public Resouces Rules for Non-Administered Arbitration of International dispute: A Critical and Comparative Commentary, 8 AM. REV. INT'L ARB. 275,316, (1997) (Recognizing confidentiality as key factor for selecting arbitration); Michael Pryles, Assessing Dispute Resolution Procedures, 7 AM REC. INT'L ARB. 267 (1996) (identifying the maintenance of relationships due to confidentiality in arbitration as an advantage over litigation)

⁸⁵ *Idem*.

30. Ineffectivité du concept de la confidentialité : Sur le plan international, le débat relatif à la l'effectivité de la confidentialité dans la protection des informations confidentielles est loin d'être clos. Les divergences au niveau des règlements des institutions arbitrales, de la jurisprudence, de la doctrine et des normes étatiques semblent affecter une acceptation conventionnelle de ce principe et/ou de ses effets sur le plan international. Un auteur⁸⁶ soutient que : *"Il n'y a pas une définition légale contraignante, du concept de confidentialité dans l'Arbitrage Commercial International"*. Il n'y a pas une définition de l'obligation de confidentialité conventionnellement qui s'imposerait aux parties, aux tribunaux arbitraux ou aux institutions qui administrent l'arbitrage⁸⁷. Pour le Professeur Emmanuel GAILLARD, la pratique montre que bien souvent, une simple présomption de confidentialité n'est d'aucune utilité⁸⁸. Pour le Professeur Yves DERAÏNS en lieu et place de la confidentialité, c'est le principe de la loyauté qui oblige les parties à ne pas divulguer les informations confidentielles⁸⁹.

31. Les institutions qui administrent l'arbitrage commercial international dans leurs règlements traitent de la confidentialité de manière hétérogène. Les unes la mentionnent de manière générale et adoptent des solutions aussi diverses. Les autres ne la mentionnent même pas. Les institutions arbitrales internationales pour la plupart ne s'accordent pas sur une existence inhérente d'une obligation de confidentialité dans une procédure arbitrale.

Pour celles qui ont adopté la notion, il y a une grande divergence en leur sein sur son traitement. Ici, les règles sont imprécises et vagues pour servir adéquatement le système de protection ainsi établi.

32. Sous le règlement de la London Court of International Arbitration (LCIA), la règle arbitrale prescrit une obligation générale de confidentialité, en particulier, la confidentialité de tout document qui est préparé pour le compte de la procédure arbitrale. Cependant, les textes ne planchent pas en profondeur sur le concept de confidentialité.

Dans le règlement de la loi suisse relative à l'arbitrage international, la règle est similaire à celle sous la LCIA. Il est stipulé qu'à moins que les parties s'accordent sur le contraire par écrit, elles

⁸⁶ Pour une discussion générale sur le principe de la confidentialité, v. MÜLLER, p. 217 et seq. BORN, p. 2249 et seq.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso éditions, 2011, *Op. Cit.* note 72, p. 22.

⁸⁹ Y. DERAÏNS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » *in Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions 2011, p. 91, spéc. No 24 et s., p. 103.

s'engagent à garder confidentielles toute sentence arbitrale, ordonnance, aussi bien que tous les matériaux soumis par l'autre partie -qui ne sont pas encore dans le domaine public- dans le cadre de la procédure arbitrale.

33. Pour les règlements des institutions comme la Chambre de Commerce Internationale (CCI), les dispositions de la procédure d'arbitrage ne contiennent pas une règle de confidentialité. Le tribunal arbitral peut ordonner l'application de la confidentialité sur demande d'une partie. Depuis le 1^{er} janvier 2019 passé, le secrétariat de la CCI, peut après deux ans à partir de la date de notification de la sentence arbitrale aux parties, procéder sous certaines conditions à la divulgation.
34. Dans le règlement de la CNUDCI (UNCITRAL) la loi-type portant sur l'arbitrage commercial, il n'y a non plus une disposition sur la confidentialité. La règle dispose seulement que la sentence arbitrale ne doit pas être publiée sauf avec l'accord des deux parties.
Sous le règlement de l'American Arbitration Association (AAA), la section des règles de l'arbitrage international contient seulement une obligation de confidentialité très limitée par rapport aux informations confidentielles et prescrit que les informations données durant la procédure arbitrale par les parties ou les témoins ne devraient pas être dévoilées par un arbitre ou un administrateur.
35. Cette variabilité observée au niveau des règlements des institutions arbitrales, se retrouve également dans certaines lois portant sur l'arbitrage. Le « *Arbitrage Act* ⁹⁰ » britannique de 1996 ne contient pas de référence à une obligation de confidentialité. Selon le comité en charge de la rédaction de l'acte, cette omission ne démontre rien d'autre que la difficulté d'une formulation légale, à la lumière du nombre élevé d'exceptions et de limitations à la confidentialité qui auraient été incorporées.
36. La nouvelle loi arbitrale française a réaffirmé le caractère confidentiel de l'arbitrage interne.

⁹⁰ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/63>. (Consulté le 26 avril 2016).

Par contre, elle l'a ignoré en matière d'arbitrage international⁹¹. Le Professeur Gaillard⁹² a expliqué ce choix de politique législative de deux manières. *“En premier lieu, par le fait que de nombreux arbitrages internationaux concernent des traités d'investissement et qu'il existe une forte aspiration à la transparence en cette matière, comme l'illustrent notamment les travaux actuels de la CNUDCI. En second lieu, par la considération que même en matière commerciale, la confidentialité ne s'impose pas toujours et qu'il vaut donc mieux laisser les parties le stipuler expressément, ou encore, laisser le tribunal décider de cette question lorsque les circonstances l'exigent.”*

37. Une analyse des sentences arbitrales et des décisions de justice rendues dans le cadre des recours montre une divergence sur le contenu et la portée de la confidentialité. Certaines décisions judiciaires nationales soutiennent que l'existence de l'arbitrage est et doit demeurer confidentielle entre les parties et les personnes impliquées ; d'autres au contraire argumentent que, parce qu'une divulgation future est inévitable, l'existence de la confidentialité n'est pas *de facto* confidentielle. Par rapport à la procédure arbitrale proprement dite, cette divergence existe également. Certains soutiennent que tout le processus (aspect procédural et substantiel) doit être confidentiel ; d'autres pensent que le contenu de la confidentialité doit être limité aux éléments essentiels et matériels et non aux aspects procéduraux.
38. Des décisions rendues ont également démontré que la confidentialité relative aux documents et autres informations peut être traitée de très différentes manières par différentes juridictions dans un même pays ou dans différents systèmes de droit (*Droit civil et Common Law*). Les positions opposées entre les arrêts Esso et Ali shipping en sont des illustrations.
- Les juridictions américaines laissent aux juges l'autorité de décider, dans la procédure du discovery, quels documents et informations émanant d'un arbitrage passé peuvent être divulgués dans l'arbitrage subséquent. Alors que dans les situations similaires en Europe

⁹¹ Art. 1464, al. 4 du Code de procédure civile, introduit par le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. Quant à la nature du principe général de la règle et à ses limites en matière d'arbitrage international, voy. CH. JARROSSON et J. PELLERIN, “Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011”, *Rev.arb.* 2011, p. 5, n° 34 et 86.

⁹² E. GAILLARD ET P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage » (2011) 2 *Cahiers de l'Arbitrage* 263 au para 2 [Gaillard et de Lapasse] ; Pierre Mayer, « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace » 203 *Dr et pat* (mai 2011) 30 [Mayer]; Laurence Franc-Menget, « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international » (janvier 2011), en ligne : Herbert Smith LLP <<http://www.herbertsmith.com>> [HERBERT SMITH]. L. Y. FORTIER, C.C., O.Q., c.r., Ad. E' *La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique*, Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris p.1.

continentale et en Angleterre, sauf cas d'exception d'application du concept de l'intérêt public, les documents et informations issus de l'arbitrage passé ne semblent pas être admissibles dans un arbitrage ultérieur. En Australie, ces documents n'ont pas de protection particulière vis-à-vis de leur utilisation dans une procédure ultérieure aussi longtemps qu'il n'y aura pas un accord à cet effet.

En France l'affaire Tapie à laquelle un journal a attribué un titre intitulé « *Bernard Tapie : la rocambolesque affaire de l'arbitrage* »⁹³, au delà des questions de fond portant sur l'escroquerie des arbitres, expose la délicate cohabitation entre la nécessité de la protection des secrets d'affaires en arbitrage⁹⁴ et la protection de l'ordre public.

39. Relativement à la publication de la sentence, une certaine doctrine voudrait que la sentence ne soit pas publiée en raison du caractère confidentiel et privé de l'arbitrage et aussi en raison du risque réel qu'il y aura de mettre sur la place publique des informations censées demeurer confidentielles. Les opposants à cette position estiment que l'Etat, dans son autorité régaliennne, impose déjà la divulgation des sentences dans certaines circonstances. Par exemple dans le domaine de la transparence financière.

Une autre doctrine soutient qu'en raison des avantages d'une utilisation éducationnelle et d'un usage professionnel, il est important que la sentence soit publiée pour permettre une certaine prédictibilité en arbitrage commercial.

40. Monsieur Yves Fortier, auteur et ex-président de la London Court of International Arbitration, a soutenu que souvent la confidentialité n'est pas possible. Selon lui, même si les parties ne permettent pas la publication de la sentence arbitrale, les détails sur la sentence arbitrale sont souvent divulgués quand la partie gagnante demande l'exequatur devant les tribunaux étatiques : « *ce qui est évident aujourd'hui est que, par rapport à la confidentialité dans l'Arbitrage Commercial International, rien ne peut être considéré comme acquis* »⁹⁵.

41. Durant les procédures arbitrales, les arbitres sont laissés à eux-mêmes -sans standards- dans le

⁹³G. ROZIERES, A. BOUDET « Bernard Tapie : la rocambolesque affaire de l'arbitrage » https://www.huffingtonpost.fr/2019/03/10/bernard-tapie-juge-dans-la-rocambolesque-affaire-de-l-arbitrage_a_23687961/, consulté le 16 -06-2019.

⁹⁴ Il y a un débat juridique sérieux sur la qualification de cet arbitrage interne ou international. Ceci va sans dire avoir des conséquences sur l'accès aux informations échangées.

⁹⁵ B., Alexis C. "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." *American University International Law Review* 16, no. 4 (2001): 969-1025.

choix de formuler les mesures sur la protection des informations confidentielles au cas par cas. Cette pratique au niveau des tribunaux arbitraux traitant des litiges relevant du commerce international, comparée à celle des tribunaux étatiques, laisse entrevoir une certaine légèreté dans l'administration de la preuve par les institutions de l'arbitrage. Les juges des Etats qui ont reçu une formation pour trancher les litiges, disposent dans presque tous les systèmes juridiques, d'une procédure judiciaire qui définit la recevabilité et le traitement des preuves.

42. Dans la réalité des faits, il n'y a pas une obligation de principe entre les parties qui les contraignent à garder secrètes les informations confidentielles issues des procédures d'arbitrage si elles-mêmes, dans leur contrat, ne prennent pas des dispositions dans ce sens. Les experts et autres personnes non membres du tribunal arbitral ne sont pas eux aussi en aucun cas liés par les accords entre les parties ceci sur la base d'un principe classique de la loi du contrat. Dans le droit des contrats en raison de la liberté contractuelle, on n'est en principe engagé que par sa propre volonté.
43. L'on sera tenté, comme le suggèrent la pratique et certains auteurs comme le Professeur Emmanuel GAILLARD⁹⁶, de dire que les parties devront tout simplement prendre en charge les mesures-durant la phase contractuelle- pour s'assurer qu'elles veulent maintenir secret le reste. Ceci peut aider mais ne saurait constituer une garantie certaine. Il y a le fait que les questions de confidentialité peuvent se poser plus tard dans la relation contractuelle et il est difficile pour une partie de savoir l'étendue de la confidentialité qui lui sera nécessaire pour une protection effective de ses informations. Ensuite il est difficile de rédiger une clause de confidentialité qui prendrait en compte toutes les questions qui pourraient être soulevées en termes de confidentialité dans le futur, en plus qu'elle devrait être très détaillée et longue.
44. Les parties ne peuvent non plus se tourner simplement et entièrement vers une règle de droit de l'arbitrage commercial comme solution en ce sens qu'aucune de ces règles, en réalité, ne dit la conduite à tenir lorsqu'après la reddition de la sentence, il y a violation de la confidentialité. La réalité est que dans de pareils cas, les parties sont obligées de se tourner vers les cours et tribunaux des Etats. Les audiences publiques de ces juridictions engendrent un grand risque d'exposition des secrets que les parties ont tant désiré protéger.

⁹⁶ E. GAILLARD ET P. DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », *Op. cit.*, note 82 p. 25.

45. L'absence de définition légale et conventionnelle du concept de confidentialité au niveau international, empêche d'incriminer et de sanctionner de manière satisfaisante la personne «*indélicate* », coupable de violation de la confidentialité dans l'arbitrage commercial. Pour les institutions internationales qui disposent d'une définition comme l'OMPI, les règles de sanction relèvent de la responsabilité civile et au meilleur des cas, exposent l'indélicate seulement aux dommages et intérêts. Ce qui paraît peu dissuasif.

Les tribunaux étatiques ont également des difficultés à renforcer l'obligation de confidentialité ou les accords de confidentialité parce que les sanctions ne sont pas prévues ni dans les règlements des institutions ni dans les lois pertinentes ou tout simplement les dommages sont très difficiles à prouver. Ceci pose un sérieux problème de sanction des violations de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international et par conséquent, un problème d'effectivité des dispositions portant protection des secrets d'affaires.

En plus de ces problèmes ci-dessus évoqués, il paraît indispensable de mentionner l'effet néfaste de la médiatisation à outrance de la société. Elle constitue une des grandes menaces qui pèsent sur l'effectivité de la protection par la confidentialité dans l'arbitrage commercial.

46. De l'analyse de ce qui précède, il est constant que les informations confidentielles et les secrets des affaires faisant l'objet d'une procédure arbitrale souffrent d'une déficience de protection. Celle-ci engendre une difficulté de prédictibilité en matière de protection de l'information confidentielle et du secret d'affaire. Les usagers ne sont pas à ce point sûrs de rien quand ils introduisent en arbitrage commercial leurs informations qu'ils désirent garder secrètes.
47. **Problématique :** Au vu de tout ce qui précède, on pourrait légitimement se demander si le principe de la confidentialité tel qu'appliqué dans l'arbitrage commercial peut assurer une protection effective des secrets commerciaux impliqués dans une procédure, considérant l'indispensable et nécessaire protection dont ces derniers ont grand besoin pour exister.
48. **Les axes de recherche :** La présente recherche porte sur une contribution à la « protection des secrets commerciaux en arbitrage commercial international » qui s'est à l'analyse révélé être peu effective. Pour atteindre les objectifs de cette recherche, les lois internes des Etats et les traités et conventions internationales en la matière, la jurisprudence pertinente, les règlements des institutions internationales d'arbitrage et celles nationales, la doctrine et les documents pertinents seront explorés. La particularité de ce thème impose une démarche analytique et comparative dans le but de déceler les faiblesses et les forces de ces instruments afin de proposer

des solutions à la problématique de l'effectivité de la protection des secrets d'affaires.

- 49. Justification et annonce du plan :** L'une des propositions principales à envisager est que l'arbitrage commercial doit évoluer vers une définition restrictive du principe de la confidentialité circonscrite à la protection des secrets commerciaux. Cette position se justifie entre autres par les difficultés croissantes à entretenir un fondement et une portée irréalistes du concept de la confidentialité. Il conviendra, de s'interroger sérieusement, sur la pertinence de ces éléments qui sont de nos jours considérés comme confidentiels en arbitrage international, évaluer les raisons avancées pour le justifier et apprécier concrètement pourquoi ces aspects sont dignes de protection. Il semble difficile de protéger la divulgation de l'existence même de l'arbitrage, de protéger « *toutes les informations et documents* » issus de l'arbitrage tout en admettant que les parties, pour certaines raisons légales ou conventionnelles, peuvent communiquer ces informations mêmes documents.

Relativement à la protection des documents et informations issus de l'arbitrage, une sérieuse analyse prouverait que certains documents ou informations ne sont pas dignes de protection.

- 50.** L'incertitude qui tient à la relativité de la confidentialité dans l'arbitrage commercial peut être corrigée en menant une réflexion profonde sur les causes réelles des faiblesses constatées dans l'application de la confidentialité à l'arbitrage en général, ceci en déterminant les informations qui sont dignes de protection et qui doivent l'être absolument.

Il doit être question de créer une sécurité dans l'arbitrage, en développant des techniques qui conduisent à une redéfinition restrictive de la confidentialité dans l'arbitrage commercial, ce qui aura le mérite de contribuer à une prédictibilité dans la procédure arbitrale. Toutefois, une redéfinition restrictive du concept de la confidentialité dans l'arbitrage commercial, sans prescription aux arbitres des normes de traitement des informations confidentielles, ne produira pas le résultat escompté. Il n'est pas normal que les juges des Etats qui sont des professionnels formés pour dire le droit, soient tenu de respecter un régime de traitement des preuves et qu'à l'opposé, les arbitres qui sont des particuliers choisis par les parties, ne soient soumis à aucun standard de ce genre. Le pouvoir leur est accordé dans certains règlements internationaux d'improviser, « de prendre des dispositions », pour protéger les secrets sans aucun standard à respecter.

- 51.** La difficulté que les parties ou les cours ont à établir la responsabilité en cas de violation et évaluer les dommages s'explique par le caractère relatif du concept de la confidentialité dans

l'arbitrage commercial, d'une part, et d'autre part, par le manque de standards auxquels doivent être soumis les tribunaux en matière de sanction des violations des secrets commerciaux. Si certains Etats ont réussi à incriminer la violation des secrets commerciaux et la sanctionner, il sera possible, dans le nouvel esprit que cette recherche va proposer, de pouvoir sanctionner les violations sur la base de la responsabilité civile et de celle pénale.

52. Il est aussi important de ne pas oublier la suprématie de l'Etat, le souverain sans qui il sera presque impossible de rendre effective la protection des secrets d'affaires dans la procédure arbitrale internationale. Il est le détenteur de l'absolu pouvoir sur son territoire. Le Professeur Oppetit Bruno a à juste titre écrit que : « *L'arbitrage international oscille toujours entre l'autonomie et l'intégration.* »⁹⁷
53. Pour effectivement théoriser sur le thème de cette recherche, la démarche doit être dualiste. Ceci permettra de rechercher et d'exposer les faiblesses, les limites et les obstacles de cette protection et leur apporter des approches de solutions. Aussi serait-il pertinent que cette recherche tente de dégager une méthode de réflexion pour départager les différents intérêts en présence. Dans un premier temps, il faut exposer les problèmes (difficultés) et dans un second temps apporter la solution aux problèmes répertoriés.
54. L'exposé des difficultés mène à deux exercices à savoir, d'une part, la caractérisation du concept de secret d'affaires et la justification de son importance dans l'économie. D'autre part, il sera nécessaire que cette étape soit suivie d'une analyse de l'environnement et du régime contemporain de la protection pour exposer les difficultés que connaît la pratique internationale de l'arbitrage commercial à ses différents niveaux. L'étape qui concerne l'apport de solutions portera d'une part, sur la nécessité d'améliorer la protection des informations confidentielles en arbitrage commercial par le renforcement des piliers de ce principe et d'autre part, sur l'implémentation d'un régime dérogatoire de protection des secrets d'affaires.
55. La première partie : « *l'ineffectivité de la protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial international* » est divisée en deux titres respectivement : « *Le régime de la protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial* » et « *Les obstacles à une*

⁹⁷ OPPETIT BRUNO, *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p .87.

protection effective des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial ». Le titre I est subdivisé en deux chapitres. Le chapitre I intitulé : « *Les secrets commerciaux* » porte sur la caractérisation du secret commercial et sa distinction avec les notions voisines ; le chapitre II intitulé : « *la protection des secrets commerciaux* » traitera de la protection du secret commercial en arbitrage commercial international à travers le principe de la confidentialité. Le titre II comprend le chapitre 1 intitulé : « *L'absence de conceptualisation du principe de la confidentialité* ». Celui-ci exposera les faiblesses de la protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial à travers le concept de la confidentialité. Le chapitre 2 du titre 2 : « *L'ineffectivité de la protection des secrets d'affaires durant l'administration de la preuve* » traitera de l'ineffectivité de la protection des secrets commerciaux durant l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial.

56. La deuxième partie intitulée « *Les paramètres d'un régime juridique pour une protection effective des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial international* » comprend également quatre chapitres subdivisés en deux titres intitulés successivement : « *Séparer le futile de l'utile pour une application effective du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international* » et « *La nécessité d'une protection dérogatoire des secrets commerciaux en arbitrage commercial international* ». Le titre I comprend le chapitre 1 intitulé : « *La nécessité d'une conceptualisation conventionnelle du principe de la confidentialité au plan international* », traite de la nécessité d'une part, de conceptualiser le principe de la confidentialité et d'autre part de soumettre sa violation à un régime de responsabilité. Le chapitre 2 intitulé : « *Les piliers d'une protection effective des informations confidentielles* » se penche sur les approches de solutions pour renforcer la protection des informations confidentielles. Le titre II enfin comprend : le chapitre 1 qui a pour titre: « *L'organisation d'un environnement légal propice à la protection des secrets d'affaires* » et le chapitre 2 intitulé : « *L'importance en arbitrage commercial international d'un régime dérogatoire d'administration de la preuve inhérente aux secrets d'affaires* ». Les deux sont consacrés à l'organisation d'un système de protection dérogatoire qui est compatible à la nature particulière des secrets d'affaires et à l'administration de leur preuve.

PREMIERE PARTIE: L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

57. De nos jours, les secrets d'affaires ont acquis une grande importance dans l'essor industriel, économique, financier et dans la pratique du commerce international. Lorsqu'on considère dans son ensemble le patrimoine des grandes sociétés qui se partagent l'économie planétaire, ils représentent la partie la plus exorbitante. Ils contribuent non seulement à la prospérité des entreprises mais aussi jouent un rôle central dans le développement de l'économie mondiale.
58. Des auteurs comme Wyss Lukas⁹⁸ estiment qu'il est difficile d'élaborer une théorie internationale de protection des secrets d'affaires en raison même du désaccord qui existe par rapport à la définition de la matière elle-même. L'Europe surtout continentale hésite toujours de nos jours à leur reconnaître la qualification de propriétés intellectuelles. Ceci malgré le fait que des textes comme l'ADPIC de l'OMC les ont intégrés dans le groupe des propriétés intellectuelles. La France est également dans cette logique. Elle dispose à côté de sa loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018⁹⁹ relative à la protection du secret des affaires, d'un code de la propriété intellectuelle¹⁰⁰. Par cette démarche, elle consacre une nette distinction entre les régimes français du secret d'affaires et celui de la propriété intellectuelle.
59. Aux USA, traditionnellement les secrets d'affaires ont été considérés comme des propriétés intellectuelles. Avec le temps, timidement, les autres Etats de la planète ont pris conscience de la contribution des secrets d'affaires à leur économie nationale. Des initiatives législatives de

⁹⁸ W. LUKAS, « How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration », in *The International Arbitration Law Review* (Int. Arb.L.R.) 06/2009, S.158-167.

⁹⁹ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, JUSX1805103L, *Op cit*.

¹⁰⁰ Code de la propriété intellectuelle, version du 25 mars 2019, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414>, (consulté le 27 mai 2019).

leur protection soit nationales soit communautaires¹⁰¹ ou internationales ont commencé à voir le jour.

60. Généralement en arbitrage, la protection des secrets d'affaires est assurée par le canal du principe de la confidentialité. Ce principe protège les informations confidentielles échangées durant la procédure arbitrale. Selon un auteur¹⁰², lorsque le principe de la confidentialité existe dans un accord entre des parties, il protège l'existence de la procédure, le déroulement de la procédure, les informations échangées, la sentence arbitrale (Titre I).
61. La protection des informations dans une procédure arbitrale à travers le principe de la confidentialité s'est révélée être peu effective dans sa mise en œuvre. Trop de circonstances les exposent. Des fois, soit par l'action volontaire des parties ou par des actions licites des tiers, elles se retrouvent divulguées. Ce régime général de protection des informations confidentielles en arbitrage commercial qu'on peut légitimement qualifier de précaire est celui qui sert également à la protection des secrets d'affaires au plan international. La France dans son décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, décret qui a été salué¹⁰³ de partout dans le monde, a fait l'option de ne point traiter de la question de la confidentialité en matière arbitrale internationale. Pour le Professeur Emmanuel GAILLARD, le droit français est maintenant « *l'un des plus favorables à l'arbitrage qui puisse se concevoir* »¹⁰⁴.
62. Malgré l'importance que revêtent les secrets d'affaires pour les entreprises et pour les affaires en général, leur protection surtout au plan international durant une procédure arbitrale n'est pas adaptée à leur nature. Les secrets d'affaires sont très exposés. Trop de situations les exposent dans une procédure arbitrale. Ce système de protection tel que pratiqué, expose les informations que les parties auraient souhaité garder secrètes (Titre II).

¹⁰¹ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0943>, consulté le 08-08-2019.

¹⁰² I. M. SMEUREANU, *Confidentiality in international commercial arbitration*, (2011), p. 25.

¹⁰³ Le professeur THOMAS CLAY a précisément dit : "Il n'y a personne pour lui trouver un quelconque défaut...", Le nouveau droit français de l'arbitrage, 2011, p. 2.

¹⁰⁴ EMMANUEL GAILLARD ET PIERRE DE LAPASSE, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage », (2011) 2 Cahiers de l'Arbitrage 263 au para 2 [Gaillard et de Lapasse] et Ch. JARROSSON et J. PELLERIN (" Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011" Rev. Arb. 2011, p5, spéc. n° 86, p.60).

TITRE I : LE RÉGIME DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL

- 63.** Il semble émerger au plan international un consensus tant au niveau des textes qui l'évoquent qu'au niveau de la doctrine sur les caractéristiques qui définissent un secret d'affaires. Pour qu'une information soit considérée comme un secret d'affaires, il faut qu'elle ait une valeur économique ou commerciale ou qu'elle procure à son auteur un avantage concurrentiel sur les autres entrepreneurs dans le secteur. Il faut de manière objective que l'auteur de ce secret d'affaires prenne des dispositions pour le protéger. Enfin, le secret d'affaires doit detenir sa valeur économique du seul fait qu'il est secret.
- 64.** La reconnaissance internationale du secret d'affaires a permis le developpement d'un droit qui protège l'auteur du secret et lui garantit une jouissance paisible dans sa communauté. Aujourd'hui, l'auteur d'un secret des affaires peut céder ses droits comme le ferait tout propriétaire. Ceci est la conséquence de plusieurs travaux théoriques de conceptualisation qui ont contribué à développer l'idée qu'une information commerciale non divulguée, pouvait être une propriété au même titre qu'une propriété tangible (Chapitre 1).
- 65.** La protection des secrets d'affaires en arbitrage commercial relève du domaine du droit général de la confidentialité. Le principe de la confidentialité a été introduit en arbitrage par la jurisprudence, surtout celle anglaise. Cette dernière¹⁰⁵ a estimé à plusieurs reprises que les parties qui font le choix d'arbitrer leur differend ont manifesté par ce fait leur intention de ne pas voir les informations divulguées dans une salle d'audience arbitrale se retrouver sur la place publique. Faire autrement équivaldrait à ouvrir la salle d'audience au public. Les cours anglaises ont par cette position constante, justifié l'existence d'une confidentialité inhérente dans une procédure arbitrale. L'application du principe de confidentialité serait un droit acquis à l'actif des parties à une procédure arbitrale. La France traditionnellement était jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011 partisane de l'application rigoureuse d'un principe de confidentialité au plan tant interne qu'international.
- Le concept de la confidentialité inhérente n'est pas partagé par les cours américaines et

¹⁰⁵ Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir [1997] APP. L.R. 12/19, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports. Typeset by NADR. Dolling-Baker.

australiennes, notamment à travers l'arrêt *Esso*¹⁰⁶. Elles estiment que la confidentialité a sa source dans la volonté des parties expressément exprimée dans un écrit (Chapitre 2).

¹⁰⁶ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others* (1995) 128 ALR 391.

CHAPITRE I : LES SECRETS COMMERCIAUX

66. Les secrets d'affaires sont des informations, données commerciales, industrielles, financières, etc qui ont une valeur économique¹⁰⁷. Ils sont caractérisés par le fait qu'ils ont une valeur économique inhérente et le lui doivent au fait qu'ils sont et demeurent secrets.
67. Les secrets d'affaires procurent à leur auteur tous les attributs et obligations d'un droit de la propriété. Il peut disposer de ce droit à volonté. Il peut aussi ester ou attraire en justice, en défense de son bien. Les secrets d'affaires, bien qu'immatériels ne souffrent de nos jours d'aucun complexe en comparaison avec un bien matériel.
68. Les droits accordés à l'auteur du secret d'affaires ne sont cependant pas illimités. Comme tous les droits, ils connaissent des limitations qui peuvent être justifiées par l'ordre public ou par l'exercice par d'autres membres de la société de leurs droits. Dans le premier cas, l'Etat peut, pour des raisons de protection de l'ordre public, ordonner à l'auteur du secret la divulgation de ce dernier. Dans le second cas, un tiers peut aussi légalement avoir accès au secret d'affaires de l'auteur, notamment par le biais du désossement (*reverse engineering*)¹⁰⁸ qui est un procédé qui permet à une autre personne de se procurer licitement sur le marché, un produit contenant

¹⁰⁷ F. Dessemontet, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », p. 23, <https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files>, consulté le 08-08-18.

¹⁰⁸ "Engineering is the profession involved in designing, manufacturing, constructing, and maintaining of products, systems, and structures. At a higher level, there are two types of engineering: forward engineering and reverse engineering.

Forward engineering is the traditional process of moving from high-level abstractions and logical designs to the physical implementation of a system. In some situations, there may be a physical part without any technical details, such as drawings, bills-of-material, or without engineering data, such as thermal and electrical properties.

The process of duplicating an existing component, subassembly, or product, without the aid of drawings, documentation, or computer model is known as reverse engineering.

Reverse engineering can be viewed as the process of analyzing a system to:

1. Identify the system's components and their interrelationships ;
2. Create representations of the system in another form or a higher level of abstraction ;
3. Create the physical representation of that system.

Reverse engineering is very common in such diverse fields as software engineering, entertainment, automotive, consumer products, microchips, chemicals, electronics, and mechanical designs. For example, when a new machine comes to market, competing manufacturers may buy one machine and disassemble it to learn how it was built and how it works. A chemical company may use reverse engineering to defeat a patent on a competitor's manufacturing process. In civil engineering, bridge and building designs are copied from past successes so there will be less chance of catastrophic failure. In software engineering, good source code is often a variation of other good source code." <http://www.npd-solutions.com/reverse-engineering.html>, consulté le 19/10/2016.

ledit secret d'affaires, de le démonter et de découvrir le secret qui est utilisé pour sa fabrication (section 1).

69. La classification des secrets d'affaires comme droit de la propriété n'a pas été chose aisée. Pour les uns, les secrets d'affaires sont des droits de la propriété comme tous les droits. Par conséquent toutes les caractéristiques du droit de la propriété lui sont reconnues. Pour d'autres, cela ne pouvait être le cas lorsqu'on sait que seul l'auteur du secret d'affaires connaît son existence. Le secret d'affaires étant immatériel, existant pour la majorité des cas, uniquement dans la tête de son auteur, comment pouvait-il être une propriété?
70. La consécration des secrets d'affaires comme un droit de la propriété s'explique en grande majorité par le développement de leurs fondements théoriques. Cette démarche de conceptualisation de l'idée que le secret d'affaires, un droit immatériel, pouvait être conçu comme un droit de la propriété a facilité la caractérisation de ces derniers comme un droit de la propriété à part entière (section 2).

SECTION 1 : NOTION DE SECRETS COMMERCIAUX

71. Bien d'efforts ont été faits ces dernières années, que ce soit au niveau des Etats ou sur le plan international pour une consécration de la notion de secrets d'affaires.
- Au niveau des Etats, des pays comme les USA, sont parvenus à une définition juridique de ce qu'il faut entendre par ce concept à travers l'« *Unites –States Trade Secret Act (USTSA)* ». La France, à travers sa loi¹⁰⁹ du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires a de manière significative consolidé la protection des secrets d'affaires au plan intérieur. Au niveau international et communautaire, plusieurs textes notamment, celui de l'ADPIC, la Directive de l'UE portant protection des savoir-faire et des renseignements commerciaux non divulgués (secrets d'affaires) ont aussi adopté une définition juridique du secret d'affaires (§1).
72. Les secrets d'affaires sont des droits dont la détention régulière donne à leur auteur des prérogatives inhérentes aux droits de la propriété. Il peut s'opposer à ce qu'une tierce personne n'en dispose sans son consentement. Toutefois, les droits que lui confère la propriété des secrets d'affaires ne sont pas absolument exclusifs. Il existe des voies qui permettent à d'autres personnes d'en disposer légalement sans son autorisation (§2).

¹⁰⁹Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n°0174 du 31 juillet 2018 texte n° 1.

§1. Le secret commercial, une propriété intellectuelle non traditionnelle¹¹⁰

73. Les secrets commerciaux¹¹¹ sont qualifiés par certains auteurs surtout anglo-saxons d'anomalies¹¹² dans le droit de la propriété intellectuelle. Un célèbre commentateur les a même qualifiés de parasites (*parasites*)¹¹³. Et pourtant, selon, un autre auteur, ils sont les plus importants des IPs et également ceux qui connaissent plus d'actions en justice au niveau des Etats¹¹⁴. Cette qualification des secrets d'affaires d'IPs n'est pas globalement acceptée surtout par les pays européens qui les traitent sous un régime différent. Ils voient dans l'ensemble, la protection accordée par le droit du secret d'affaires comme une forme complémentaire ou distincte de protection comparée à celle accordée par le droit de la propriété intellectuelle¹¹⁵.
74. La particularité des secrets commerciaux tient probablement au fait qu'ils sont les plus incorporels des actifs incorporels¹¹⁶. Une définition du concept de secret commercial (**A**) et des droits qu'il confère à son auteur (**B**) permettra sûrement d'amorcer une compréhension graduelle de cette notion difficilement saisissable qu'est le concept de secrets commerciaux ou secrets d'affaires.

A. Définition juridique des secrets commerciaux

¹¹⁰ Dans la synthèse d'une étude commanditée par l'Union Européenne, et selon son auteur, parlant des secrets commerciaux : « Considérés comme accessoires ou exclus des droits de la propriété intellectuelle, traditionnelle, les secrets d'affaires ne sont pas faciles à classer, car ils naissent de la combinaison de différents types d'informations techniques et commerciales..... ». Baker & McKenzie-Milan, Piazza Meda, 3 20121 Milan, Italie, avril 2013. Cette position de l'auteur de la synthèse vis-à-vis des secrets des affaires indique que ceux-ci ne sont pas, dans la conception européenne, classables avec les propriétés intellectuelles traditionnelles que sont les brevets et marques et droit d'auteur. Cette position tranche avec celle américaine, de l'ADPIC et des textes de l'OMPI qui considèrent les secrets des affaires comme des propriétés intellectuelles à part entière.

¹¹¹ Ici dans cette recherche, les concepts de secrets commerciaux et des secrets d'affaires sont utilisés comme des synonymes.

¹¹² M. RISCH, *Why Do We Have Trade Secrets?*, 11 Intellectual Property L. Rev. 1 (2007). <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>. (Consulté le 26 avril 2016).

¹¹³ R. G. BONE, A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in search of Justification, 86 CAL. L. REV. 241, 245 (1998).

¹¹⁴ J. LERNER, "The Importance Of Trade Secrecy: Evidence From Civil Litigation" (Harvard Bus. Sch., Working Paper No. 96-043, 1994

¹¹⁵ " En protégeant ainsi ces divers savoir-faire et informations commerciales, que ce soit en complément ou en remplacement des droits de propriété intellectuelle, les secrets d'affaires permettent aux créateurs et aux innovateurs de tirer profit de leur création ou de leur innovation et sont dès lors particulièrement importants pour la compétitivité des entreprises ainsi que pour la recherche et le développement et pour les performances liées à l'innovation.", préambule al. 2, Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Journal officiel de l'Union européenne.

¹¹⁶ *Idem.*

75. Les secrets commerciaux sont des informations qui ont une valeur parce qu'elles ne sont pas généralement connues. Les définitions formelles des secrets commerciaux sont soit conventionnelles (dans le cadre des accords ou traités multilatéraux entre Etats) (1) soit étatiques (dans les lois spéciales ou générales traitant des secrets commerciaux ou d'affaires) (2). En général leur caractérisation repose sur trois critères (3).

1-les définitions d'ordre conventionnel

76. L'accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ADPIC) de l'OMC est le premier-né des accords multilatéraux protégeant la propriété intellectuelle. Il vise, selon le texte, à réduire les distorsions et les entraves au commerce international en définissant des normes et des principes adéquats concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, ainsi que des moyens efficaces et appropriés pour leur application. De manière globale, l'ADPIC prévoit une définition des propriétés intellectuelles (PIs), des secrets commerciaux, des normes applicables en la matière et des voies de recours, et des sanctions civiles¹¹⁷.
77. C'est l'article 39 de l'ADPIC qui établit des niveaux minimums de protection des droits des secrets d'affaires par les membres de l'OMC. Il est placé sous la section 7 intitulée « *Protection des renseignements non divulgués* ». Cette section constitue le pilier de la protection internationale des secrets commerciaux au sein de l'OMC. Selon l'article 39 al. 2 : '*Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes*¹¹⁸, sous réserve

¹¹⁷ Les voies de recours comprennent : (i) les mesures pour obtenir et conserver des éléments de preuve (article 43) ; (ii) les injonctions interdisant les contrefaçons et, notamment, empêchant l'introduction de marchandises importées dans les circuits commerciaux de leur pays (article 44); (iii) l'octroi de dommages-intérêts et le paiement des débours de la partie demanderesse (article 45); (iv) la possibilité d'écarter les marchandises contrefaisantes des circuits commerciaux ou d'ordonner leur destruction (article 46); (v) le droit d'obtenir des informations auprès du contrefacteur sur l'identité des tiers participant à la production et à la distribution des marchandises ou services contrefaisants ainsi que de leurs circuits de distribution (article 47) et (vi) les mesures provisoires, en particulier celles qui visent à empêcher l'entrée de produits contrefaisants dans les circuits commerciaux, y compris des marchandises importées immédiatement après dédouanement (article 50)., accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce. Partie III, Section 2, Procédure et mesures correctives civiles et administratives.

¹¹⁸ Aux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et

que ces renseignements :

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;*
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et*
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. '*

78. La définition susmentionnée, contenue dans l'article 39 al. 2 de l'ADPIC sur les renseignements non divulgués, est identique à celle de l'article 1711 de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALÉNA)¹¹⁹, (devenu USMCA (US-Mexico-Canada) avec sa rénégociation en 2018) qui traite entre autres de la protection des secrets commerciaux¹²⁰ aux États-Unis, au Canada et au Mexique.

L'OMPI¹²¹ également reprend globalement la définition de l'ADPIC en relevant que trois

comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant.

¹¹⁹ L'ALÉNA a vu le jour le 17 décembre 1992 entre trois pays du continent américain (les États-Unis, le Canada et le Mexique). Cet accord vise l'élimination des tarifs douaniers et autres barrières au commerce. Il vise aussi l'élimination des disparités entre le niveau de protection offert par le droit de la propriété intellectuelle au sein des trois pays membres.

¹²⁰ « Article 1711 :

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d'empêcher que des secrets commerciaux ne soient divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d'une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu'ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

2. Une Partie pourra exiger que, pour faire l'objet d'une protection, un secret commercial soit établi par des documents, des médias électroniques ou magnétiques, des disques optiques, des microfilms, des films ou autres supports analogues.

3. Aucune des parties ne pourra restreindre la durée de protection des secrets commerciaux tant que subsistent les conditions énoncées au paragraphe 1. »

4. Aucune des Parties ne pourra entraver ou empêcher l'octroi de licences volontaires à l'égard de secrets commerciaux en imposant des conditions excessives ou discriminatoires à l'octroi de ces licences ou des conditions qui réduisent la valeur des secrets commerciaux.

¹²¹ Article 75 règlement arbitral de l'OMPI, <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/#conf2>. Consulté le 26 avril 2016.

conditions fondamentales doivent être remplies pour qu'une information puisse être considérée comme un secret d'affaires et être juridiquement protégée¹²²:

1. l'information doit être secrète ou partagée dans un contexte de confidentialité ;
2. l'information doit avoir une valeur commerciale liée à son caractère secret ;
3. le détenteur de l'information doit avoir déployé des efforts raisonnables dans les circonstances de l'espèce pour garder l'information secrète.

79. Sur la base de la définition de l'OMPI, un secret d'affaires peut être constitué de tout type d'informations, telles que formules, procédés, modèles, données financières, plans d'entreprise, listes de clients, produits secrets, etc qu'une entreprise juge précieuses ou qui lui offrent un avantage sur ses concurrents.

En juin 2016, l'UE s'est aussi dotée d'une directive portant sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Selon un auteur¹²³, cette directive européenne a pour objectif de proposer une définition homogène du secret des affaires au sein de l'Union Européenne et d'harmoniser ainsi les différences existantes en apportant un niveau de protection homogène dans les pays de l'Union. Cette directive définit en son article 2 al. 1 le secret d'affaires comme « des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

a)elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles,

b)elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,

c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes; ... ». Cette définition issue de la directive UE introduit un nouvel élément qui n'existe pas dans celle de l'OMPI : le secret dans sa globalité ou sa configuration et dans l'assemblage exacts de leurs éléments ne sont pas généralement connus des personnes appartenant aux

¹²² Secrets commerciaux et loyauté des salariés, Talhiya Sheikh*, stagiaire à la Division des PME de l'OMPI sur http://www.wipo.int/sme/fr/documents/trade_secrets_employee_loyalty.html. (Consulté le 26 avril 2016).

¹²³ F. BERTON, *Le concept juridique du secret des affaires*, <https://www.berton-associes.fr/blog/droit-des-affaires/secret-des-affaires-protection-juridique/>. (Consulté le 01-06-2019).

milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles.

2- Les définitions d'ordre étatique

La France, dans sa loi de transposition de la directive européenne portant sur les secrets d'affaires a introduit d'importantes nuances qui viennent l'enrichir. Selon l'art. L. 151-1124 du Code de commerce, « *Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :*

« 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

« 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

« 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. » La définition française ajoute à celle de l'article 2 de la directive européenne, deux notions importantes : « effective » et « potentielle ». La loi française s'est fortement inspirée en cela de l'Uniform Trade Secrets Act (UTSA).

85. Aux Etats-Unis, dans le *Uniform Trade Secrets Act (UTSA)*, les secrets commerciaux¹²⁵ comprennent les formules, les dessins, les compilations, les programmes, les instruments, les méthodes, les techniques, ou les procédures qui ont une valeur économique indépendante, actuelle ou potentielle du fait qu'ils ne sont pas généralement connus, ou ne sont pas facilement accessibles¹²⁶ et ont été l'objet d'efforts raisonnables dans la circonstance, de la part de l'auteur

¹²⁴ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>, Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 27 mai 2019).

¹²⁵ According to UTSA, Trade Secrets (i) derives independent economic value, actual or potential, not being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

¹²⁶ Some states, most notably California, omit from the definition the requirement that the information not be readily ascertainable. CAL. CIV. CODE § 3426 .1 (West 1997). Instead, that the information is "readily ascertainable" is a defense by the purported misappropriator. But only if the misappropriator actually "ascertained" the information in a legal way. *Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp.*, 3 Cal. Rptr. 3d 279, 287 (CT. App. 2003); *ABBA Rubber Co. v.*

pour les garder secrets. Il est à noter que dans la loi française des secrets d'affaires, l'article L. 151-1 du Code de commerce en son alinéa 2 utilise en lieu et place de « *actuelle* » utilisé par l'UTSA, la notion « *effective* ». L'utilisation de ces deux différents adjectifs par ces lois respectives ne pose pas une difficulté en ce sens qu'elles recoupent la même réalité. Il s'agit dans les deux cas pour le secret d'affaires d'avoir une valeur commerciale dans son état actuel. Les deux lois sont également ouvertes à l'idée qu'une information considérée comme secret d'affaires soit admise comme tel si sa valeur commerciale est seulement potentielle. En ce sens que, prise dans son état actuel, il puisse ne pas être exploitable par l'industrie.

86. A ce jour, près de 47 Etats de la fédération américaine plus la capitale fédérale, Washington DC, ont adopté l'UTSA. Pour le reste des Etats qui ne l'ont pas adopté, ils utilisent le *Restatement first of the torts de 1939* dont la définition des secrets commerciaux se trouve dans les annotations de sa section 757¹²⁷.
87. La définition de secrets commerciaux par le *Restatement first of the torts* qui est relativement similaire à celle de l'UTSA, comporte certaines importantes différences. L'« *usage unique* » de l'information qui disqualifie une information de la qualification de secret d'affaires sous le *Restatement first of Torts* est écarté sous l'UTSA. Sous l'UTSA, une information utilisée une fois peut toujours être un secret d'affaires. L'exigence d'une utilisation continue en affaires (*continue use in business*) n'est pas retenue par l'*Uniform Trade Secret Act*. De même, dans le *Restatement first of Torts*, l'accent est moins placé sur les efforts pour maintenir le secret comparativement à l'UTSA.

L'UTSA dans son application, étend sa protection au plaignant qui n'a pas encore eu l'opportunité ou n'a pas encore obtenu le moyen d'utiliser son secret. Cette définition de l'UTSA inclut aussi

Sequist, 286 Cal. Rptr. 518, 529 b,9 (Ct. App. 1991). In California, one may not obtain information contrary to the statute and then claim that the information would have been readily ascertainable if only the defendant had acted properly.

¹²⁷ Restatement (first) of torts § 757 cmt. b (1939). The American Law Institute has since withdrawn this section from the Restatement (Second) of Torts in favor of its inclusion in the newer Restatement (Third) of Unfair Competition. However, a few states (and federal and state agencies that deal with trade secrets) continue to use the Restatement (First) of Torts definition, while none appear to use the Restatement (Third) of Unfair Competition. In any event, the Restatement (Third) of Unfair Competition defines trade secrets as "information that can be used in the operation of a business or other enterprise and that is sufficiently valuable and secret to afford an actual or potential economic advantage over others." Restatement (third) of unfair competition § 39 (1995). While this definition differs from that of the UTSA, the comments to section 39 of the Restatement (Third) of Unfair Competition state that the section and definition are intended to track the definitions set forth in the UTSA. *Id.* cmts. a-f. It is unclear why a restatement of the law is necessary where a uniform statute covers the same materials, especially where the statute preempts any common law. Unif. trade secrets act § 7. Perhaps the intent is that non-UTSA jurisdictions will follow a similar rule, though if that is the case, it is unclear why section 39 does not copy the UTSA definition exactly.

les informations qui ont une valeur commerciale d'un point de vue négatif. Par exemple, les résultats de longues et coûteuses recherches qui ont prouvé qu'un processus ne sera pas productif, sont qualifiés de secrets commerciaux. La loi française portant secret d'affaires semble être dans cette logique ou du moins elle ne semble pas l'exclure. Toutefois, il sera prudent d'attendre, considérant le fait que cette dernière est récente, l'attitude des institutions judiciaires qui connaîtront de ces points de droit.

Il faut noter que la directive européenne en son article 2 portant définition du secret des affaires n'utilise ni la notion de « *effective* » ni celle « *potentielle* ». Toutefois, elle les mentionne dans son préambule : « *Par ailleurs, ces savoir-faire ou informations devraient avoir une valeur commerciale, effective ou potentielle* »¹²⁸.

Comparée à la directive européenne, il est honnête de souligner que la loi française est très en avance en ce sens qu'elle couvre les secrets d'affaires potentiels contrairement à la directive. Le législateur français a su tirer avantage de l'ouverture opérée par la directive selon laquelle : « *La présente directive établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Les États membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive,...* »¹²⁹.

88. Sur le plan international, l'ADPIC également semble prendre en son compte les innovations de l'UTSA relevées ci-dessus, en utilisant le concept de *renseignements licitement sous leur contrôle*¹³⁰ sans aucune autre forme de précision pour désigner les secrets d'affaires. Dans cet entendement, l'ADPIC considère aussi bien les informations secrètes actuellement en utilisation que celles qui n'ont jamais été utilisées ou qui n'ont été utilisées qu'une fois. Cette lecture écarte ainsi l'exigence d'une utilisation continue de l'information imposée par le texte du *Restatement first of Torts* américain.

¹²⁸ Préambule al. 14, Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du CONSEIL, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Journal officiel de l'Union européenne

¹²⁹ Art. premier al. 1, Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Journal officiel de l'Union européenne.

¹³⁰ Article 39 al. 2 ADPIC.

89. L'UE dans sa directive a utilisé le « *des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués* » pour désigner les secrets d'affaires. Elle stipule en son al .1 du préambule que : « *Ces savoir-faire et ces informations commerciales de valeur, qui ne sont pas divulgués et que l'on entend garder confidentiels, sont appelés « secrets d'affaires »*¹³¹. La France dans sa loi de transposition a plutôt choisi d'utiliser simplement « *secret des affaires* ». Cette nuance se remarque plus lorsqu'on compare les intitulés des deux textes législatifs. L'UE a adopté : « *Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* ». Le législateur français a préféré « *LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires* ».

Faut-il voir en cela un désaccord entre l'UE et la France sur la notion du secret d'affaire surtout lorsqu'on ajoute le fait qu'il y ait une légère différence entre les définitions dans les deux textes ? Cela semble peut probable. Le législateur français, a juste tiré profit de la possibilité offerte par la directive aux Etats d'améliorer tout en restant dans son cadre « *...Les États membres peuvent, dans le respect des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, prévoir une protection des secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites plus étendue que celle qui est requise par la présente directive* »¹³²

3. Les critères de caractérisation des secrets d'affaires

90. Bien que dans de nombreux pays, la définition des secrets commerciaux soit inexistante ou ne soit pas identique, la plupart des définitions légales, étatiques, institutionnelles¹³³ ou doctrinales des secrets commerciaux existantes s'accordent sur trois éléments essentiels qui reviennent pratiquement et constamment. Malgré quelques légères nuances dans ces définitions, incontestablement, elles contiennent de façon cumulative¹³⁴ :

- la nécessité que l'information ne soit pas déjà connue ou facile d'accès surtout dans le secteur de son utilisation (secrète) ;

¹³¹ Préambule al. 1, directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du CONSEIL, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Journal officiel de l'Union européenne.

¹³² *Idem*.

¹³³ Ici, nous nous référons à l'ADPIC et à l'OMPI et dans une large mesure à l'UTSA et à la loi française qui ont une définition des secrets d'affaires relativement similaire, bâtie sur les trois éléments essentiels cités plus haut dans la plupart des définitions.

¹³⁴ Voir le texte de l'article 39 ADPIC, reproduit *supra*, note 22 et l'article 7. 2 du règlement (CEE) n° 556/89 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article.

- le fait que l'information ait un caractère commercial en raison de sa valeur secrète ; et enfin,
- le fait que l'auteur de l'information considère lui-même ces informations comme secrètes et soit proactif en prenant des mesures pour les protéger¹³⁵.

91. L'aspect économique qui est l'existence inhérente d'une valeur commerciale à l'information secrète est indissociable du secret d'affaires. Ceci fait donc de cette exigence dans l'article 39 al. 2 de l'ADPIC, en matière de protection des secrets commerciaux, l'élément central quand il s'agit de reconnaître à une information le caractère de secret d'affaires. Autrement dit, la « *valeur commerciale* » est la condition essentielle d'une action en justice sur la base de l'article 39 al 2 de l'ADPIC relatif aux informations secrètes.

Avant l'adoption de l'accord ADPIC, la valeur économique du secret n'était pas forcément prise en considération dans la définition du secret en Europe continentale¹³⁶. Aux USA au contraire, « *La conception américaine de la propriété intellectuelle repose sur une vision économique des actifs immatériels* »¹³⁷. Pour les américains, « *A long terme, la propriété intellectuelle devrait être traitée de la même façon que les autres marchandises commerciales, et l'appropriation de la propriété intellectuelle ou son transfert contre une compensation moindre que sa valeur intégrale devrait être soumise aux mêmes considérations que n'importe quelle appropriation ou transfert sans compensation intégrale, qu'on la prohibe, qu'on prévoie un mécanisme d'indemnisation, ou qu'on l'assimile à une forme d'aide économique* »¹³⁸.

92. La justification ultime de l'ADPIC est de régler les aspects de la propriété intellectuelle qui sont pertinents dans le commerce international. Il s'agit en clair de protéger les investissements dans les propriétés intangibles¹³⁹. L'origine historique de cette exigence de valeur économique réside, selon le Professeur François DESSEMONTET¹⁴⁰, dans les lois américaines qui exigent une

¹³⁵ ATF 80 IV 27; tous les arrêts subséquents semblent consacrer cette exigence, sauf les ATF 109 Ib 56 et 118 Ib 559.

¹³⁶F. DESSEMONTET, *La protection du savoir-faire industriel*, thèse Lausanne 1974, pp. 162 s.

¹³⁷ Idem.

¹³⁸F. M. Abbott, Protecting First World Assets in the Third World : Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 22, 4/89, p. 739 ; v. FRANÇOIS DESSEMONTET: « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », p. 1.

¹³⁹Voir F. DESSEMONTET, *La protection du savoir-faire industriel*, thèse Lausanne 1974, pp. 162 ss; cf. A. Troller, in *The Protection of Know-How - General Report*, in *The Protection of Know-How in 13 Countries. Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law*, Pescara 1970, Herman Cohen Jehoram éd., Kluwer - Deventer 1972, pp. 155-156.

¹⁴⁰ F. DESSEMONTET, Arbitration and Confidentiality, 7 AM, REV. INT'L. ARB.299,307 (1996).

estimation de la valeur des secrets volés pour qualifier la peine de ("simple misdemeanor¹⁴¹") ou de ("High misdemeanor").

93. La preuve de la valeur économique du secret d'affaires n'est pas facile à établir. Elle ne peut pas être établie par le canal des registres comptables, ni par sa valeur sur le marché puisque le marché de ces propriétés intangibles qui demeurent dans la tête ou dans le secret de leur auteur n'existe pas encore. Le procédé adopté pour les évaluer est le standard selon lequel la valeur économique de l'information confidentielle est égale à la perte possible subie par l'auteur ou aux bénéfices manqués en raison du vol.
94. La valeur économique d'une information n'a pas forcément un lien avec un avantage économique sur un concurrent, contrairement à ce que les définitions dans le *Restatement Third of Unfair competition* des Etats-Unis et celle de l'OMPI retiennent. Il est suffisant que l'information qu'on essaie de protéger ait une valeur économique pour une autre personne. C'est le cas par exemple lorsque l'auteur entreprend une recherche coûteuse pour seulement découvrir qu'une certaine procédure ne fonctionne pas. Cette information peut être protégée par le droit du secret d'affaires puisque qu'elle peut être d'une grande valeur pour une autre personne. C'est le cas également lorsque l'auteur a une information sur une recherche qui porte sur un produit qui n'est pas encore sur le marché, l'auteur pourrait la protéger comme un secret d'affaires.
95. Les cours américaines¹⁴² considèrent certains facteurs pour déterminer si l'information a une valeur économique. Elles cherchent à savoir si l'auteur a fait un investissement financier conséquent pour la développer. Bien que l'argent que l'auteur a dépensé pour créer l'information ne soit pas à lui seul forcément suffisant pour dire que l'information a une valeur économique, cela montre que si l'auteur est prêt à dépenser pour développer l'information, quelqu'un d'autre sera intéressé à payer pour l'acquérir.
- Il y a également l'effet d'une licence. Est-ce que l'auteur a accordé une licence sur l'information ? Si d'autres personnes ont l'intention de payer pour acquérir l'information cela pourrait être que cette information a de la valeur.
- L'argent dépensé par l'auteur de l'information pour la protéger pourrait aussi prouver que

¹⁴¹ Un délit punissable par une peine correctionnelle.

¹⁴² <http://www.legalmatch.com/law-library/article/economic-value-of-trade-secret-information.html>. (Consulté le 20 Août 2015).

l'information pourrait être d'une valeur. Le fait aussi qu'une personne ait l'intention d'utiliser les moyens inappropriés pour acquérir l'information en violation des standards d'éthique pourrait aussi prouver que la personne a pensé que l'information a de la valeur.

Le fait finalement que le développement de la même information par une autre personne va coûter cher est une indication de la valeur de l'information même si l'auteur n'a pas dépensé autant d'argent pour la découverte de ladite information.

96. En France, pour déterminer la valeur du secret, il faut se référer à l'article L. 152-6 du Code de commerce portant critères de fixation des dommages et intérêts. Il dispose que pour déterminer le préjudice effectivement subi, il faut prendre en considération :
- les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret d'affaires, dont le manque à gagner, la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ;
 - le préjudice moral causé à la partie lésée ;
 - Les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret d'affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retiré de l'atteinte.
97. Les deux autres conditions de caractérisation des secrets commerciaux sont le caractère objectif et le caractère subjectif du secret. Pour qu'un secret soit en général digne de protection, la doctrine retient qu'il ne doit pas être généralement connu ou facile à obtenir¹⁴³. La doctrine qualifie ceci de *secret objectif*¹⁴⁴. En plus du caractère objectif du secret, il doit être subjectif. L'auteur du secret doit entendre le conserver; c'est-à-dire qu'il doit prendre des mesures nécessaires à cet effet¹⁴⁵.
98. Pour être considéré comme objectif, le secret ne doit pas être déjà présent dans le domaine public¹⁴⁶, ceci empêchera toute qualification de secret. Selon l'article 39 al. 2 ADPIC consacré au caractère *objectif*, l'information non divulguée sera secrète si elle n'est pas « *connue généralement* » ou « *aisément accessible à des personnes qui appartiennent aux milieux traitant*

¹⁴³ J.M. MOUSSERON, « Aspect juridique du know-how », *cahier de droit de l'Entreprise* 1972/1, p.1. Spéc. p. 6.

¹⁴⁴ Voir F. DESSEMONTET, "La protection du savoir-faire industriel", thèse Lausanne 1974, pp. 162 ss; cf. A. TROLLER, in *The Protection of Know-How - General Report*, in *The Protection of Know-How in 13 Countries. Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law*, Pescara 1970, Herman Cohen Jehoram éd. Kluwer - Deventer 1972, pp. 155-156.

¹⁴⁵ ATF 80 IV 27; tous les arrêts subséquents semblent consacrer cette exigence, sauf les ATF 109 Ib 56 et 118 Ib 559.

¹⁴⁶ St. BOND, *11 Arb. Int.* (1995), p. 274 no 7: « la CCI ne publiera que ce qui est dans le domaine public. »

habituellement ce genre d'information ».

Ce caractère objectif du secret d'affaires se retrouve aussi dans l'article 1^{er}, section 7 (2) de l'ancien règlement européen n° 556/89 du 3 novembre 1988 portant application de l'article 85(3) du Traité de Rome à certaines catégories de licence de savoir-faire, qui était encore en vigueur tel quel, lors de la rédaction de l'article 39 ADPIC. Ce facteur objectif se traduit par la conséquence qu'aucune information¹⁴⁷ ne sera protégée si elle fait déjà partie du domaine public, c'est à dire si elle est : « *une information généralement connue* »¹⁴⁸. La directive (UE) 2016/943, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites et la loi française du 30 juillet 2019 portant sur la protection du secret des affaires vont également dans le même sens respectivement aux article 2 et art. L-151-1 al. 1. Ces deux textes soutiennent que cette information ne doit pas être « *généralement connue* » ou « *aisément accessible aux personnes familières de ce type d'informations en raison de son caractère secret* ».

99. Analysant la notion d'« *une information généralement connue* », le Professeur François Dessemontet soutient que la notion de domaine public, dans le sens de l'application de l'article 39 (2) ADPIC, ne se confond pas aux frontières nationales, encore moins aux frontières régionales internes des grands Etats. Selon lui, à l'époque d'internet, les connaissances techniques et commerciales sont en réseau global; il ne serait pas possible d'admettre que tout ce qui a été publié dans le monde entier détruit le secret comme il détruirait la nouveauté d'un brevet. Il suggère de faire l'examen de ce qui est « *généralement connu* » de manière concrète. Il écrit qu'il convient de circonscrire le « *généralement connu* » à la communauté nationale où la question se pose. Il retient également que, même si une connaissance est disponible sur le net ou sur un réseau similaire, il conviendra d'examiner dans quelle mesure un code est requis pour y accéder. Si les conditions d'accès sont très onéreuses, la connaissance ne sera pas « *aisément accessible* ».

¹⁴⁷ Selon F. DESSEMONTET : « *Les secrets commerciaux dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce* », le terme "secret" signifie que l'ensemble du savoir-faire, considéré globalement ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses éléments, n'est généralement pas connu ou facile à obtenir, de sorte qu'une partie de sa valeur réside dans l'avance que sa communication procure au licencié; il ne doit pas être entendu au sens strict, c'est-à-dire que chaque élément individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir en dehors de l'entreprise du donneur de licence." page 12. https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/SSJ_FSA.pdf, consulté le 19-07-18

¹⁴⁸ *In re Provident Credit Card Cases*, 96 Cal.App.4th 292, 304 (2002).

100. Cette conception du Professeur François Dessmontet de la notion d'une information « *généralement connue* » a deux conséquences importantes. La première est qu'elle permet de distinguer clairement le secret d'affaires du brevet. Le brevet, lorsqu'il est publié devient généralement connu partout dans le monde ; il est censé s'imposer à toute personne subséquente qui serait tentée de reproduire la même invention ou le même procédé. Le fait qu'il soit « *généralement connu* » constitue sa protection. Par contre, le secret d'affaires dès qu'il est généralement connu dans la communauté nationale, il ne peut plus être protégé comme tel.

Le deuxième intérêt de cette lecture du domaine public vient du fait que, étendre l'application du « *généralement connu* » à la terre entière sera contre-productif pour l'innovation et contre-productif pour la communauté. Comme nous le savons, la même information peut exister ailleurs avec un autre auteur, et il est possible pour d'autres personnes d'avoir de manière licite le même secret.

Le secret d'affaires ne doit pas aussi être facile à obtenir. C'est le cas lorsqu'un document est publié ou rendu généralement accessible dans une foire industrielle, sur internet, dans des revues techniques.

101. Le dernier critère du secret d'affaires est son caractère subjectif qui nécessite une action proactive de son auteur. La plupart des ordres juridiques qui traitent de la question du secret d'affaires exigent de l'auteur du secret-qui en souhaite la protection-de prendre les mesures appropriées à cette fin.

Le maintien du caractère secret ne va pas de soi. Le détenteur du secret qui n'aurait pas pris des précautions pour le protéger, en fait déréliction, c'est-à-dire abandon à la société¹⁴⁹. Sur ce point, la Directive de l'UE et la loi française présentent également une nuance. L'article L.151-1 al. 3 du Code de commerce précise aussi une troisième condition cumulative : « 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ». La directive de l'UE en son article 2. c dispose : « Elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes . » La loi française en utilisant l'indicatif présent « Elle fait l'objet » retient que le détenteur légitime doit exécuter une protection continue du secret d'affaires qu'il soit actuel ou potentiel. Par contre

¹⁴⁹ L'art. 39 ch. 2 ADPIC exige également que le détenteur des informations confidentielles ait pris des mesures raisonnables pour les conserver secrètes. Cette exigence prévaut sur les droits nationaux plus stricts, qui, par hypothèse, exigeraient que les mesures soient "suffisantes", mais si un Etat protège les secrets sans requérir de pareilles mesures, il ne viole probablement pas l'ADPIC. Voir O. WENIGER, pp. 160 -162, pour une critique de l'exigence subjective du secret.

la directive a utilisé le passé composé « *elles ont fait* ». Ceci traduit un effort passé. Cette approche française est également celle de l'UTSA qui voit dans l'effort continue de prise de mesures de protection du détenteur légitime une preuve de la valeur de ces informations pour ce dernier.

102. Le droit français fait aussi référence aux « *informations sensibles* » qui devraient être distinguées des secrets d'affaires. Selon une publication de la délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information¹⁵⁰ de la République française, intitulée « *Protection des informations sensibles* », les informations sensibles sont des informations ne relevant pas du secret défense, mais dont la destruction, la falsification, le détournement ou l'utilisation frauduleuse porterait atteinte aux intérêts nationaux, aux patrimoines scientifique, ou à la vie privée et professionnelle des individus. Ces informations sensibles peuvent, selon leur teneur, recevoir une mention de protection « *Diffusion Restreinte* », « *Confidentiel* », « *Spécifique* » ou « *Secret spécifique* » au sein d'organismes civils et industriels.
103. Les informations sensibles au niveau des sociétés sont contenues dans les Bases de Données économiques et Sociales (BDES) pour les entités de moins de 50 employés et dans les Bases de Données Uniques (BDU) pour les entités avec un nombre plus important de salariés. La mise en place d'une Base de Données Uniques (BDU) était devenue obligatoire à compter :
- du 14 juin 2014 pour les entreprises d'au moins 300 salariés ;
 - du 14 juin 2015 pour celles ayant un effectif compris entre 50 et 300 salariés.

Cette base de données unique (BDU) doit permettre aux employeurs de constituer une base à l'information et à la consultation des représentants du personnel sur les orientations stratégiques de l'entreprise. A compter du 31 décembre 2016, elle permet la mise à disposition du Conseil d'Etat (CE) des informations qui lui sont transmises de façon récurrente.

Dans une Base de Données économiques et Sociales (BDES) ou une Base de Données Uniques (BDU) figurent des informations qu'une personne est réticente à communiquer, par exemple, la

¹⁵⁰ République Française, premier ministre, Délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information, protection des informations sensibles ne relevant pas du secret défense, service central de la sécurité des systèmes d'information, édition mars 1993. http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_809.pdf. (Consulté le 24 Mai 2016)

rémunération de dirigeants mandataires sociaux¹⁵¹. Toutefois, ces informations n'ont pas une valeur spéciale. Il a été jugé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence que la part des cinq rémunérations les plus élevées de l'entreprise dans la masse salariale ne constitue pas une information confidentielle¹⁵². La seule circonstance de nature à faire obstacle à la communication des informations sensibles serait que lesdites informations sensibles concernent le groupe dans son ensemble et qu'elles ne puissent pas être subdivisées société par société. Dans un arrêt relativement récent, la Cour de cassation a rappelé que pour se prévaloir de la confidentialité, l'employeur doit : «

- non seulement déclarer l'information comme confidentielle ;
- mais aussi justifier, par des éléments objectifs, le caractère confidentiel des informations. C'est-à-dire prouver en quoi elles peuvent nuire aux intérêts légitimes de l'entreprise si elles sont divulguées. »¹⁵³

Il paraît clair que la notion du secret d'affaires comme définie par la loi française relative à la protection du secret des affaires se distingue de la notion de l'information sensible surtout par son régime juridique. Elle ne fait pas par conséquent partie de la sphère de la présente recherche.

- 104.** Il est aussi important de distinguer le secret des affaires des données à caractère personnel. Dans le cadre européen, c'est la « *Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de*

¹⁵¹Comment traiter les informations sensibles, confidentielles et protégées, <https://www.sea-avocats.fr/articles/10-comment-traiter-les-informations-sensibles-confidentielles-et-protegees-23.htm>, (Consulté le 25 juin 2019).

¹⁵² « La cour d'appel d'Aix-en-Provence (CA Aix-en-Provence, 9e ch. 3 nov. 1997, n° 94/7207) a précisé qu'une information donnée, à un comité d'entreprise, sur la part des rémunérations les plus importantes dans la masse salariale globale de la société ne pouvait être considérée comme revêtue du caractère confidentiel. Cette information intéresse directement les salariés, tant au regard des négociations annuelles dans l'entreprise que compte tenu des termes d'une note de service déjà diffusée et qui envisageait une réduction de la masse salariale. La divulgation de cette information n'est donc pas de nature à compromettre gravement le devenir de l'entreprise, il s'agit de la seule répartition des salaires dans la société », <https://www2.editions-tissot.fr/actualite/representants-du-personnel-ce/les-informations-confidentielles-de-la-bdes-et-l-obligation-de-discretion>. (Consulté le 25 juin 2019).

¹⁵³ Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale, 5 novembre 2014, no 13-17270, <https://www2.editions-tissot.fr/actualite/representants-du-personnel-ce/les-informations-confidentielles-de-la-bdes-et-l-obligation-de-discretion>. (Consulté le 25 juin 2019).

détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil »¹⁵⁴ qui définit et organise le traitement des données à caractère personnel. En son article 3 al. 1, elle dispose : « données à caractère personnel », toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée »; elle clarifie dans le même paragraphe la notion de « personne physique » : « ...est réputée être une «personne physique identifiable» une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale. »¹⁵⁵. Cette directive par son objet vise clairement la protection des citoyens européens contre des atteintes qui pourraient résulter des autorités compétentes nationales et qui pourraient affecter leurs droits personnels. Elle vise à s'assurer que le traitement des données à caractère personnel des citoyens des Etats est fait dans le respect des textes en vigueur tant au niveau national que communautaire. Ceci se déduit de l'article premier al. 1 qui dispose que : « La présente directive établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces. »¹⁵⁶ Pour la directive européenne, il faut entendre par : « traitement», toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que

¹⁵⁴ « Directive (ue) 2016/680 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil», https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0089.01.FRA&toc=OJ:L:2016:119:TOC. (Consulté le 02-06-2019).

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Article premier al. 1, « Directive (ue) 2016/680 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil», https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.119.01.0089.01.FRA&toc=OJ:L:2016:119:TOC. Consulté le 02-06-2019.

la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

105. En France, c'est la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles¹⁵⁷ qui a organisé la transposition de la directive européenne en droit interne. Promulguée le 21 juin 2018, elle a modifié la loi Informatique et Libertés afin de mettre en conformité le droit national avec le cadre juridique européen. Ceci pour permettre la mise en œuvre du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD)¹⁵⁸ et de la *Directive « police-justice »*, applicable aux fichiers de la sphère pénale.
106. L'UE et les autres pays qui la composent ont compris l'importance de la protection des données à caractère personnel qui ne sont pas des secrets d'affaires¹⁵⁹. Il n'est pas toutefois exclu que les éléments considérés comme données à caractère personnel (nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale) puissent être des secrets d'affaires dans certaines circonstances. Toutefois, en considérant dans un esprit comparatif les deux régimes juridiques distincts, les données à caractère personnel ne seront abordées que de manière incidente dans cette recherche.

B. Les droits de l'auteur des secrets commerciaux

107. L'auteur du secret d'affaires a des droits qu'il peut opposer aux tiers. Le droit est reconnu au propriétaire d'exclure les autres qui seraient tentés de s'approprier son secret à condition que le détenteur ait acquis le secret d'affaires de manière licite. Il peut en faire une libre disposition et ester en justice en défense de son secret d'affaires.

Le secret demeure toujours secret et l'auteur retient ses prérogatives même si plusieurs dizaines de personnes sont au courant de l'information contenue dans le document en question. Le caractère secret demeure tant que le document ou l'information demeure dans *un cercle fermé*.

¹⁵⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/6/20/JUSC1732261L/jo/texte>. (Consulté le 02-06-2019).

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ Cette précision est importante en ce sens qu'il n'est pas exclu que des éléments listés comme étant des données à caractère personnel soient reconnus comme des secrets d'affaires s'ils répondent aux critères qui les caractérisent.

108. Les secrets commerciaux, se distinguent des autres propriétés intellectuelles dites traditionnelles de plusieurs manières. La différence la plus notable est l'obligation de publication dont font l'objet les propriétés intellectuelles traditionnelles (brevet, droit d'auteur,...) comme le retiennent les dispositions pertinentes des textes de l'OMPI.

C'est avec le brevet que le secret d'affaire présente le plus de similitudes. L'octroi d'un brevet pour un nouveau procédé, machine, fabrication ou composition de matière accorde au breveté la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, de construire, d'exploiter et de vendre à d'autres l'objet de son invention. Cette exclusivité existe pour une période de vingt ans¹⁶⁰.

Le secret commercial ou d'affaires peut englober la même matière que celle contenue dans une demande de brevet mais le maintien de la confidentialité de l'information a comme objectif et effet d'exclure les tiers pour une période indéterminée aussi longtemps que l'information demeure secrète. La protection accordée par le droit du secret d'affaires est donc illimitée. Elle existe aussi longtemps que le secret de l'information est gardé.

109. Selon, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle¹⁶¹, il est avantageux de recourir à la protection offerte par le secret commercial, dans les cas suivants :

- lorsque le secret n'est pas brevetable ;
- lorsqu'il existe une forte probabilité que les renseignements pourront être tenus secrets pendant une longue période.

110. Si les renseignements secrets consistent en une invention brevetable, la protection par la voie du secret d'affaires n'est indiquée que si le secret peut garder son caractère confidentiel pendant plus de 20 ans et si des tiers ne sont pas susceptibles de mettre au point la même invention de manière licite. Par exemple par le désossement ou la « *reverse engineering* ».

111. Le droit d'auteur et celui du brevet qui sont basés sur le principe que l'innovation et la créativité sont respectivement récompensés à travers une garantie limitée par le gouvernement d'une exclusivité dans le temps pour permettre à l'auteur le recouvrement de son investissement. La politique en matière de brevet et de droit d'auteur encourage l'amélioration du produit fini et la

¹⁶⁰ La protection est conférée pour une durée limitée, en général 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande http://www.wipo.int/patents/fr/faq_patents.html. (Consulté le 11-07-18).

¹⁶¹ http://www.wipo.int/sme/en/ip_business/trade_secrets/patent_trade.htm. (Consulté le 21 juillet 2017).

liberté pour tous d'utiliser la matière qui est en dehors de la protection¹⁶².

112. Les secrets commerciaux de leur côté ont un traitement différent. L'auteur des secrets commerciaux est ici récompensé parce qu'il garde l'information secrète, loin du public et indéfiniment. Ainsi, cette information qui n'est ni sous brevet ni relevant d'un droit d'auteur est protégée aussi longtemps que l'auteur peut la garder secrète.
113. Les informations secrètes n'ont pas besoin d'une originalité pour être considérées comme telles¹⁶³. La jurisprudence en droit américain dans l'arrêt *Seaquist*¹⁶⁴ retient que les informations relevant des secrets commerciaux n'ont pas à être *originales*. Ceci ouvre la possibilité de protection des informations comme le nom et le numéro de téléphone qui n'auraient pas reçu le même traitement sous le droit d'auteur¹⁶⁵.
114. A la différence du brevet et de la marque « *trademark* », mais comme le droit d'auteur, le droit des secrets commerciaux permet la protection d'information identique si deux parties, de manière indépendante, découvrent l'information secrète¹⁶⁶. Cette attitude du droit des secrets d'affaires et du droit d'auteur, ouvre pour les structures ou parties différentes la possibilité de détenir la même information, et bénéficier de la protection du droit des secrets d'affaires dans les mêmes conditions.
115. Dans la décision rendue par la US Supreme Court dans l'affaire *Kewanee Oil Co. v. Bicron*

¹⁶² M. Risch, Why Do We Have Trade Secrets?, 11 Intellectual Property L. Rev. 1 (2007), <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>. (Consulté le 20 avril 2016); *see also id.* at 115–23 (discussing public benefits of the fair use doctrine in copyright law). Note, however, that copyrighted works need not be published to be protected, but there is little doubt that the public benefits more when such works are published and when others can fairly use portions of them in new works.

¹⁶³ 35 U. S. C. §§ 101–103 (2000). *But see* Jostens, Inc. v. Nat'l Computer Sys., Inc., 318 N.W.2d 691, 699 (Minn. 1982) ("Clearly, the CAD/CAM system as such, as the combination of three generally known subsystems, does not achieve the degree of novelty or 'unknownness' needed for a trade secret."). *Jostens* is not generally accepted.

¹⁶⁴ *ABBA Rubber Co. v. Seaquist* (1991) at <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/235/1.html>, (consulté le 20 avril 2016).

¹⁶⁵ *Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv.*, 499 U. S. 340, 349 (1991); *ABBA Rubber Co. v. Seaquist*, 286 Cal. Rptr. 518, 526 (Ct. App. 1991).

¹⁶⁶ CAL. CIV. CODE § 3426.1(a) (West 1997) ("Reverse engineering or independent derivation alone shall not be considered improper means."). The UTSA does not include this sentence, though reverse engineering is commonly accepted as an exception to improper means. Unif. trade secrets act § 1 cmt. (amended 1985), 14 U. L. A. 538 (Supp. 2006); *see also* *Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV Indus., Inc.*, 925 F. 2d 174, 178 (7th Cir. 1991); *Cadence Design Sys., Inc. v. Avant! Corp.*, 57 p.3d 647, 650–51 (Cal. 2002).

corp¹⁶⁷, il a été retenu que le principe qui soutend le droit des secrets commerciaux est la « *maintenance d'un standard de l'éthique commerciale*¹⁶⁸ ». Selon le *Restatement of Torts, Section 757, Commentaire (f)*, un catalogue complet des méthodes irrégulières de détention de secret des affaires n'est pas possible. Toutefois, une liste des méthodes régulières a été offerte et comprend : la découverte indépendante et le désossement (*reverse engineering*). En plus de ces deux, les autres méthodes licites mentionnées sont : la découverte sous licence du propriétaire du secret commercial, l'observation de l'objet en public ou l'obtention du secret à partir d'une littérature disponible dans le public.

116. En France, « *Est détenteur légitime d'un secret des affaires celui qui en a le contrôle de façon licite* »¹⁶⁹. Selon l'article L.151-3 du code de commerce français, constituent des méthodes d'obtention licite d'un secret des affaires : « 1° Une découverte ou une création indépendante ; « 2° L'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret. ». Le texte français s'aligne sur le texte américain USTA et cadre aussi avec la jurisprudence américaine dans l'arrêt *Kewanee Oil Co. v. Bicron corp* supra. Le législateur français toutefois retient qu'une stipulation contractuelle pourra limiter ces méthodes d'obtention licite de secret d'affaires. Ceci devrait être le cas également dans les autres systèmes de droit.
117. L'auteur du secret d'affaires est donc protégé contre les méthodes d'acquisition irrégulières et impropres. La loi française portant protection du secret des affaires consacre un régime de l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite du secret d'affaires. Pour le législateur, l'obtention d'un secret d'affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime. Il faut en outre ajouter l'une ou l'autre des conditions suivantes. Cette obtention illicite doit résulter soit « 1° D'un accès non autorisé à tout document, objet, matériaux, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une

¹⁶⁷ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U. S. 470, 94 S. Ct. 1879, 40 L.Ed.2d 315 (1974).

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ Art. L.151-2 du code de commerce, loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>, Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 27 mai 2019).

appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; »¹⁷⁰ ou soit « 2° De tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale »¹⁷¹.

L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est donc illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L.151-5 du code de commerce français ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer ou de limiter son utilisation. Cette interdiction est aussi en droit français étendue à la personne qui savait ou aurait dû savoir au regard des circonstances que le secret était utilisé¹⁷² de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L.151-5 du code de commerce français. Le code du commerce français, comme pour réaffirmer l'importance des interdits, les reprend dans l'article suivant (L-151-6 d Code de commerce)¹⁷³.

Dans ces cas de figure, le droit est reconnu au propriétaire d'exclure les autres qui seraient tentés, de s'approprier son secret. Toutefois, une méthode régulière peut incorporer une conduite qui se révèle être impropre dans la circonstance. Par exemple, un concurrent qui fait un vol de reconnaissance du site de construction appartenant à une autre personne, pour déterminer le plan de construction sur ledit site. Dans le cas présent, bien que le survol par un avion soit régulier, la reconnaissance faite sur le site de construction du concurrent est illégale¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Art. L.151-4 du code de commerce français, LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L,ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>, Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 27 Mai 2019).

¹⁷¹ Idem.

¹⁷² Art. L. 151-5.-« *L'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. « La production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa du présent article.* », code de commerce français, loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L,ELI : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>, Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 27 mai 2019).

¹⁷³ Art. L. 151-6.-« *L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5.* », code de commerce français, loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L,ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>, Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 27 mai 2019).

¹⁷⁴ *E.I. du Pont de Nemours & Co./Inc. V. Christopher*, 431 F.2d 1012 (CA5,1970), Cert. Den. 400 US. 1024 (1970).

§2 . Les atteintes aux droits de l'auteur des secrets commerciaux

118. L'auteur du secret d'affaires a des droits de ce seul fait. Il jouit de tous les droits que lui confère sa qualité d'auteur. Ses droits relèvent des attributs du droit de la propriété. Il est, de ce fait, en droit de prendre toutes les mesures nécessaires pour les protéger. La société les lui reconnaît et elle a élaboré dans certains cas un cadre réglementaire pour les définir et clairement identifier les droits qui s'y attachent et les limites qui leur sont appliquées (A).
119. Comme tout droit, le droit de la propriété a des limites. C'est le cas aussi des droits issus des secrets d'affaires. Ces limites permettent de circonscrire les droits de leur auteur afin de permettre soit la protection de l'ordre public, soit aux autres membres de la société de pouvoir eux aussi exercer leur droit. Dans le premier cas concernant la protection de l'ordre public, les intérêts de la société doivent être placés au dessus de ceux d'un individu lorsqu'il y a conflit et nécessité de protéger le public. Dans le second cas concernant la possibilité pour les autres membres de la société de jouir de leur liberté, il est permis de reproduire le secret de l'auteur de manière légale (B).

A. Les traitements juridiques des atteintes aux droits de l'auteur des secrets commerciaux

120. Sur le plan international, le concept de la concurrence déloyale¹⁷⁵ est le fondement légal sur lequel se base l'ADPIC pour traiter des atteintes aux secrets commerciaux. Selon l'article 39 al. 1^{er} « *En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis¹⁷⁶ de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements*

¹⁷⁵ « Cette notion, qui se trouve dans les dispositions du code de commerce et dans le code de la consommation, émane de l'article 2 de la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963,... », <http://www.juripole.fr>. (Consulté le 20 avril 2016).

¹⁷⁶ Article 10bis Concurrence déloyale :

1) Les pays de l'Union sont tenus d'assurer aux ressortissants de l'Union une protection effective contre la concurrence déloyale.

2) Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale.

3) Notamment devront être interdits :

i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent;

iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises ; voir <http://www.wipo.int/treaties/fr>. (Consulté le 09/07/2018).

non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3 ».

121. Dans le système de protection organisé par l'ADPIC, les Etats membres jouent un rôle déterminant en ce sens que c'est à eux que revient la charge de protéger les renseignements non divulgués en utilisant leurs organisations administratives et judiciaires nationales.

En Europe, avant l'adoption de la Directive¹⁷⁷, le concept de secrets commerciaux était instable¹⁷⁸ et une définition conventionnelle était souhaitée au niveau de la plupart des législations nationales. Certains pays comme l'Autriche, l'Allemagne, la Pologne et l'Espagne s'appuyaient essentiellement sur le droit de la concurrence déloyale. L'UE a entrepris une étude en vue de la conceptualisation conventionnelle du secret d'affaires à travers une directive et celle-ci a finalement été adoptée par le Conseil le 8 juin 2016. Selon le paragraphe 1 de son article 1^{er}, « *La présente directive établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.* »¹⁷⁹

122. La France, quant à elle, avant l'entrée en vigueur de la directive européenne et sa transposition dans le cadre réglementaire français par la loi du 30 juillet 2018, utilisait son Code de la Propriété Intellectuelle pour protéger les secrets commerciaux à travers la théorie de la concurrence déloyale. Depuis le 30 juillet 2018, elle dispose d'une loi portant protection du secret des affaires. L'article 152-1 dispose que « *toute atteinte aux secrets des affaires telle que prévue aux articles L.151-4 à L.151-6 engage la responsabilité civile de son auteur.* »

¹⁷⁷ Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. (Consulté le 09/07/2018).

¹⁷⁸ Les pays regroupés au sein de l'Union Européenne semblent être à des niveaux différents quand il s'agit de la conceptualisation du secrets commerciaux. Les théories varient en fonction des systèmes juridiques et en fonction des Etats. Voir l'extrait du rapport commandité par l'Union Européenne en prélude à une directive communautaire sur les secrets commerciaux « La première conséquence de l'absence de cadre juridique commun est qu'il n'existe aucune définition uniforme des « secrets commerciaux » au sein de l'Union Européenne. En effet, même les Etats Membres dotés de dispositions spécifiques relatives aux réparations civiles et à la protection contre le détournement des secrets commerciaux, ne fournissent aucune définition des informations pouvant être protégées au titre des secrets commerciaux (seulement dix pays parmi les Etats membres disposant d'une législation/de dispositions spécifiques sur la protection des secrets commerciaux ont également prévu une définition des secrets commerciaux). En conséquence, les critères d'éligibilité des informations à la protection des secrets commerciaux sont différents dans chaque pays. En outre, même au sein d'un même pays, les définitions étant souvent couvertes par plusieurs législations, leur conciliation autour d'un concept clair et unique est encore plus difficile.

¹⁷⁹ Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil, du 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, https://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.157.01.0001.01.FRA&toc=OJ:L:2016:157:FULL. (Consulté le 01-06-2019).

Selon l'article L.151-4¹⁸⁰, l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son auteur légitime et qu'elle résulte soit du fait que l'indélicat a eu accès à tout document, objet, matériel, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments. Ou soit que l'indélicat a fait usage de tout autre comportement, considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyale et contraire aux usages en matière commerciale. Le paragraphe 1 de l'article L. 151-4 de la loi du 30 juillet couvre les secrets des affaires contenus dans d'autres éléments (matières) qui pris à part et seuls, ne sont pas des secrets d'affaires.

Elle considère comme illicite le cas où des informations secrètes sont extraites de ces matières. Sous cette même loi est aussi comme obtention illicite une appropriation ou une copie non autorisée de ces éléments contenant le secret d'affaires.

L'utilisation de comportements déloyaux contraires aux usages en matière de commerce pour obtenir une information secrète conduit à la qualification de cette obtention d'illicite (paragraphe 1 de l'article L. 151-4).

- 123.** Selon l'article L.151-5 du Code de commerce français, l'utiliation et la divulgation d'un secret des affaires obtenu dans les conditions mentionnées dans l'article l'article L. 151-4 du Code de commerce français est illicite. Il en est ainsi si la personne a agi en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de délimiter son utilisation. Le fait qu'un commerçant place sur le marché des produits contenant des secrets d'affaires est illicite lorsque ce dernier savait ou aurait dû savoir compte tenu des circonstances, que ces secrets d'affaires étaient utilisés de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L.151-5 du Code de commerce français.
- 124.** Par ailleurs sous cette même loi du 30 juillet 2018, l'illicéité de l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est étendue à une personne qui a acquis le secret d'affaires d'une autre personne qui l'a acquis de manière illicite. Ainsi, une personne qui procède à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires obtenu d'une autre personne

¹⁸⁰Art. L. 151-4. —« L'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte :

« 1° d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; 2° de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commercial », loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR :JUSX1805103LELI:<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte>Alias:<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>. (Consulté le 01-06-2019).

avec la conscience que ce dernier l'a acquis de manière illicite en fait également une obtention, utilisation ou divulgation illicite¹⁸¹.

125. Aux Etats-Unis, certains Etats utilisent la concurrence déloyale (*unfair competition*)¹⁸² pour qualifier les atteintes irrégulières aux secrets d'affaires. Le §40, *Appropriation Of Trade Secrets*, Restatement (third) of unfair competition, dispose que, commet un acte de concurrence déloyale celui qui acquiert, par des voies illicites, des informations qu'il sait ou qu'il a des raisons de savoir qu'ils sont des secrets d'affaires appartenant à une autre personne. C'est le cas aussi lorsque le contrevenant a utilisé ou a divulgué une information secrète à une autre personne, sans le consentement de l'auteur du secret et savait en toute conscience, qu'il commettait ou qu'il pourrait être en train de commettre un acte illicite.
126. La piraterie (*misappropriation*)¹⁸³ est, par contre, le concept principalement préféré pour qualifier les atteintes aux secrets commerciaux aux Etats-Unis d'Amérique. L'UTSA au niveau des Etats et le « *Defend Trade Secret Act* » (DTSA)¹⁸⁴ au niveau fédéral offrent la définition juridique de la piraterie. Le DTSA est la reprise au niveau fédéral du l'UTSA.
127. La définition de la piraterie sous l'UTSA est plus large. Elle comprend la simple acquisition de secrets d'affaires par une personne qui sait ou qui a des raisons de savoir que le secret d'affaires a été acquis par des moyens inappropriés. Est inappropriée la divulgation ou l'utilisation des secrets commerciaux d'une autre personne sans une autorisation expresse, par usage des moyens inappropriés pour acquérir l'information. L'acquisition est aussi inappropriée, lorsqu'au moment de la divulgation ou de l'utilisation des informations, la personne savait ou avait des raisons de savoir que la voie d'acquisition de ces informations est ou était inappropriée. Dans cette définition de l'UTSA, aucune utilisation subséquente ou pendant du secret d'affaires n'est requise pour que la fraude soit établie.

¹⁸¹ Art. L. 151-6.- « L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5 », LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, NOR: JUSX1805103L ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/JUSX1805103L/jo/texte> Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/7/30/2018-670/jo/texte>.

¹⁸² The Restatement of unfair competition (2002) defines the trade secrets.

¹⁸³ <https://thetradesecretsblog.wordpress.com/trade-secrets-law/restatement-of-the-law-third-unfair-competition/>, consulté le 21 juillet 2016.

¹⁸⁴ S.1890 - Defend Trade Secrets Act of 2016, Public Law No: 114-153. (Cobulté le 05/11/2016).

128. Dans le *common law*, l'acte de piraterie de secret d'affaires exige l'acquisition par une personne par des moyens inappropriés (*improper means*)¹⁸⁵ prise ensemble avec l'utilisation ou la divulgation par ladite personne de l'information au détriment de l'auteur du secret d'affaires.

129. La justification derrière la loi portant protection des secrets commerciaux du moins aux USA est le désir d'encourager la recherche et le développement en procurant une protection à l'auteur de l'information commerciale et en garantissant un standard d'éthique commerciale (*To encourage research and development by providing protection to the originator of business information, and the maintenance of standard of commercial ethic*). Ce principe a été énoncé dans la décision *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp*¹⁸⁶.

En Europe, la justification de la protection est contenue dans le paragraphe 4 de l'exposé de motif de la directive portant sur le savoir-faire et les informations confidentielles non divulgués¹⁸⁷. Elle est aussi justifiée par la volonté des Etats européens d'encourager l'innovation, la collaboration entre les acteurs du marché interne européen en brisant les barrières que peuvent susciter la méfiance des entrepreneurs dans un environnement non sécurisé juridiquement et judiciairement.

Au-delà de cette protection légale accordée à l'auteur du secret d'affaires, le cadre juridique normatif connaît des limites.

¹⁸⁵ L'UTSA prévoit que le vol, la corruption, la tromperie, la violation ou la manipulation constituent des violations de l'obligation de maintenir le secret; l'espionnage à travers les moyens électroniques ou autres moyens aussi est couvert ; voir aussi l'UTSA 1985 amendé.

¹⁸⁶ 416 US 470, 94 S. Ct. 1879, 40 L. Ed. 2d 315 - Supreme Court, 1974

¹⁸⁷ « L'innovation ouverte est un catalyseur de nouvelles idées répondant aux besoins des consommateurs et aux défis de société, et permet à ces idées d'atteindre le marché. Une telle innovation constitue un levier important pour la création de nouvelles connaissances et est à la base de l'émergence de modèles d'entreprise nouveaux et innovants fondés sur l'utilisation de connaissances élaborées en commun. La recherche collaborative, y compris la coopération transfrontalière, est particulièrement importante pour accroître l'importance de la recherche et du développement au sein du marché intérieur. Il convient de considérer la diffusion des connaissances et des informations comme un élément essentiel pour créer des opportunités de développement dynamiques, positives et équitables pour les entreprises, en particulier les PME. Dans un marché intérieur où les obstacles à la collaboration transfrontalière sont réduits au minimum et où la coopération n'est pas entravée, la création intellectuelle et l'innovation devraient favoriser l'investissement dans les procédés, services et produits innovants. Un tel environnement propice à la création intellectuelle et à l'innovation et dans lequel la mobilité de la main-d'œuvre n'est pas entravée est également important pour la croissance de l'emploi et pour l'amélioration de la compétitivité de l'économie de l'Union. Les secrets d'affaires jouent un rôle important pour ce qui est de la protection des échanges de connaissances entre les entreprises, y compris, en particulier, les PME, et les organismes de recherche, aussi bien à l'intérieur qu'au-delà des frontières du marché intérieur, dans le contexte de la recherche et du développement, et de l'innovation. Or, les secrets d'affaires sont l'une des formes de protection de la création intellectuelle et des savoir-faire innovants les plus couramment utilisées par les entreprises, et, en même temps, ils sont les moins protégés par le cadre juridique existant de l'Union contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite par d'autres parties., ... », <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR>. (Consulté le 23 -10-2018).

B. Les limites à la protection accordée à l'auteur du secret d'affaires

- 130.** La directive européenne portant protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite a adopté des limites aux droits dont peut jouir le détenteur du secret d'affaires. C'est le paragraphe 2 de l'alinéa premier de la directive qui délimite le champ de non application de la directive de l'union européenne. Sur cette base, elle ne porte pas atteinte à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, au respect de la liberté et au pluralisme des médias (article 1er al.2 .a). Elle ne s'applique pas lorsque les règles de l'Union Européenne ou les règles nationales exigent des détenteurs des secrets d'affaires qu'ils les produisent pour des motifs d'intérêt public, des informations au public ou aux autorités administratives ou judiciaires des Etats (article 1^{er} al. 2b). Elle ne s'applique pas également lorsqu'il s'agit de la divulgation des informations des entreprises que les autorités détiennent en vertu des obligations et prérogatives établies par le droit de l'Union ou le droit national (article 1^{er} al.2 .c).
- 131.** La loi française relative à la protection du secret des affaires admet aussi des limites aux droits du détenteur du secret d'affaires. C'est la section 4 du chapitre I de la loi portant protection des secrets d'affaires qui énumère ces exceptions dans les articles : L. 151-7, L. 151-8, L. 151-9 du Code de commerce. Pris ensemble, ils constituent le corpus des exceptions à la protection qu'impose la loi française du 30 juillet 2018 au détenteur licite du secret d'affaires.
- Selon l'article L.151-7, le secret d'affaires n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou les droits nationaux. Ces exclusions doivent être dans le cadre de l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.
- Sur la base de l'article L.151-8, le détenteur du secret d'affaires ne peut s'opposer à son obtention, son utilisation ou divulgation durant une instance si ceci est justifié par l'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication y compris la liberté de la presse et la liberté d'information selon la charte des droits de l'homme de l'Union européenne (article L.151-8. Al.1). L'obtention, l'utilisation ou la divulgation est aussi permise pour protéger l'intérêt général lorsqu'il s'agit de révéler une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible.

Ceci s'applique aussi à l'exercice du droit d'alerte¹⁸⁸ (article L.151-8. Al. 2). Le secret d'affaires n'est pas opposable lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts légitimes reconnus par l'Union européenne et le droit national (article L.151-8. Al. 3).

L'article L.151-9 expose aussi dans ses deux paragraphes non cumulatifs les conditions dans lesquelles le secret d'affaires n'est point protégé en France à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires. Dans le paragraphe 1^{er}, la protection n'est pas assurée quand l'obtention du secret d'affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants. Pour le paragraphe 2, la divulgation du secret des affaires est licite si elle a été faite par les salariés à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces premiers de leurs fonctions. Elle doit, cependant, être nécessaire à cet exercice. L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance.

- 132.** Les exceptions ne sont pas les seules limites aux droits d'un détenteur licite de secret d'affaires. Le secret d'affaires ne présente pas que des avantages. Son plus grand inconvénient est qu'il n'est pas destiné à conférer un monopole absolu à son détenteur, de sorte que les tiers sont parfaitement libres de développer un produit semblable de façon indépendante ou de procéder au « *reverse engineering* » (ingénierie inverse) ou désossement du produit. Plusieurs personnes peuvent détenir le même secret indépendamment.

A la différence des propriétés intellectuelles qui reconnaissent à leur auteur le droit d'exclure¹⁸⁹, l'auteur d'un secret commercial ne dispose du droit d'exclure que si l'information concernée a été obtenue de manière irrégulière. Le propriétaire de l'information secrète ne peut donc pas

¹⁸⁸ L'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

NOR: ECFM1605542L ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/ECFM1605542L/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/2016-1691/jo/texte>

¹⁸⁹ Perçu ici comme un attribut conféré sur l'auteur en raison de sa qualité de propriétaire, le droit d'exclure est le droit que l'auteur a de refuser à une autre entité, la jouissance de la matière dont il détient le droit exclusif.

exclure l'auteur d'une « *reverse engineering* »¹⁹⁰ ou d'une « *independent discovery* »¹⁹¹.

Dans le cadre des brevets, un inventeur futur du même produit peut être poursuivi même si son invention a été entièrement et indépendamment fabriquée sans prendre connaissance du produit sous brevet.

133. La jurisprudence portant protection des secrets commerciaux interdit les pratiques contraires aux standards d'éthique commerciale. Selon l'arrêt Kewanee de la jurisprudence américaine, les pratiques non contraires aux standards d'éthique commerciale sont des méthodes d'acquisition de secrets commerciaux considérées comme propres (*proper means*). Selon, le *Restatement third of unfair competition*, (...une découverte indépendante et une analyse d'un produit ou information disponible en public ne sont pas des méthodes inappropriées d'acquisition)¹⁹².

134. Sous l'UTSA¹⁹³, les méthodes appropriées sont :

1. découverte par une invention indépendante ;
2. découverte par désossement (*reverse-engineering*) ;
3. découverte sous licence de l'auteur du secret d'affaires ;
4. observation du produit durant son utilisation en public ou son exposé en public ;
5. obtention par le canal d'une publication publique.

135. En France, c'est l'article L.151-3 du Code de commerce qui définit ce qui est une méthode d'obtention licite d'un secret d'affaires. Ce sont, une découverte ou une création indépendante, l'observation, l'étude, le démontage « *ingénierie inverse* » ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la disposition du public ou qui a été de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information.

¹⁹⁰ Selon le droit des secrets commerciaux, une découverte indépendante des secrets commerciaux ne constitue pas une violation. L'annotation de l'USTA retient que le « *reverse-engineering* » est une méthode légale de découverte de secret commerciaux. Mais il est aussi indispensable que l'acquisition du produit qui a fait l'objet de *reverse engineering* soit également acquis de façon légale, par exemple, être acheté sur le marché. Selon l'UTSA, la découverte du secret commercial d'une autre personne demande une acquisition régulière de l'information et doit aussi respecter l'éthique en affaires.

¹⁹¹ *Independent discovery*, couvre la situation où une personne, sans contact avec l'auteur présent du secret découvre aussi la même information.

¹⁹² Restatement (Third) of Unfair Competition, Chapter 4, Appropriation of Trade Values, Topic 2. Trade Secrets (Sections 39-40) © 1995 by The American Law Institute, <http://www.wipo.int/wipolex>. (Consulté le 09-08-2018).

¹⁹³ Uniform trade secrets act with 1985 amendments (The 1985 Amendments are Indicated by Underscore and Strikeout).

136. La « *reverse engineering* » ou l'ingénierie inverse consiste à désosser un produit afin de connaître son secret de fabrication, ceci avec l'intention de s'en inspirer pour fabriquer un produit identique ou tout simplement pour améliorer ledit produit. Il peut être utilisé comme un procédé d'éducation, un moyen de fabrication d'un nouveau produit qui est moins cher que l'actuel produit. Il peut être également un procédé pour découvrir des qualités de produits commerciaux non documentés comme c'est le cas souvent des secrets commerciaux. L'exemple le plus fameux de procédure de « *reverse-engineering* » est celui de la compagnie *Technologies Ltd*¹⁹⁴, de San Jose en Californie, qui a réuni des ingénieurs pour décrire le code bios PCs (un logiciel informatique qui est contenu dans le disque dur des ordinateurs) qui était compatible avec le bios de IBM. Le code bios de Phoenix était différent de celui d'IBM mais au point fonctionnel, les deux bios travaillaient de manière identique.

137. La procédure de « *independent discovery* », une découverte ou une création indépendante, par contre, ne repose pas sur le désosser d'un produit fini pour déterminer le fonctionnement et s'en inspirer pour reconstruire un produit identique avec les mêmes fonctionnalités. Ce concept demande une découverte indépendante. Ainsi, lorsqu' une personne crée indépendamment la même information secrète, même si elle est identique au secret commercial de l'autre, elle est libre de l'utiliser et de la publier.

Prenons le cas d'une société A qui a créé une procédure secrète pour la publicité de ses produits. Elle utilise cette procédure pour une gestion efficace et efficiente de ses publicités sur le marché. Une autre société B, également sur le marché crée indépendamment une méthode similaire et la publie dans un livre destiné aux commerçants. La société A ne sera pas en mesure d'élever une quelconque plainte parce que cette pratique est acceptée et légale en matière de droit des secrets commerciaux.

Dans la pratique, pour procéder à un développement indépendant d'un secret commercial et

¹⁹⁴ Ceci est une description des étapes d'une découverte indépendante. "A famous example of reverse-engineering involves San Jose-based Phoenix Technologies Ltd., which in the mid-1980s wanted to produce BIOS for PCs that would be compatible with the IBM PC's proprietary BIOS. (A BIOS is a program stored in firmware that's run when a PC starts up; see *Technology Quick Study*, June 25.) To protect against charges of having simply (and illegally) copied IBM's BIOS, Phoenix reverse-engineered it using what's called a "clean room," or "Chinese wall," approach. First, a team of engineers studied the IBM BIOS—about 8KB of code—and described everything it did as completely as possible without using or referencing any actual code. Then Phoenix brought in a second team of programmers who had no prior knowledge of the IBM BIOS and had never seen its code. Working only from the first team's functional specifications, the second team wrote a new BIOS that operated as specified. The resulting Phoenix BIOS was different from the IBM code, but for all intents and purposes, it operated identically. Using the clean-room approach, even if some sections of code did happen to be identical, there was no copyright infringement. Phoenix began selling its BIOS to companies that then used it to create the first IBM-compatible PCs", <http://www.computerworld.com>. (Consulté le 20 avril 2016).

laisser des preuves, les candidats emploient ce qu'on appelle la méthode du « *clean room* »¹⁹⁵ qui consiste à garder les données sur les différentes étapes du développement indépendant du produit. Ceci permet de rejeter toute allégation de reproduction.

138. La notion de secret d'affaires est l'aboutissement de plusieurs théories qui ont, à travers le temps et l'espace, contribué à faire d'eux des biens qui ont une valeur économique et qui peuvent être qualifiés de propriété.

SECTION 2 : LES FONDEMENTS THEORIQUES DES SECRETS COMMERCIAUX ET LEURS EFFETS ÉCONOMIQUES

139. L'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 précise que : « *la propriété est un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé.* »¹⁹⁶

L'idée d'admettre le secret d'affaires comme une propriété au même titre qu'un bien meuble ou un bien immeuble fut pendant longtemps une notion difficile à cerner en raison du fait que l'information secrète est immatérielle et ne pouvait être représentée comme c'est le cas d'un bien matériel. Il a existé une opposition très forte contre leur qualification d'un bien jouissant des attributs du droit de propriété¹⁹⁷.

Les partisans de la qualification du secret d'affaires comme un bien se sont attelés à développer des théories pour justifier leur position. À l'opposé, d'autres auteurs ont estimé inadéquates ces dernières. Pour eux, le secret d'affaires étant immatériel, il ne pouvait pas être qualifié de propriété. Cette position correspondait à l'esprit philosophique et économique de la notion de bien de l'époque.

La théorie du droit des secrets des affaires a été développée à travers la justification de la

¹⁹⁵ "To create evidence that a company independently developed trade secrets, the company may employ clean room techniques, most of which involve isolating engineers or designers and filtering information to them. The engineers or designers are usually given an objective (for example, to create a software program that sends information from a wireless device to a computer) and are then presented with publicly available materials, tools and documents. The progress of the development team is carefully monitored and documented, and a technical expert or legal monitor reviews any requests for further information by the team. Records of the clean room development are saved to demonstrate that trade secrets were independently developed and to refute any claims that the work was copied". <http://www.computerworld.com>". (Consulté le 18-06-19).

¹⁹⁶ Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 ; M. Suel, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public*, Paris, 1974, pp. 1295-1318. <https://journals.openedition.org/add/709>, (Consulté le 18-06-19).

¹⁹⁷F. Dessemontet, « Arbitration and Confidentiality », 7 AM, REV. INT'L. ARB.299,307 (1996).

protection de l'information immatérielle. Les partisans de l'assimilation des secrets d'affaires à la propriété ont justifié qu'il était possible qu'une information immatérielle puisse être une propriété (§1).

140. La qualification des secrets d'affaires de droit de propriété a débouché sur leur intégration à l'économie du marché. La première conséquence de cette intégration est qu'ils bénéficient de la même protection et des mêmes attributs accordés aux biens matériels. Les auteurs des secrets d'affaires assurés de la protection que leur apporte cette reconnaissance, pourront profiter des possibilités économiques immenses qu'on reconnaît à ces informations particulières (§2).

§1. Les théories du droit de la protection des secrets commerciaux

141. L'existence de théories du droit de la propriété mobilière et immobilière déjà éprouvées n'a pas facilité l'élaboration d'une théorie du droit de la propriété portant sur les secrets d'affaires. Ceux-ci étant essentiellement immatériels, il était difficile de les appréhender sous un raisonnement similaire. Les différents auteurs qui se sont intéressés à la chose ont découvert que certains attributs par exemple du droit de la propriété mobilière ou immobilière ne pouvaient pas facilement s'appliquer à la matière du secret d'affaires.
142. L'élaboration d'une théorie portant sur le droit de propriété des secrets d'affaires a été essentiellement faite à travers le développement de la théorie générale du droit de la protection des secrets d'affaires qu'on peut classer en trois principales catégories : la théorie de la propriété, la théorie de l'exclusivité et la théorie intégrée (A). A côté de celle-ci, il y a une autre théorie qui s'est consacrée aux justifications alternatives du droit des secrets d'affaires. Celles-ci portent essentiellement sur les justifications économiques et philosophiques des secrets d'affaires (B).

A. La théorie de la propriété

143. Toute justification des secrets commerciaux doit commencer par la question suivante : Est-ce que le secret commercial est oui ou non une propriété ? Cette question a abouti à la détermination de la nature juridique des secrets commerciaux. Pendant longtemps, cette question fut d'actualité et continue de l'être de nos jours. Certains comme Stephen L. Carter¹⁹⁸ se sont demandés

¹⁹⁸ S. L. Carter, "Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?" 68 CHI.-KENT. L. REV. 715, 716 (1993).

pourquoi cette question est pertinente. D'autres, par contre, estiment que qualifier des éléments intangibles de « propriétés » va conduire à une surprotection de la propriété intellectuelle¹⁹⁹.

144. Il existe trois théories principales qui considèrent les secrets commerciaux comme des propriétés : la théorie de l'exclusivité (*exclusivity theory*), la théorie intégrée (*integrated theory*) et la théorie qui conçoit les secrets commerciaux comme un faisceau de droits (*the bundle theory*).

1. La théorie de l'exclusivité

145. La théorie de l'exclusivité²⁰⁰ se fonde sur le fait que le droit de propriété donne à son auteur le droit d'exclure les autres qui ne sont pas propriétaires. Pour Demolombe : « *La propriété est évidemment le premier et le plus complet des droits réels ; c'est le droit réel par excellence.* »²⁰¹ Selon le juge Frank Easterbrook²⁰², la propriété intellectuelle incorpore le droit d'exclure juste comme le droit que confère la propriété immobilière ou la propriété mobilière à son auteur. Cette position a été adoptée en droit américain dans l'arrêt *Ruckelshaus v. Monsanto Co*²⁰³ qui a estimé que le droit d'exclure l'autre est un des plus essentiels des droits dans l'ensemble des droits que confère le droit de propriété (*The right to exclude others is generally one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterizes as property*). Mais il y a un problème avec cette analyse inspirée du juge Frank Easterbrook. Le problème est que les secrets commerciaux ne sont pas exclusifs comme le relève la Cour Suprême de la Californie qui a estimé que l'auteur du secret commercial est uniquement protégé contre la possession irrégulière des secrets commerciaux, (*The owner of trade secrets is protected only against the appropriation of the secret by improper means and the subsequent use or disclosure of the improperly acquired secret. There are various legitimate means, such as reverse engineering, by which a trade secret*

¹⁹⁹ Chiappetta, *supra* note 8, at 84; Lemley, *supra* note 15, at 1037; Samuelson, *supra* note 60, at 399; *see, e.g.*, Hudson Hotels Corp. v. Choice Hotels Int'l, 995 F.2d 1173, 1178 (2d Cir. 1993) (holding that trade secrets cannot be property unless they show novelty and originality). Interestingly, trade secrets allow for greater damages than patents. Hill, *supra* note 8, at 13

²⁰⁰ Possession sans partage, <http://dictionnaire.reverso.net/francais-définition/exclusivité> (Consulté le 20 avril 2016).

²⁰¹ Ch. DEMOLOMBE, Traité de la distinction des personnes et des biens, in Cours de Code Napoléon, t. IX, Paris, Durand, 1870, n° 471, p. 352.

²⁰² F. H. EASTERBROOK, "Intellectual Property Is Still Property", 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108, 112 (1990) ("[the] right to exclude in intellectual property is no different in principle from the right to exclude in physical property").

²⁰³ *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984); <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/986/>. (Consulté le 20 avril 2016).

can be acquired and used.)²⁰⁴

146. D'autres commentateurs se sont plutôt inspirés de l'analyse que Thomas Jefferson²⁰⁵ a faite sur le sujet. Celui-ci pense que l'invention ne peut pas, par nature, être qualifiée de propriété. Pour lui, la communauté pourrait donner un droit exclusif sur le profit qui en découle à l'auteur de l'invention comme un encouragement pour poursuivre son activité et pour recouvrer son investissement ; toutefois poursuit-il, cette décision dépend de la volonté de la communauté (*Inventions then cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility but this may or may not be done, according to the will and convenience of the society, without claim or complaint from anybody*).

La faiblesse de ce raisonnement est que, quel que soit le cas, seule la communauté peut définir ce droit d'exclure selon sa volonté et son bon vouloir (*will and convenience of society*). Il y a un sérieux souci avec ce raisonnement qui caractérise le droit de propriété à travers le droit d'exclure. Comme l'a retenu la Cour suprême de Californie, le droit d'exclure ne peut pas tenir quand il s'agit de secrets commerciaux. La raison selon elle est l'existence des voies légales pour obtenir l'information secrète.

Aux origines du droit de la propriété en France très inspiré du droit romain, le sacré équivaldrait à : « *ce qui appartient au domaine séparé, intangible et inviolable du religieux et qui doit inspirer crainte et respect.* »²⁰⁶ Dans le Code civil à l'origine, – la *summa divisio* est faite selon les personnes et les choses. Ceci se matérialise en droits réels et en droits personnels. C'est dans cette notion de réalité qu'il faut donc chercher le fondement ontologique du droit de propriété en droit français. La propriété serait donc en effet l'archétype des droits réels. Il n'y a là rien qui puisse prêter à confusion. Pour l'auteur, « *Les personnes se distinguent des choses en ce qu'elles sont titulaires de droits, en ce qu'elles sont capables d'agir, même si elles peuvent tout aussi bien être en position de sujet passif d'un rapport de droit, tandis que les choses sont nécessairement passives, elles ne peuvent avoir de droit puisqu'elles ne peuvent les exercer* »²⁰⁷. Il va sans dire que cette idée du droit de la propriété rendait pratiquement irréaliste toute idée de

²⁰⁴ *Cadence Design Sys., Inc. v. Avant Corp.*, 57 P.3d 647, 650 (Cal. 2002).

²⁰⁵ Né le 13 avril 1743 à Shadwell et mort le 4 juillet 1826 à Monticello, Th. JEFFERSON est un homme d'Etat américain et 3^{ème} Président des Etats-Unis en fonction de 1801 à 1809.

²⁰⁶ S. RIALS, « *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », Paris, Hachette, 1988 ; M. SUEL, « *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : l'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir* », *Revue de droit public*, Paris, 1974, pp. 1295-1318, *Op. cit.*

²⁰⁷ *Idem.*

propriété immatérielle, intangible à cette époque en droit français.

147. Les idées, la propriété immobilière, la propriété mobilière et les autres propriétés tangibles et intangibles ont des droits que l'Etat leur accorde²⁰⁸. Le droit d'exclure paraît évidente pour la propriété immobilière et la propriété mobilière. Mais avec le secret commercial, nous sommes dans le domaine de l'information qui n'est pas matérialisée. De ce point de vue, il est difficile de cerner pourquoi l'existence du droit d'exclure fera ou non du secret commercial une propriété.

2. La théorie intégrée

148. La théorie intégrée ne considère pas le droit d'exclure comme une caractéristique essentielle du droit de la propriété. Mieux, elle ne le considère même pas comme nécessaire pour définir la propriété. Elle considère plutôt la manière dont la propriété est acquise, utilisée et transférée²⁰⁹. Il n'y a pas un consensus au sein des partisans de cette théorie. Selon, Adam Mossoff, les secrets commerciaux sont des propriétés parce que : «ils sont acquis par l'action de l'auteur du secret commercial ; parce que l'auteur peut en faire l'usage qui lui plaît, et parce qu'il peut décider comment transférer l'information »²¹⁰. Cette position d'Adam Mossoff appelle certaines observations. Comment expliquer que dans le cas du secret d'affaires, il puisse y avoir plusieurs auteurs qui peuvent acquérir un secret d'affaires identique, en jouir et le transférer indépendamment ? Pourquoi le secret commercial, fût-il par le propre effort de son auteur, mérite-t-il une protection ?
149. A l'opposé d'Adam Mossoff, Pamela Samuelson suit le raisonnement dans l'arrêt *Masland*²¹¹ qui soutient que la piraterie des secrets commerciaux relève de la violation du contrat de confiance par l'utilisation de moyens impropres. Pour elle, les secrets commerciaux ne sont pas

²⁰⁸ For example, real property rights do not include the right to exclude in adverse possession, nor do they include the right to limit flyovers, which were excluded in *Christopher*. See *E.I. duPont de Nemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970).

²⁰⁹ Adam Mossoff, *What Is Property? Putting the Pieces Back Together*, 45 *ARIZ. L. REV.* 371, 405–06 (2003); see also Samuelson, *supra* note 60, at 370 (the most important rights associated with property are use, enjoyment, possession, transfer, and exclusion).

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *E. I. Du Pont de Nemours Powder Co. v. Masland*, 244 U.S. 100 (1917) at <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/244/100/case.html>. Consulté le 20 avril 2016.

des propriétés mais plutôt une application des valeurs sociales²¹².

150. Devant la difficulté d'application de la théorie de l'exclusivité et celle de la théorie intégrée, il y a eu une nouvelle théorie intermédiaire qui s'est développée : *the bundle theory*²¹³. Cette théorie appréhende les secrets d'affaires selon le concept «*Hohfeldian* ». Ce concept conçoit les secrets d'affaires comme un ensemble de droits (*bundle of rights*)²¹⁴. Cette théorie considère les droits des secrets commerciaux comme une simple collection de droits sociaux et obligations. La difficulté avec cette théorie est que le concept juridique de la propriété devient virtuel et n'a plus un sens réel²¹⁵ au sens légal du terme.
151. Pour Michael Risch, avec la « *bundle theory* », il est impossible de déterminer quel ensemble particulier de droits constituent des droits de propriétés et lesquels sont disqualifiés comme faisant partie du droit de propriété (*with the bundle, it is impossible to determine what particular bundle makes a set of rights property and what bundle renders a set of rights 'not property'*)²¹⁶.
152. Les trois théories de la propriété développées plus haut ne s'accordent pas sur la justification légale des secrets commerciaux. Ceci a amené un auteur du nom de Perrit H. Jr.²¹⁷ à chercher des justifications du droit de la propriété des secrets d'affaires dans la théorie de la *propriété collatérale*, « *collateral property* », et dans celle de la *propriété substantielle*, « *substantive property* »²¹⁸. Selon lui, que les secrets commerciaux soient qualifiés de propriétés ou non, cela a une importance seulement si, la qualification de secrets commerciaux de propriété emporte des droits conférés par la loi ou la constitution à l'auteur. Cette position est celle adoptée par les

²¹²P. SAMUELSON, *Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?*, 38 CATH. U. L. REV. 365, 396 (1989).

²¹³ Prof. CHIAPPETTA describes the bundle as the right to rely on the confidence of others and the right to be free from "bad acts." Chiappetta, *supra* note 8, at 151–52. This description is too broad to be useful if one is trying to compare the rights to personal, real, or intellectual property.

²¹⁴ See generally WESLEY N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 Yale L. J 710 (1917).

²¹⁵ T. C. GREY, *The Malthusian Constitution*, 41 U. MIAMI L. REV. 21, 30 (1986) ("[Modern scholars] see property in resources as consisting of the infinitely divisible claims to possession, use, disposition, and profit that people might have with respect to those things. There is, on this conception, no essential core of those rights that naturally constitutes ownership.").

²¹⁶M. RISCH, *Why do we have trade secrets?*, 11 Intellectual property L. Rev. 1 (2007). <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>, consulté 20 avril 2016.

²¹⁷ H. PERRITT. 2006. *Trade Secrets, A Practitioner's Guide*. Practising Law Institute. New York: NY. p1-1, 3-7.

²¹⁸ Selon R. G. BONE, la qualification des secrets des affaires comme « substantive rights » date des temps de leur introduction aux Etats-unis d'Amérique, *A New Look at Trade Secret Law : Doctrine in Search of Justification*, 86 CAL. L. REV. 241, 245 (1998).

juges dans l'arrêt *Warner-Lambert Co. v. Execuquest*²¹⁹ qui se sont basés sur le fait que la loi reconnaissait les secrets d'affaires comme une propriété avant d'ordonner une injonction.

153. Henry H. Perritt Jr, également soutient qu'en dehors de ce cadre de *propriété collatérale*, qui pourrait emporter des droits issus des lois et de la constitution, dans toutes les autres instances qui se présentent, les secrets commerciaux sont analysés comme un ensemble, un groupement ou un assemblage de droits « *bundle of rights* »²²⁰. Il tient le même raisonnement vis-à-vis du concept de propriété substantive (*substantive property*)²²¹. Pour lui, que les secrets commerciaux soient légalement justifiés comme *propriété substantielle* ou non dépendra du fait que l'ensemble de droits qui constituent l'assemblage de droits « *bundle of rights* » est légalement justifié²²².
154. Parmi les juges et les chercheurs, plusieurs n'hésitent pas à qualifier les secrets commerciaux de propriété²²³. Cette tendance reflète la conviction qu'une information peut être possédée. Toutefois, contrairement aux cas des secrets commerciaux, le seul fait de qualifier une information de propriété ne lui confère pas une protection contre les découvertes impropres. Ceci singularise donc les secrets commerciaux dans la sphère des propriétés.
155. L'information n'a pas forcément besoin d'être un secret commercial pour être qualifiée de propriété et donc être protégée. Dans l'affaire *Inter News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 237 (1918)²²⁴, les informations journalistiques ont été qualifiées de quasi-propriété (*quasi-property*).

²¹⁹ See, e.g., *Warner-Lambert Co. v. Execuquest Corp.*, 691 N.E.2d 545, 547 (Mass. 1998) (holding that trade secrets are property under section 93A of the General Laws of Massachusetts, which requires a loss of property to allow for an injunction).

²²⁰ V. Chiappetta, Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law, 8 GEO. MASON L. REV. 69, 69 (1999). Professor Chiappetta describes the bundle as the right to rely on the confidence of others and the right to be free from "bad acts." Chiappetta, *supra* note 8, at 151–52.

²²¹ *Idem*.

²²² It is here that Mark Lemley is concerned. Lemley, *supra* note 15. Because the term "property" is rarely discussed with such precision, he worries that lawmakers will grant more and more rights to intellectual property so that their "bundle" approximates the bundle of rights associated with real property.

²²³ Milgrim attempts to find every case doing so. 1 ROGER M. MILGRIM, MILGRIM ON TRADE SECRETS 73–98 (2006).

²²⁴ *Int'l News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 237 (1918) (stating news reports are "*quasi property*" with respect to competitors, even if not with respect to the public); *USM Corp. v. Marson Fastener Corp.*, 393 N.E.2d 895, 903 (Mass. 1979) ("A plaintiff who may not claim trade secret protection either because it failed to take reasonable steps to preserve its secrecy or because the information, while confidential, is

Un autre exemple, la section 2860 du Code de la Californie portant droit du travail retient que l'employeur est le propriétaire (*owner*) de tout ce que l'employé crée (*acquires*) à travers son travail. Sur la base de cet exemple, si les informations n'étaient pas des propriétés de l'employeur, les employés auraient pu garder de ce qu'ils découvrent avec les moyens mis à leur disposition par l'employeur.

156. Le caractère confidentiel ou non des informations peut aussi jouer sur leur classement. Dans une décision, l'arrêt *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 26 (1987)²²⁵, les informations confidentielles d'affaires ont été reconnues comme une propriété (*Confidential business information has long been Recognized as property*). Dans le même sens, en 1998, la Cour Suprême de la Californie en se fondant sur un précédent, l'arrêt *Peabody*²²⁶, a confirmé que le secret commercial relativement à un client est une propriété dans le cadre de la loi portant concurrence déloyale de Massachusetts.
157. Dans l'arrêt *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, la Cour Suprême des Etats-Unis d'Amérique s'est penchée sur la question de la qualification des secrets commerciaux comme une propriété. Elle a énoncé que les secrets commerciaux pouvaient être des propriétés, laissant la détermination du fondement aux cours inférieures²²⁷. Des faits de l'arrêt *Ruckelshaus*, il ressort qu'un fabricant de pesticide a porté plainte pour expropriation sur le fondement du *fifth (5ème) Amendment* de la constitution américaine, contre une loi de l'agence fédérale de Protection de l'Environnement Américaine (EPA). L'EPA a rendu publiques certaines informations secrètes sur les pesticides²²⁸ appartenant à la société. La Cour Suprême a décidé sur la base de la loi du Missouri qui a adopté le *Restatement (1^{er}) of Torts*, que les secrets commerciaux étaient des propriétés. Ceci justifie qu'ils peuvent être expropriés²²⁹ et l'expropriation doit par conséquent donner droit à une compensation de l'auteur de l'information.

only 'business information,' may still be entitled to some relief against one who improperly procures such information.”).

²²⁵ *Carpenter v. United States*, 484 U.S. 19, 26 (1987) (“Confidential business information has long been recognized as property.”). Intellectual property scholars are troubled by *Carpenter*. Voir aussi SAMUELSON; *supra* note 60, at 396 (stating that *Carpenter* is “disturbing” because employees had no reason to know that their employer might consider their work or production schedules property). On the other hand, from a labor management point of view the decision makes sense; allowing employees to maintain rights in confidential company information—whether or not a trade secret—would be disastrous on a level far greater than any musings about the justification for trade secret law.

²²⁶ *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452, 459–60 (1868).

²²⁷ *Ruckelshaus v. Monsanto Co.*, 467 U.S. 986 (1984).

²²⁸ *Idem*.

²²⁹ *Idem*.

158. Du point de vue de la doctrine, un auteur du nom de Milgrim a titré un chapitre de son livre « *Trade secrets a Property* »²³⁰. Sa théorie, pour aboutir à cette qualification, est basée sur les faits juridiques comme le transfert de droit entre vifs, l'expropriation et le don par héritage pour justifier que les secrets d'affaires sont des propriétés ou relèvent du droit de la propriété. Cette position de Milgrim se rapproche de la théorie dite intégrée- mentionnée plus haut- qui voit également dans la libre disposition dont jouit l'auteur du secret commercial, une prérogative essentielle du droit de la propriété.
159. Le traitement des secrets commerciaux comme une propriété substantielle remonte à l'introduction du droit des secrets commerciaux aux USA et a précédé l'arrêt *Peabody v. Norfolk*²³¹. Selon la Cour Suprême de Massachussetts dans l'arrêt *Peabody*, c'est définitivement un acquis que le secret d'affaires est une propriété (*in this court, it is settled that a secret art is a legal subject of property*). Dans son observation, le professeur Robert G. Bone, a noté que l'utilisation du mot *settled* a été influencée par les décisions passées qui ont utilisé la théorie de la propriété collatérale²³².
160. Au XIX^e siècle, il y avait un avantage à adopter la notion de propriété collatérale dans le cadre des secrets commerciaux. D'une part, en qualifiant les secrets d'affaires de propriété, il ne serait pas nécessaire qu'il y ait un lien légal entre les parties en cas d'action en justice pour obtenir une injonction en équité de la cour. C'est donc avec l'arrêt *Peabody* que la notion de propriété collatérale a été appliquée aux secrets commerciaux la toute première fois aux USA.
161. En 1837, contrairement à l'arrêt *Peabody*, l'arrêt *Vickery v. Welch*²³³ a retenu que les secrets commerciaux sont des propriétés substantives et non des propriétés collatérales. Et cette qualification de ces derniers de propriétés substantives remonte à l'introduction du droit des secrets commerciaux aux USA.
162. Les faits dans l'arrêt *Vickery* sont les suivants. Le défendeur, vendeur, devait transférer le droit exclusif d'une procédure secrète avec la vente de son moulin; toutefois, le vendeur prétend qu'il

²³⁰ MILGRIM, is quick to point out that “*Trade Secrets as Property*” used to be his first chapter, but the passage of the UTSA required him to put a definitional discussion first.

²³¹ *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452, Mass. Supreme Court (1868).

²³² R. G. BONE, *A New Look at Trade Secret Law : Doctrine in Search of Justification*, 86 CAL. L. REV. 241, 245 (1998).

²³³ *Vickery v. Welch*, 36 Mass. (19 Pick.) 523 (1837).

a le droit de communiquer à qui il veut après la vente, la procédure secrète. La Cour Suprême de Massachusetts a, dans l'affaire, décidé que la valeur de la procédure secrète dépend de son caractère exclusif (*Suprême Court ruled that the value of a secret process lies in its exclusivity; the ability of one person to use information and to keep others from using it is exactly what gives the information a competitive advantage*). Selon elle, la capacité d'une personne à utiliser une information et exclure les autres de son utilisation est exactement ce qui donne à une information son avantage compétitif. Cette position a été également réaffirmée dans l'affaire *Cent. Transp. Co. v. Pullman's Palace Car Co*²³⁴. La détermination si oui ou non le vendeur ici a le droit de divulguer le secret est substantielle et non collatérale.²³⁵

163. L'arrêt *Vickery*, dans son énoncé, a caractérisé l'exclusivité, c'est-à-dire le droit reconnu à l'auteur ou détenteur du droit d'exclure les autres de la jouissance. Ceci a fait dire à certains opposants de cette théorie que le fait de l'existence même du concept de l'exclusivité dans la motivation de l'arrêt *Vickery*, est suffisant pour qualifier un pareil droit de propriété.
164. Au delà de toute interprétation que l'on peut faire de la position dans l'arrêt *Vickery*, ce qui est fondamental à retenir de ce dernier est qu'il a établi que l'information secrète a une valeur, précisément à cause de sa nature secrète et non parce que la cour l'a qualifiée de secrète.
165. La question selon laquelle il faut oui ou non traiter les secrets commerciaux comme propriété n'est toujours pas totalement résolue malgré plus de 200 ans (depuis l'arrêt *Vickery*) de débat sur la question. Toutefois, durant cette époque contemporaine, la tendance à les considérer comme une propriété entière est dominante. La volonté persistante des Etats à protéger cette catégorie d'informations particulières en est une preuve²³⁶.

B. Les justifications alternatives du droit des secrets commerciaux

166. A l'élaboration nécessaire d'une théorie pour justifier la classification des secrets d'affaires dans la catégorie des droits de la propriété, il faut ajouter la nécessité de la justification de

²³⁴ *Accord Cent. Transp. Co. v. Pullman's Palace Car Co.*, 139 U.S. 24, 53 (1891) ("Upon the sale of a secret process, a covenant, express or implied, that the seller will not use the process himself or communicate it to any other person, is lawful, because the process must be kept secret in order to be of any value, . . .").

²³⁵ *Idem*.

²³⁶ Le plus récent des textes, la directive européenne du 8 juin 2016, portant protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

l'importance du droit des secrets d'affaires. Ceci a été fait à travers l'élaboration des théories de la justification économique (1) et celle de la justification philosophique des secrets d'affaires (2).

1. La justification économique des secrets commerciaux

167. Selon Michael Risch²³⁷, la meilleure justification de l'existence des secrets commerciaux est purement économique. Il fonde sa théorie sur deux éléments. Premièrement, les secrets commerciaux ont un lien avec la valeur économique de l'information. Deuxièmement, l'analyse économique démontre que le groupe particulier de droits qui sont identifiés comme secrets commerciaux contribue à l'enrichissement de la communauté.

Pour cette doctrine, l'ensemble des droits qui sont identifiés avec le droit des secrets commerciaux sont justifiés par le fait qu'ils augmentent le bénéfice marginal²³⁸ que la communauté tire, comparé au coût marginal²³⁹. L'avantage du droit des secrets d'affaires est de décroître d'une part l'investissement pour la protection des secrets et d'autre part de décroître l'investissement par ceux qui désirent se les approprier.

168. Contrairement à la loi sur les brevets, le droit des secrets commerciaux ne crée pas de motivation pour innover. Le droit des brevets et le droit d'auteur créent une motivation pour inventer en instaurant une période d'utilisation exclusive. L'exclusivité est requise à cause du bénéfice que l'invention ou le travail original procure à la communauté. Ainsi, si les autres pouvaient librement utiliser l'innovation ou le travail original, l'inventeur pourrait ne pas être en mesure

²³⁷ This is the case, at least, in our market economy. Economists subscribing to a view of shared resources might disagree. *See, e.g.,* Eugen loebl, *humanomics: how we can make the economy serve us—not destroy us* 29–34 (1976).

²³⁸ Le bénéfice marginal est la variation du bénéfice en réponse à la vente d'une unité supplémentaire d'un propriété. Pour obtenir le bénéfice moyen, on divise le bénéfice total par le nombre d'articles vendus. <http://www.becompta.be/dictionnaire/benefice-marginal>. (Consulté le 20 avril 2016).

²³⁹ Le Plan Comptable Général (PCG) définit le coût marginal comme étant « la différence entre l'ensemble des charges courantes nécessaires à une production donnée et l'ensemble de celles qui sont nécessaires à cette même production majorée ou minorée d'une unité ». Cette unité peut être soit :

- un article fabriqué,
- un lot de produits,
- une série d'éléments,
- une prestation de service,

... Il est possible de dire également que le coût marginal est la variation du coût total due à une augmentation ou à une diminution de la production ou du niveau d'activité. Autres définitions :

- coût de la dernière unité produite,
- augmentation du coût due à une augmentation de la production. Autre expression synonyme :
- coût différentiel. <http://www.unit.eu/cours/kit-gestion-ingenieur/Chapitre-3/Compta-gestion-ingenieur>. (Consulté le 12 décembre 2015).

de récupérer ses investissements. La protection offerte à l'inventeur ici lui permet de recouvrer les coups de sa création. Par conséquent, l'innovation comme justification du droit des brevets est vraiment majeure.

169. Le droit des secrets commerciaux ne donne pas nécessairement une opportunité à son auteur de vendre plus cher ses produits que ce qui est disponible sur le marché. Au contraire, si le secret lui permet de réduire son coût de production vis-à-vis de la compétition, cela doit conduire à la réduction de ses prix pratiqués sur le marché. Ceci le rendra plus compétitif. Par exemple, si on prend le cas des listes des clients d'une société, si la société sait par avance qui contacter, cela réduit forcément ses prix de vente par rapport aux prix offerts par le concurrent qui ne dispose pas d'une liste de clients. Ici, il s'agit d'un scénario dans lequel les deux compétiteurs ont le même produit. Le cas peut également se présenter si une société par rapport à la concurrence a une procédure secrète pour fabriquer ses produits. La possession de cette procédure secrète va forcément lui donner un avantage sur la compétition.

2. La justification philosophique des secrets commerciaux

170. La justification philosophique des secrets commerciaux se retrouve dans la théorie de la valeur du travail (*Labor value*). Pour cette théorie, comme énoncé dans la décision Peabody²⁴⁰, celui qui crée de la valeur par son travail est propriétaire du produit final de son travail, (*one who improves the land with his or her labor should be entitled to ownership of that land.*). Cette théorie est qualifiée de « *lockean theory* » du nom de J. LOCKE²⁴¹. Sous cette interprétation de la théorie lockean, l'information même non secrète pourrait être considérée comme une propriété²⁴². Cette théorie est le fondement qui justifie pourquoi les propriétaires des sociétés

²⁴⁰ *Peabody v. Norfolk*, 98 Mass. 452, 457 (1868) (“It is the policy of the law, for the advantage of the public, to encourage and protect invention and commercial enterprise. If a man establishes a business and makes it valuable by his skill and attention, the good will of that business is recognized by the law as property.”). Op. cit. P. 63.

²⁴¹ J. LOCKE, in *The second treatise of government*, “The owner of a factory or business is making full use of the economic, social, and cultural infrastructure which society has paid for. . . . If we think in terms of this new concept of ownership, however, then we can regard the owner of a means of production . . . as a kind of trustee who uses the nation’s “capital.” § 27 (J.W. Gough ed., Basil Blackwell 1956) (1690). But see LOEBL, *supra* note 130, at 32–33.

²⁴² *Int'l News Serv. v. Associated Press*, 248 U.S. 215, 236 (1918) (protecting published news and stating that “the right to acquire property by honest labor or the conduct of a lawful business is as much entitled to protection as the right to guard property already acquired”). In *International News*, the value was based on timeliness and not secrecy, and was thus protected. Professor BONE criticizes Lockean theory because it does not explain the secrecy requirement. BONE, *supra* note 5, at 284. “If one assumes,

considèrent les secrets commerciaux comme leurs propriétés, c'est-à-dire le fruit de leur effort. Selon les critiques de la théorie *lockean*, John Locke a énoncé sa pensée dans le cadre de la propriété immobilière et non dans le cadre de la propriété intellectuelle qui peut, dans certains cas, comme celui des secrets commerciaux, être « *possédée* » par plusieurs personnes.

171. La Cour Suprême américaine a aussi suivi la logique de John Locke. Dans l'affaire *Feist Publications, Inc. V. Rural téléphone book*²⁴³, elle a estimé que les éléments comme les noms et adresses dans un annuaire, ne sauraient être protégés par le droit d'auteur pour la simple raison qu'ils n'ont été obtenus à la sueur du front (*sweat of brow*). Par contre, selon elle, l'annuaire entier peut être protégé contre la reproduction même si, une importante quantité d'informations à l'intérieur ne sauraient être protégées.
172. Vue sous un autre angle, la théorie de la propriété de J. Locke ne s'applique pas vraiment aux secrets commerciaux. Bien que, comme les brevets et le droit d'auteur, le secret d'affaires soit obtenu par l'effort de son auteur, sa valeur se retrouve dans son caractère secret et non dans son originalité comme le droit d'auteur ou dans sa nouveauté comme dans le cas des brevets.
173. Une autre critique de cette théorie de John Locke est que même lorsque le secret est divulgué, il semble toujours garder son importance. Or, il tire sa valeur économique du fait qu'il est secret. Puisque la théorie dit que l'auteur de l'effort est le propriétaire du fruit de son effort, même si, comme dans le cadre des secrets d'affaires qui nécessitent le secret pour être imposables aux autres, ces secrets commerciaux venaient à être publiés ou divulgués, l'auteur pourra toujours clamer sa propriété sur eux. Ceci est contraire à la nature des secrets d'affaires puisque lorsqu'ils tombent dans le domaine public, ils perdent toute valeur économique.
174. Des auteurs²⁴⁴ ont soulevé le fait que cette perception risque de conduire à une protection exagérée de l'information et cela sera préjudiciable à l'innovation et la libre circulation de l'information. Ils estiment d'autre part que le travail ne devrait pas être un facteur suffisant pour

however, that the information has value because it is secret, then the underlying normative basis for requiring and protecting secrecy makes sense, even if the owner might use self-help to keep the secret as well. If the information does not have value because it is generally known, then there would be little "labor value" to protect it because the information is already. ..."

²⁴³ *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991) at https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm. (Consulté le 20 avril 2016).

²⁴⁴ J. LOCKE, *supra* note 139, §§ 36–38; see also W. J. GORDON, *A Property Right in Self-Expression: Equality and Individualism in the Natural Law of Intellectual Property*, 102 YALE L. J. 1533, 1540 (1993) (discussing Locke-based limits on ownership).

créer un droit exclusif de propriété lorsque des objectifs communautaires importants peuvent être atteints à travers le partage des informations. Ces critiques ne sont pas forcément conformes à la pensée de John Locke qui a expliqué que sa théorie est applicable à une société où il n'y a pas carence de terre en sorte que l'amélioration d'un terrain par une personne ne privera pas une autre personne d'avoir des terres disponibles pour exploitation. Par analogie avec le secret d'affaires, il peut être soutenu que son auteur ne pourra pas exclure d'autres qui, indépendamment, ont développé la même information. Aussi, dès que l'information est devenue publique, peu importe le canal, le reste de la communauté ne devrait pas être empêché d'utiliser l'information pour améliorer ses propres affaires. Toutefois, la théorie de John Locke manquerait de justification : comment l'état de nature s'est-il transformé de sorte que les gens soient propriétaires de ce qu'ils créent ?

175. Hobbes²⁴⁵ soutient, quant à lui, que l'état de nature est un « *état de guerre* » dans lequel l'homme est libre d'arracher à l'autre ou de se défendre jusqu'à ce que la communauté dans son ensemble s'accorde sur une règle d'or. La théorie de Hobbes s'appliquerait difficilement aux secrets d'affaires en ce sens que ceux-ci sont essentiellement dans la tête de leur auteur et il sera difficile à un candidat à la possession de les arracher.
176. Une autre justification du droit des secrets commerciaux est celle qualifiée de justification populiste. C'est la conception qui voudrait que la majorité de gens ou de leurs représentants législatifs supporte des lois qui protègent les secrets commerciaux. Certains pensent que ce support constitue une justification suffisante pour ces derniers. Ceci est attesté par le nombre important d'Etats qui votent des lois protégeant les secrets commerciaux. Le cas de l'UE avec sa directive portant protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées en est une illustration. Il ne sera pas erroné de dire que la théorie de la valeur travail est une force derrière ce support populaire constaté vis-à-vis des lois portant protection des secrets commerciaux.
177. Le renforcement des standards d'éthique commerciale est une autre justification du droit des secrets commerciaux²⁴⁶. Cette justification n'est ni fondée sur l'analyse philosophique de la

²⁴⁵ T. HOBBS, *Leviathan* pt. I, ch. 14 (Michael Oakshott ed., Basil Blackwell 1960) (1651).

²⁴⁶ RIKER, at 169–96 (control of the agenda leads to control of the outcome).

justification des secrets commerciaux, ni sur un point de vue de la doctrine « *utilitarian*²⁴⁷ ». La justification de cette théorie est que les gens n'aiment pas les mauvais actes. Toutefois, selon le Professeur G. Bone, la décence commerciale est une faible justification pour les secrets commerciaux parce qu'il n'y a pas de preuves passées supportant la justification des standards d'éthique commerciale²⁴⁸.

Que l'on accepte le populisme comme justification des secrets commerciaux va premièrement dépendre du fait qu'on accepte la règle de la majorité comme justification (*In the ends, as with any other populist theory, whether one accepts populism as a justification of trade secrets will primarily depend on whether one accepts majority rule as a justification, in general, and whether 'legitimacy' imparts any sort of moral force*)²⁴⁹.

§2. Les conséquences économiques de la protection des secrets commerciaux

178. Des questions légitimes ont été posées sur la nécessité d'un droit des secrets d'affaires pour assurer leur protection alors qu'il y a déjà le droit des contrats et celui de la responsabilité qui peuvent leur offrir une protection. Certains pensent que l'existence d'une *lex specialis* pour la protection des secrets d'affaires causerait des lourdeurs supplémentaires pour leur protection et augmenterait les charges financières qui pèsent déjà sur leur auteur.

179. Ces questions, bien que pertinentes, n'ont pas pris en considération le fait que le secret d'affaires est un bien intangible d'une nature particulière qui exige par exemple pour sa protection que l'auteur de l'information fasse la preuve d'un effort dans leur protection (A).

L'importance économique aussi des secrets d'affaires est une autre justification qui milite en faveur de son classement comme une propriété au même titre que les autres propriétés (B).

A. L'utilité marginale du droit des secrets commerciaux

180. En dehors du droit des secrets commerciaux, le droit du contrat et le droit de la responsabilité interviennent dans la protection des secrets commerciaux. Une analyse économique de l'utilité

²⁴⁷ Les secrets commerciaux sont des propriétés et doivent être protégés comme des propriétés tangibles pour encourager les investissements dans ce secteur. <https://law.wustl.edu/SBA/upperlevel/Intellectual%20Property/IP-Kieffl.pdf>. (Consulté le 20 avril 2016).

²⁴⁸ R. G. BONE, *The law and theory of trade secrecy: a handbook of contemporary research*, Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandberg, eds., Edward Elgar Press, 2010.

²⁴⁹ *Idem*.

marginal des secrets doit être circonscrite à l'apport du droit des secrets commerciaux. Cette étude doit être faite dans un esprit comparatif entre les droits des secrets d'affaires et le droit commun. Plus concrètement, il s'agira d'une part, d'évaluer, durant cette analyse économique, le coût marginal et le bénéfice marginal de la protection accordée *stricto sensu* par le droit des secrets commerciaux, et d'autre part d'évaluer le coût marginal et le bénéfice marginal de la protection par le droit commun (droit des contrats et droit de la responsabilité).

- 181.** La distinction de cette évaluation de la protection accordée aux secrets d'affaires est utile pour éviter une surestimation de l'importance de la protection accordée par le droit des secrets commerciaux dans le cas où le droit des contrats ou le droit de la responsabilité pourrait résoudre un litige portant sur eux au même titre que le droit des secrets commerciaux ou dans le cas où le droit commun viendrait en concours ou en complément au droit des secrets commerciaux au sens strict.
- 182.** En matière de droit des secrets commerciaux, il est indispensable que l'information ait une valeur économique et qu'elle la détienne de son caractère secret²⁵⁰. Cette exigence du droit des secrets d'affaires la distingue du droit des contrats et du droit de la responsabilité. Ni le droit du contrat, ni le droit de la responsabilité n'exige que la matière, objet du litige, ait une valeur économique ou qu'elle soit secrète²⁵¹.
- 183.** Selon Michael Risch²⁵², le bénéfice économique de l'exigence, que l'information ait une valeur économique et qu'elle la détienne de son caractère secret, est double :
- contrairement au droit des contrats et au droit de la responsabilité, le plaignant doit être en train de protéger quelque chose de valeur, lorsqu'il a occasionné les dépenses administratives et autres ;
 - la valeur économique indique à la cour qui connaît du litige que des règles spéciales associées au droit des secrets commerciaux doivent s'appliquer.

²⁵⁰ Article 2, Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, Op. Cit., p. 52.

²⁵¹ *Bernier v. Merrill Air Eng'rs*, 770 A.2d 97, 107 (Me. 2001) (affirming breach of contract but denying trade secret information due to lack of value).

²⁵² Michael Risch, *Why Do We Have Trade Secrets?*, 11 *Intellectual Property L. Rev.* 1 (2007). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/iplr/vol11/iss1/1>, (consulté le 20 avril 2016).

184. Ici, la conséquence est que si la matière n'a pas la valeur qu'elle tire de son caractère secret, l'imposition d'une injonction par exemple ne saurait être justifiée parce qu'elle occasionnera un coût à la communauté, en limitant l'accès à une information importante à ceux qui, dans la communauté, l'auraient utilisée. Cependant, bien qu'il y ait indéniablement un coût pour la communauté, celui-ci est minime parce que l'information, même sans le droit des secrets commerciaux, aurait été gardée secrète par son auteur. Et il est important de le noter, le droit des secrets commerciaux permet une découverte indépendante ou une *reverse-engineering*²⁵³. Ceci est donc une possibilité ouverte à la communauté pour avoir accès à cette information secrète sans s'exposer à la rigueur du droit des secrets commerciaux.
185. Pour Michael Risch, « *le coût marginal de la protection des informations secrètes est que ceux qui utiliseront les 'moyens impropres'*²⁵⁴, *ne peuvent acquérir cette information et seront obligés de créer* »²⁵⁵. Pour soutenir cela, il a donné l'exemple d'un ancien employé qui sera obligé de « *réinventer la roue* » ou des cas où des employés expérimentés ne seraient pas affectés à des projets clés à cause du risque pour les informations confidentielles.
186. L'un des autres critères nécessaires dans une information pour mériter la protection du droit des secrets commerciaux est le fait que l'auteur prenne des mesures 'raisonnables' pour la garder secrète. Le fait qu'on demande à l'auteur du secret d'affaires de faire un effort raisonnable a un avantage économique. Ceci n'impose pas à l'auteur du secret des efforts énormes qui sont au-delà du raisonnable. Si le standard imposé était plus élevé, l'auteur serait tenu de faire de plus grands investissements pour protéger son information dans le but de pouvoir bénéficier de la protection du droit des secrets commerciaux. Devant les tribunaux, il sera par conséquent très difficile à l'auteur de prouver l'existence du secret et d'être dédommagé.
187. S'il n'y avait pas un droit de secret d'affaires, l'auteur du secret qui prend en charge de protéger son information investirait plus qu'il ne faudrait pour le garder secret. Le coût marginal de cette protection sera égal au coût marginal du vol de l'information ou de sa divulgation accidentelle.

²⁵³ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 490–91 (1974). Even were an inventor to keep his discovery completely to himself, something that neither the patent nor trade secret laws forbid, there is a high probability that it will be soon independently developed. If the invention, though still a trade secret, is put into public use, the competition is alerted to the existence of the inventor's solution to the problem and may be encouraged to make an extra effort to independently find the solution thus known to be possible.

²⁵⁴ *Idem.*

²⁵⁵ *Idem.*

Ceci voudrait dire que plus la menace de vol ou le risque de divulgation est grand, plus l'auteur sera obligé de dépenser pour les moyens de protection²⁵⁶. Sans le droit des secrets commerciaux, les types d'infractions qu'aurait subi l'auteur auraient été plus nombreuses. Avec l'existence du droit des secrets commerciaux, les pertes potentielles sont limitées à la divulgation accidentelle, à la piraterie non décelée et aux pertes qui sont dues à la protection insuffisante²⁵⁷. On s'accorde à dire que ces pertes susmentionnées auraient été plus importantes s'il n'y avait pas de droit des secrets commerciaux²⁵⁸. Ainsi le niveau du standard "raisonnable" exigé par la loi se révèle être économique pour l'auteur en terme de dépenses à faire pour protéger le secret d'affaires.

188. Le droit des secrets commerciaux est nécessaire pour l'auteur parce qu'il dépensera moins pour les protéger. Sans une loi qui protège l'auteur contre les acquisitions impropres ou pertes accidentelles, les montants qui seront dépensés par l'auteur et par celui qui est intéressé par la possession de son secret seront très élevés sans que la communauté ne gagne grand-chose²⁵⁹.
189. L'exigence d'un secret absolu en matière de protection du secret n'est pas souhaitable parce que cela amènera l'auteur du secret à adopter des mesures au-delà du raisonnable pour la protection. Ceci amènera l'auteur à investir des valeurs importantes dans des mesures coûteuses pour s'assurer que le secret demeure secret. En fin de comptes, ni lui ni la communauté, n'en tirera un profit. Le corollaire indispensable d'une exigence du secret absolu sera une croissance exponentielle de dépenses de protection.
190. Il y a deux types de précautions : celle 'standard' et celle 'non-standard'. La précaution *standard* pour exclure et contrôler : ici on utilise les méthodes physiques comme hautes

²⁵⁶ Voir, LANDES & POSNER, *supra* note 6, at 366. This is similar to the Hand Formula in negligence actions: reasonableness = efficient. *Rockwell Graphic Sys., Inc v. DEV Indus., Inc.*, 925 F.2d 174, 180 (7th Cir. 1991) ("Obviously it could have taken more precautions. But at a cost, and the question is whether the additional benefit in security would have exceeded that cost").

²⁵⁷ Additionally, companies will also consider the probability of success in court as well as litigation costs in determining how much protection is necessary. The example in the Appendix elucidates this.

²⁵⁸ Some recovery might be possible via other means, but there are marginal benefits to trade secret law.

²⁵⁹ Professor Lichtman calls this the "arms race." Douglas Lichtman, *Property Rights on the Frontier: How the Law Responds to Self-Help*, 1 J.L. ECON. & POL'Y 215, 232 (2005); see *E.I. du Pont de Nemours & Co. v. Christopher*, 431 F.2d 1012, 1016 (5th Cir. 1970) ("Our tolerance of the espionage game must cease when the protections required to prevent another's spying cost so much that the spirit of inventiveness is dampened. Commercial privacy must be protected from espionage which could not have been reasonably anticipated or prevented."); see also LANDES & POSNER, *supra* note 6, at 369 ("A decision in favor of *Christopher* would have induced firms in DuPont's position to invest heavily in roofing their construction sites").

murailles, les méthodes techniques comme les mots de passe sur les ordinateurs, les méthodes légales comme des accords de non divulgation, les méthodes de sécurité et de protection comme les cameras de surveillance²⁶⁰. Dans la méthode de précautions « *non-standard* », les mesures de protection sont plus élevées. Soit on procède par fragmentation des informations ou on se garde d'utiliser les méthodes standards. La confiance est faite uniquement aux membres de la famille (*utilisation de méthodes de travail qui interdit de copier les informations, les informations secrètes ne peuvent jamais être mises ensemble au même endroit au même moment*).

191. Certains auteurs²⁶¹ ont estimé ne pas comprendre pourquoi le droit des secrets commerciaux exige un effort raisonnable (*reasonable*) pour les protéger puisque la politique qui justifie le droit des secrets est la réduction des dépenses de protection. Ils suggèrent de se rabattre sur le système judiciaire pour éviter toutes ces dépenses pour la protection²⁶². Cet argument a du poids parce que dans la protection des secrets commerciaux dans le cadre du droit du contrat ou du droit de la responsabilité, il n'y a pas cette exigence d'*effort raisonnable (reasonable effort)*²⁶³. Toutefois, même si le « *reasonable effort* » n'existait pas dans les exigences du droit des secrets commerciaux ou même si le droit des secrets commerciaux n'existait pas, l'auteur qui a découvert une méthode qui est ou sera source certaine de revenus et qui choisit ne pas le breveter (ou la découverte n'est pas brevetable), va la garder secrète en utilisant soit la méthode standard ou la méthode non standard pour la protéger. Ceci causera absolument des dépenses à l'auteur pour la protection de ce secret.
192. L'existence du droit des secrets commerciaux réduit les risques de piraterie et crée un cadre protecteur des secrets. Le secret ne peut pas aller de soi. Il faut que l'auteur du secret veuille le garder secret. Pour ce faire, il doit être proactif et prendre des dispositions. La loi aurait pu exiger des efforts au-delà du raisonnable pour la protection des secrets. C'est le cas de certaines lois étatiques qui exigent que l'effort soit *suffisant*. Ceci est un standard plus élevé que le standard '*raisonnable*'. L'effort raisonnable est le standard acceptable pour toute personne

²⁶⁰ In a world without trade secrets, detection would be limited and focused primarily on detecting malfeasance by those entrusted with information under a nondisclosure agreement where contractual remedies are available.

²⁶¹ E. W. Kitch, *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9 J. legal stud. 683, 698 (1980).

²⁶² See, e.g., R. A. MIKOS, "Eggshell" Victims, Private Precautions, and the Societal Benefits of Shifting Crime, 105 MICH. L. REV 307 (2006) (a precautions requirement may shift crime to those who take fewer precautions).

²⁶³ Kaplow & Shavell, *supra* note 153, at 769 (property rule not requiring fences is efficient).

ordinaire. L'effort raisonnable prouvera que l'information pour l'auteur est secrète et de valeur²⁶⁴.

L'importance économique des secrets d'affaires n'est plus à démontrer. Ils sont devenus des biens qui représentent une valeur économique impressionnante.

B. L'importance économique de la protection des secrets commerciaux

- 193.** La capacité de l'auteur d'innover et de protéger sa propriété intellectuelle contribue à promouvoir l'économie, la culture, le développement et l'investissement²⁶⁵. Des études économiques et des sondages ont démontré que pour une société, la protection efficace des secrets commerciaux et des autres propriétés intellectuelles (PI) est centrale à sa capacité d'innover, de croître, d'investir internationalement²⁶⁶. Les secrets commerciaux peuvent être évalués à plus de 80% de la valeur du patrimoine²⁶⁷ des grandes sociétés américaines.
- 194.** Les études qui ont évalué l'impact de la protection des secrets commerciaux et autres propriétés intellectuelles ont démontré l'effet d'une telle protection sur les Investissements Directs Etrangers (FDI) et le transfert volontaire de technologie. La Banque Mondiale a estimé que *« depuis les années 1980, le plus grand gain économique a été réalisé par les pays en développement qui ont, de manière agressive, ouvert leurs économies aux technologies étrangères et méthodes d'affaires et protégé les droits de la propriété intellectuelle de leurs développeurs »*²⁶⁸. Ceci s'explique par la simple raison qu'une excellente protection des secrets commerciaux permet à leurs auteurs de récupérer leurs investissements en R&D et de faire des bénéfices sur investissement. Elle a aussi pour effet d'encourager l'innovation et des investissements supplémentaires.
- 195.** Une étude a été effectuée auprès de 100 firmes américaines par rapport à leur appréciation de la

²⁶⁴ Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV Indus., Inc., 925 F.2d 174, 179 (7th Cir. 1991) ("Under the second theory of trade secret protection, the owner's precautions still have evidentiary significance, but now primarily as evidence that the secret has real value."); Lichtman, *supra* note 202, at 226–27; *see also* LANDES & POSNER, *supra* note 6, at 368 (only trade secret owners know what they consider secret, and thus have the burden of identifying secrets by showing that they protected against accidental loss).

²⁶⁵ US chamber of commerce « The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific-Partnership Agreement » at 3 (2013), Covington & Burling LLP (translation franchise).

²⁶⁶ *Idem*.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ R. J. SHAPIRO and K. A. HASSETT, "The Economic Value of Intellectual Property," at 5 (2005) (citing World Bank, World Development Indicators, Washington, DC : World Bank, 2005).

performance de la protection des propriétés intellectuelles disponibles dans quatorze pays. Ces pays étaient entre autres le Chili, l'Indonésie, le Mexique et Singapour. En utilisant les données des investissements américains dans ces pays, cette étude a trouvé un corollaire entre une performante protection de la propriété intellectuelle offerte par les pays bénéficiaires et l'investissement direct étranger en provenance des Etats-Unis²⁶⁹. Selon la US chamber of commerce, la qualité de la protection des PI influence aussi les types de technologies que les firmes voudraient transférer dans un pays. Quand la protection est importante, la valeur des propriétés intellectuelles est aussi grande. Pour soutenir cette position de l'US chamber of commerce, voici l'exemple d'une autre étude de cette dernière²⁷⁰. Celle-ci a démontré que la protection de la propriété intellectuelle est importante seulement pour 20% de sociétés qui investissent dans la distribution et la vente tandis qu'elle est entre 50 et 60% pour les industries de pièces détachées ou des produits entiers, et de 80% dans les firmes qui sont dans les Recherches et Développement. C'est précisément des investissements en Recherches et Développement dont les pays ont besoin pour se développer.

196. Une autre étude²⁷¹ de l'OCDE (Organisation pour la Coopération Économique et le Développement) vient appuyer le fait qu'une augmentation dans la protection des propriétés intellectuelles est le corollaire de l'augmentation des Investissements Directs Etrangers (IDE), des services d'importations et la Recherche et Développement (R&D) locale. Par contre, une autre étude²⁷² portant sur les firmes dans les pays de l'Europe de l'Est et de l'ex-Union Soviétique a montré qu'une faible protection de la propriété intellectuelle dans le pays de destination décourage les investisseurs dans les secteurs qui dépendent d'une telle protection.
197. Le secret d'affaires est une forme très importante de la protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle. Selon un index²⁷³ utilisé pour mesurer la force de la protection par le droit de la propriété intellectuelle dans les marchés émergents situés en Amérique latine, la

²⁶⁹ J.-Y. LEE and E. MANSFIELD, "Intellectual Property Protection and U.S. Foreign Direct Investment," *Review of Economics and Statistics* 78, 181-86 (1996).

²⁷⁰ Us. chamber of commerce, the case for enhanced protection of trade secrets in the trans-pacific partnership agreement, <https://www.uschamber.com>. (Consulté le 15 janvier 2016).

²⁷¹ CAVAZOS-CEPEDA, R. et al., "Policy Complements to the Strengthening of IPRs in Developing Countries," OECD Trade Policy Working Papers, No. 104, OECD Publishing (2010).

²⁷² B. S. JAVORCIK, The composition of foreign direct investment and protection of intellectual property rights : Evidence from transition economies, *The World Bank*, Accepted 13 June 2002.

²⁷³ R. M. Sherwood, "Intellectual Property Systems and Investment Stimulation: the Rating of Systems in Eighteen Developing Countries," 37 *IDEA* 261, 265 (1996).

protection par les secrets commerciaux vient en seconde position après le droit des brevets et avant le droit d'auteur et autres protections en termes d'importance.

198. La qualité de la protection par les secrets commerciaux influence directement les décisions des investisseurs. Par exemple, lorsque la protection des secrets commerciaux est faible, les sociétés sont obligées d'investir dans les mesures de protection physique des secrets d'affaires au lieu d'investir dans l'innovation. La conséquence directe est que ce manque de protection va limiter les décisions d'investissements de l'entreprise²⁷⁴. Un responsable²⁷⁵ de société a, dans ce cadre, expliqué que sa société a fait un investissement dans un grand pays en développement mais n'a pas 'utilisé dans le pays sa meilleure technologie à cause des incertitudes au sujet de l'effectivité de la protection des secrets commerciaux. Le cas des Etats-Unis est un exemple²⁷⁶. Historiquement, il a été établi un corollaire entre l'effectivité de la protection des secrets commerciaux et le niveau actuel des investissements dans les R&D. Cet aspect positif de leur protection se fait plus sentir dans l'augmentation des investissements au niveau des high-tech et dans les industries²⁷⁷.
199. Selon Robert M. Sherwood²⁷⁸, la protection des secrets commerciaux est vitale pour assurer le succès commercial de nouvelles innovations. Des études au niveau des entreprises ont démontré leur importante valeur. Une étude de 2010 menée par *Forrester Consulting*²⁷⁹, une société américaine, a sondé des compagnies américaines et européennes sur la protection de leurs données. L'étude a révélé que les secrets commerciaux représentent les 2/3 de la valeur du portfolio informationnel desdites sociétés dans les secteurs comme l'industrie manufacturière, les services d'information, le secteur professionnel, le secteur scientifique, le service technique. Ce pourcentage varie entre 70 et 80 %. S'agissant du total en chiffre, les sociétés américaines en bourse détiennent un total de 5000 milliards de dollars en termes de secrets commerciaux²⁸⁰.

²⁷⁴ Us chamber of commerce « The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific-Partnership Agreement » at 3 (2013), Covington & Burling LLP (translation franchise).

²⁷⁵ Idem.

²⁷⁶ Png, IVAN P. L., "Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws" (june 15, 2012), available at SSRN: <http://ssrn.com>. (Consulté le 20 avril 2017).

²⁷⁷ Idem.

²⁷⁸ R. M. SHERWOOD, *Trade Secret Protection: Help for a Treacherous Journey*, 48 WASHBURN L.J. 67, 105 (2009). "SHERWOOD chooses these two countries for comparison due to similarities in length of active history, early economic importance of agriculture, and population size".

²⁷⁹ Forrester Consulting, "The Value of Corporate Secrets" at 4-5, available <http://www.nsi.org>. (Consulté le 15 janvier 2016).

²⁸⁰ E. A. ROWE, "Contributory Negligence, Technology, and Trade Secrets," 17 *George Mason L. Rev.* 1, 5 (2009).

200. Des sondages ont également démontré de manière consistante que plusieurs sociétés considèrent la protection par les secrets commerciaux comme plus importante que n'importe quelle autre protection offerte par le droit de la propriété intellectuelle –les brevets inclus. Par exemple, un sondage²⁸¹ de 650 gérants de sociétés manufacturières a trouvé que la protection par le secret est largement vu comme plus effective comparée à la protection qu'offre le brevet. Une autre étude de près de 1500 laboratoires de R&D aux Etats-Unis a porté sur les mesures prises par les firmes pour rentabiliser leurs investissements dans l'innovation. Cette étude²⁸² a démontré que les firmes mettent un grand accent sur l'utilisation du secret et le « *lead-time* » (*prise d'une longueur d'avance sur les concurrents*) et moins d'importance sur les brevets.
201. En 2008, le *National Science Foundation*²⁸³ a réalisé un sondage auprès des hommes d'affaires américains en les interrogeant sur l'importance des différentes formes de protection qu'offre la propriété intellectuelle.

(Table n° 1. Importance of Various Forms of IP Protection to U.S. Businesses with R&D Activity)

| | Very | Somewhat | Not |
|-----------------|------|----------|-----|
| Trade secrets | 45% | 22% | 33% |
| Trademarks | 33% | 27% | 40% |
| Utility patents | 26% | 15% | 60% |
| Design patents | 15% | 18% | 67% |
| Copyrights | 25% | 25% | 49% |
| Mask works | 4% | 6% | 90% |

Source : National Science Foundation, USA.

202. Dans le tableau ci-dessus, les sociétés avec une forte R&D ont indiqué que le secret d'affaires

²⁸¹ R. C. LEVIN et al., "Appropriating the Returns from Industrial Research and Development," *Brookings Papers on Economic Activity*, Vol. 1987, No. 3, pp. 783-831 (1987).

²⁸² W. M. COHEN et al., "Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not)," NBER Working Paper No. 7552 (2000).

²⁸³ National Science Foundation, "Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey" (2012). Voir <http://www.nsf.gov/statistics/infbrief/nsf12307/>. Cette enquête s'est intéressée selon l'auteur aux questions relatives au brevet, à la marque, au brevet de dessin, droit d'auteurs, secrets d'affaires (Consulté le 20 avril 2017).

est la forme de protection la plus importante de la propriété intellectuelle²⁸⁴. Même lorsqu'il s'agit des sociétés sans R&D, les secrets commerciaux sont classés seconde plus importante forme de droit de la protection parmi des droits de la propriété intellectuelle, derrière les marques et devant le droit d'auteur et le brevet²⁸⁵.

203. Les recherches dans d'autres endroits du monde sont consistantes. Le sondage²⁸⁶ des responsables de compagnies suisses travaillant dans le domaine de R&D a conclu que le secret était particulièrement considéré comme la forme la plus effective de protection dans le domaine de l'électronique, de la chimie, l'alimentation, le synthétique et dans le domaine du papier.

204. La Commission de l'UE a réalisé un sondage²⁸⁷ auprès d'un échantillon représentatif d'associations professionnelles et d'entreprises commerciales de l'UE, incluant les Petites et Moyennes Entreprises (PME) en particulier, sur les questions relatives à l'utilisation et à la protection des secrets commerciaux.

Dans l'ensemble, 75% des répondants considèrent que les secrets commerciaux ont une importance stratégique pour la croissance, la compétitivité et la performance innovante de leur entreprise. La principale raison pour laquelle les répondants souhaitent se prévaloir des secrets commerciaux plutôt que d'autres formes de droit de propriété intellectuelle est la volonté d'éviter la divulgation d'informations précieuses (52% de réponses positives). Environ 60% des répondants ont indiqué qu'ils partageaient régulièrement ou occasionnellement des secrets commerciaux avec des tiers.

205. Les raisons pour lesquelles les entreprises décident de ne pas partager les secrets commerciaux avec des tiers sont notamment : des raisons stratégiques (49% de réponses positives) et des aspects liés à la perte de confidentialité de l'information (39% de réponses positives).

206. Le tableau suivant avait posé la question sur l'opportunité d'une Directive européenne protectrice des secrets commerciaux et près de 68% des sondés ont répondu par l'affirmative.

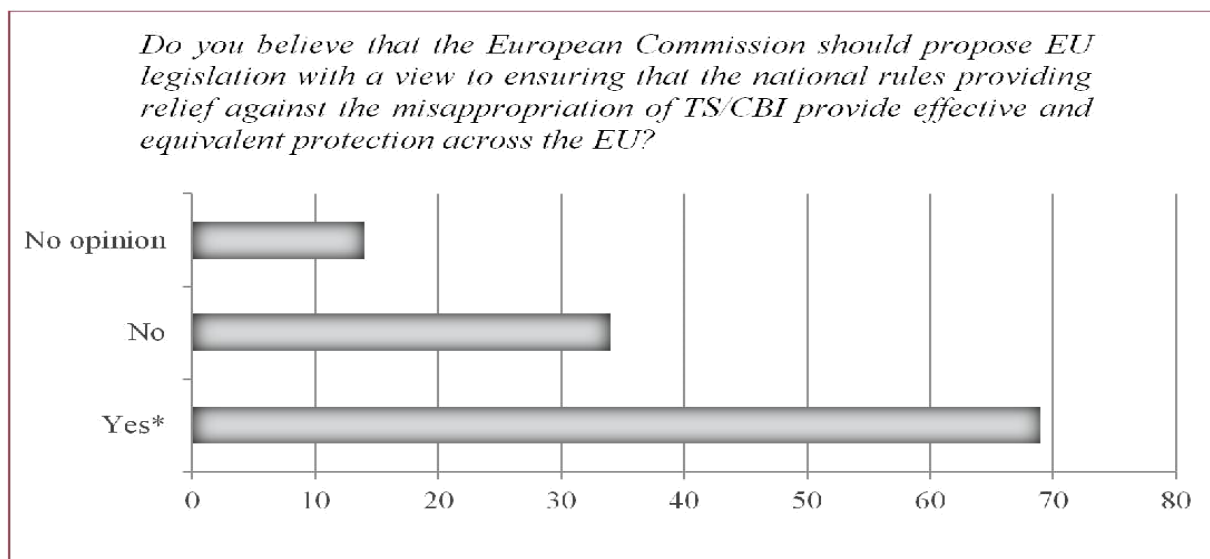
²⁸⁴ Idem.

²⁸⁵ Idem.

²⁸⁶ N. HARABI, "Appropriability of Technical Innovations: An Empirical Analysis," *Research Policy*, Vol. 24, No. 6, (1995) pp. 981-992.

²⁸⁷ Proposition de directive du parlement européen et du conseil, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Les résultats, témoignent de l'importance des secrets d'affaires en Europe et du besoin pressant d'une protection qu'avaient les acteurs à l'époque.



(Etude sur les secrets d'affaires et les informations commerciales confidentielles dans le marché interne
(Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market²⁸⁸).

²⁸⁸ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, file:///C:/Users/HP%20PC/Downloads/130711_final-study_en%20(3). (Consulté le 27-07-201).

CONCLUSION

- 207.** Le secret d'affaires à travers le temps et l'espace a acquis une reconnaissance incontestable. Dans le temps, elle est loin cette époque où des questions ont été posées sur sa qualification de propriété. De nos jours, il y a des lois tant sur le plan national qu'international qui reconnaissent aux secrets d'affaires les prérogatives de droit de propriété. La conséquence de cette reconnaissance est que leurs auteurs disposent dans la limite de l'ordre public et des droits des autres membres de la société, la capacité d'exclure un tiers, de céder leurs droits ou d'ester en justice pour leur défense. Dans l'espace, de plus en plus de territoires (pays) sont de nos jours couverts par des *lex specialis* portant droit des secrets commerciaux. Les derniers nés de ces textes sont la Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (*secrets d'affaires*) et la loi française n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.
- 208.** L'engouement constaté pour les secrets d'affaires s'explique par plusieurs raisons dont la plus importante est leur valeur économique qui représente un intérêt majeur pour l'économie contemporaine. Leur modèle procure non seulement une effective protection des informations secrètes mais aussi est un moteur de profit pour les entreprises. Comment sont-ils alors protégés dans une procédure de l'arbitrage au plan international ?

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX

209. Des divergences existent au sein de la pratique internationale « *sur la nature, légale ou conventionnelle, de l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage ; sur sa valeur de principe général de l'arbitrage et donc inhérent à celui-ci, ou sur la nécessité qu'elle soit expressement stipulée par les parties ; sur sa portée, tant ratione materia- quels sont les éléments soumis à confidentialité : l'existence de l'arbitrage, les audiences, le délibéré, la sentence arbitrale, les documents et pièces échangés dans l'instance arbitrale ? etc* »²⁸⁹ C'est dans ce complexe panorama que s'organise la protection des secrets d'affaires dans la pratique arbitrale à travers essentiellement le principe de la confidentialité.
210. De nos jours, les procès devant les juridictions étatiques sont perçus comme étant peu flexibles, régis par des règles rigides, prenant trop de temps, exposant les informations confidentielles, engageant trop de dépenses aux parties. Ils ne répondent pas à l'esprit de souplesse et de discrétion qu'exige la pratique d'affaires. De ce constat, l'arbitrage²⁹⁰ s'est imposé comme une forme alternative de résolution de conflits privilégiée par les acteurs²⁹¹ des transactions commerciales internationales. Selon des auteurs français, l'arbitrage est : « *... le mode de droit commun-ou encore usuel, ordinaire, habituel-de résolution du litige du droit international.* »²⁹² Il est aussi utile de noter que l'importance de l'arbitrage a été aussi promue par l'existence de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)²⁹³.

²⁸⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, 2013, p. 50.

²⁹⁰ G. AKSEN, *Ad Hoc versus International Arbitration*, 2 ICC IC Arb. Bull.8-14 (1991) reproduces in Tibor Varady, John J. BARCELLO III & Arthur T. VON MEHREN, *International commercial arbitration. A TRANSNATIONAL PERSPECTIVE*, 93 (Thompson West, 2nd ed., 2003). See also, M. L. MOSES, « *The principle and practice of international commercial arbitration* » (Cambridge University Press, 2008), at 1.

²⁹¹ Selon BUHRING-UHLE, les parties recourent à l'arbitrage à cause des facteurs qu'ils estiment être des faiblesses dans les procédures devant les juridictions judiciaires étatiques. Au XIX^{ème} siècle, Christian Buhring-Uhle a trouvé que l'aspect le plus important qui rendait l'arbitrage attractif était la neutralité du site et la garantie d'une exécution internationale de la sentence parce qu'il y a plusieurs pays qui ont ratifié la Convention de New York portant reconnaissance et exécution des sentences arbitrales. L'autre raison par ordre d'importance, selon cet auteur, est la confidentialité des procédures arbitrales, *arbitration and mediation in international business* (Kluwer Law in International, 1996), at 136.

²⁹² C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Op. Cit note 289

²⁹³ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958).

211. L'attractivité de l'arbitrage est en grande partie justifiée par le principe de confidentialité qui le caractérise. M. Hans Bagner²⁹⁴ a mentionné un sondage scientifique des utilisateurs américains et européens de l'arbitrage commercial conduit en 1992 pour le compte de la London Court of International Arbitration (LCIA), par la « *London Business School* », qui a trouvé que la confidentialité²⁹⁵ est le facteur le plus important²⁹⁶ qui justifie l'attractivité de l'arbitrage²⁹⁷.

²⁹⁴ H. BAGNER has extensive and wide-ranging advocacy experience in both court and arbitral proceedings and regularly acts as chairman or member of international arbitral tribunals. Since the mid-1970s he has served as party counsel or arbitrator in more than 200 international commercial matters before the ICC International Court of Arbitration, the London Court of International Arbitration, AAA, SCC or ad hoc arbitrations.

Hans served as lead counsel for CME in the proceedings in the Svea Court of Appeal, challenging the award in an investment dispute initiated by the Czech Republic.

He has been a visiting Professor at Louisiana State University (International Trade Law), and has since 2003 been a lecturer at the Stockholm University Law Faculty Master Program on International Commercial Arbitration Law. Hans is also continuously engaged as a speaker at various international arbitration conferences.

Hans has frequently published articles on international arbitration topics, in the ICC Bulletin, the Journal of International Arbitration, Mealy's International Arbitration Report and the Swedish International Arbitration Review (SIAR). Recent publications: the SCC chapter in *Arbitration World*, third edition, 2010; the chapter on Sweden in *International Arbitration Review*, 2011; *Arbitrator's Impartiality*, SIAR, autumn 2011; and *Arbitrator's Independence and Impartiality*, JFT 4-5/2011 (Finland), jan 2012.

Hans is senior counsel with MAQS Advokatbyrå in Stockholm. Hans was one of the founding members of Vinge, where he served in Stockholm and London during several decades. Following his Master degree at the University of Michigan Law School (Ann Arbor), Hans spent time with Squire Sanders in Cleveland, Ohio. <http://maqs.com/en/co-workers/hans-bagner/>.

²⁹⁵ "If some Machiavelli were to ask me to advise on the best method of driving international commercial arbitration away from England I think that I would say that, The second best method-but the two boats are only separated by a canvas- would be for me the House of Lords to overthrow Dolling-Baker and to embrace the majority judgment of the High Court of Australia in *ESSO/BHP*. This would be to announce that the English law no longer regarded the privacy and confidentiality of arbitration proceedings (using that term in the broadest sense) as a fundamental characteristic of the agreement to arbitrate. Lawyers and businessmen in France, Germany, Switzerland and in the countries of the Commonwealth and elsewhere would take note and there would be a flight of arbitrations from this country to more hospitable climes." Patrick Neill QC, confidentiality in Arbitration, 12 ARB. INT'L 287. 316-17 (1996) (on file with the author).

²⁹⁶ K. P. BERGER, *Private dispute resolution in international business, negotiation, mediation, arbitration*, vol. II (Luwer Law International, 2006), at 313.

²⁹⁷ La confidentialité est un facteur d'une grande importance dans l'arbitrage commercial international. Selon un ancien secrétaire général de la cour d'arbitrage internationale (CIA) de la Chambre de Commerce Internationale (CCI), plusieurs parties choisissent l'arbitrage principalement parce que la procédure arbitrale et la sentence qu'elle produit ne sont pas dans le domaine public par comparaison à une décision rendue par une juridiction étatique. Cet auteur poursuit que, si la CCI adoptait des règles qui adoucissent le caractère strict de la confidentialité, cette mesure découragerait les candidats à l'arbitrage devant la CCI. Patrick Neill exprimera l'importance de la confidentialité de manière plus éloquente en soutenant que si la confidentialité était supprimée en Grande Bretagne, les parties à l'arbitrage préféreraient d'autres horizons plus hospitaliers.

La confidentialité de l'arbitrage est considérée comme un trait marquant²⁹⁸ de l'institution²⁹⁹. L'arbitrage comme un mécanisme privé de résolution de conflits est dans une large mesure conçu pour offrir aux parties un cadre dans lequel elles contrôlent qui peut avoir accès aux informations concernant le litige en jeu et à quel type d'information cette personne peut avoir accès. Pour C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, « *L'arbitrage, justice confidentielle, sans publicité des débats ni, en principe, des sentences rendues, semble permettre de préserver le secret des affaires* »³⁰⁰.

212. Pendant plusieurs décennies, le caractère confidentiel de l'arbitrage a été fondé plutôt sur une présomption de fait en lieu et place d'un fondement légal clairement établi. Le principe de confidentialité de ce fait n'était pas explicitement et légalement établi³⁰¹. Par exemple en Europe, lorsqu'il y avait un recours devant une juridiction étatique et qu'une question relative au fondement légal de l'existence de la confidentialité dans une procédure arbitrale internationale se posait, la solution positive offerte par la cour relevait plus d'un « *diktat* »³⁰² que d'un principe de droit ou d'une loi relative à la pratique de l'arbitrage.
213. Les juridictions anglaises ont pendant longtemps soutenu que la confidentialité est inhérente à la procédure arbitrale. Elle aurait sa source dans la convention arbitrale entre les parties. La position traditionnelle des juridictions anglaises qui s'est imposée en Europe continentale, a été fortement contredite dans l'affaire *Esso v. Plowmann*³⁰³. Pour la haute juridiction australienne qui a rendu l'arrêt *Esso*, pour exister, la confidentialité doit être explicitement mentionnée dans la convention arbitrale, ou être issue d'un contrat initial auquel la convention d'arbitrage se réfère. Les positions opposées de ces deux juridictions de la Common- Law ont fortement contribué à la consécration de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international.

²⁹⁸ Ph. CAVALIROS, « « la confidentialité de l'arbitrage » *cah. arb. vol. III*, Gaz. Pal. éd. 2006, p. 56 ; J.- L. DELVOLLE, « Vraies ou fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », *Rev. Arb.* 1996, p. 373 ; E. GAILLARD, « Le principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial international », *D.* 1987, chron. , p. 153 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2006, p. 373 ; Ch. MULLER, « La confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompe oeil ? » *Bull. ASA* 2005, n° 2, vol. 23, p. 216.

²⁹⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Op. Cit.*, p. 53. note 289.

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ J. POUDRER & S. BESSON, *Comparative law of international arbitration* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006) at 316. Para. 368.

³⁰² *Ce concept vient du mot « dicter » et peut être synonyme de « imposer ». Ici, il traduit le fait que la décision qui sort du procès ne repose pas sur une interprétation et une analyse d'une norme établie dans l'arbitrage commercial international.*

³⁰³ *Esso Australia Resources Ltd v. Plowman*, [1995] HCA 19; 183 CLR 10; 69 ALJR 404; 128 ALR 391.

Le droit et la jurisprudence française constituaient avant l'entrée en vigueur du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011³⁰⁴, une bonne illustration de ces incertitudes et hésitations³⁰⁵ (section1).

214. Au-delà de ce débat qui est plus lié à la source (inhérente à la convention arbitrale ou explicitement mentionnée dans la convention arbitrale), la confidentialité dans l'arbitrage commercial, lorsqu'il est établi qu'elle existe -peu importe son origine- sert d'outil de protection des informations qualifiées de confidentielles : elle protège en principe les informations qui sont devenues confidentielles en raison de leur utilisation dans l'arbitrage ou du fait qu'elles aient été préparées pour usage dans une procédure arbitrale à venir ou du fait que, par leur nature, pour exister et avoir une valeur commerciale, elles doivent demeurer confidentielles (les secrets d'affaires).

215. Le régime de la protection de l'information dans l'arbitrage commercial par la confidentialité s'applique pour s'assurer que les documents protégés ne tombent pas dans les mains des personnes non autorisées. Cette protection étant faite dans le cadre général de la confidentialité, elle ne semble pas faire une place particulière aux secrets d'affaires. Le régime de la confidentialité dans l'arbitrage commercial ne discerne³⁰⁶ pas les informations protégées en raison de leur nature particulière mais plutôt de leur source.

C'est donc en général à travers la protection des informations confidentielles par le régime du droit commun de la confidentialité que nous analyserons le régime spécifique de la protection des secrets d'affaires (Section 2).

³⁰⁴ Voir le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO, 14 janvier 2011, 777 [décret], modifiant les dispositions du Nouveau Code de procédure civile français [Cpc français]; voir également le rapport au premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO, 14 janvier 2011, 773 [papport au premier ministre].

³⁰⁵ *idem*.

³⁰⁶ *En effet, les informations qualifiées de confidentielles en matière d'arbitrage commercial international ne sont pas de même nature et jouissent d'une confidentialité dont la source n'est pas la même. D'autres informations deviennent confidentielles du seul fait qu'elles aient été préparées pour servir dans le cadre de l'arbitrage ; certaines le deviennent par le fait des techniques de la procédure arbitrale et enfin, d'autre encore le sont par nature. Ce dernier cas regroupe les secrets commerciaux. Dans la protection assurée par la confidentialité dans le cadre de l'arbitrage commercial international, la protection accordée par les tribunaux étatiques, ou les règles internationales de procédure arbitrale ne prend pas en compte ces particularités qui constituent les classes d'informations confidentielles qui composent les informations confidentielles dans l'arbitrage.*

SECTION 1 : LA CONSECRATION DE LA CONFIDENTIALITE AU SEIN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL

216. Une majorité³⁰⁷ d'universitaires et de praticiens s'accorde sur l'existence - implicite ou explicite - « d'une présomption de confidentialité » entre les parties dans une procédure arbitrale. Par contre, ils semblent loin de s'entendre sur le fondement (la source) de la confidentialité dans cette dernière.

Dans ce débat qui tourne autour du fondement de la confidentialité, deux écoles s'opposent par arrêts interposés³⁰⁸ : deux célèbres arrêts, *Ali shipping*³⁰⁹ et *Esso*. Yves Fortier, praticien et commentateur, dans ses écrits, expose le mieux cette divergence de vue exprimée dans les deux arrêts ci-dessus en soutenant que l'existence de la confidentialité-du moins dans sa forme absolue telle que perçue par les parties-est plus un truisme qu'une réalité³¹⁰.

Même certaines parties les plus sophistiquées assument que les tribunaux retiendront leur accord de confidentialité, que celle-ci soit explicite ou implicite. Pourtant cela n'est pas toujours le cas. Que ce soit sur le plan judiciaire ou sur le plan doctrinal, les positions ne sont pas convergentes sur l'attitude à adopter.

Au plan interne, l'article 1464, al. 4 du Code de procédure civil français dispose que la procédure arbitrale est confidentielle³¹¹. Cette obligation, cependant, demeure légale et supplétive, dépendant de la volonté des parties et ne s'étend pas à l'arbitrage commercial international (§1).

La profonde divergence sur le fondement de la confidentialité dans l'arbitrage commercial au niveau des tribunaux et des cours n'a pas été circonscrite à l'environnement normatif et jurisprudentiel. Elle divise également les promoteurs des institutions internationales d'administration de l'arbitrage qui ont à leur tour réflété cette divergence jurisprudentielle et

³⁰⁷ B. ALEXIS C. "Presumption Meets Reality : An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." American University International Law Review 16, Op. Cit., p. 26.

³⁰⁸ *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1997] APP.L.R. 12/19, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports. Typeset by NADR. Crown Copyright reserved. [1997] EWCA Civ 3054 1, CA on appeal from the High Court (Mr Justice Clarke) before Beldam LJ; Potter LJ; Brooke LJ. 19th december 1997.

³⁰⁹ *Esso Australia Resources Ltd v Plowman*, [1995] HCA 19; 183 CLR 10; 69 ALJR 404; 128 ALR 391.

³¹⁰ L. Y. FORTIER...« Dans les faits, le principe selon, lequel le principe de la confidentialité existe-du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties-est plus un truisme qu'une réalité. Les questions simples allant de la nature, de l'étendue du principe, en droit, à son utilité, en pratique à sa formulation comme règle de procédure arbitrale, sont très contentieuses ». Ibid. note 257.

³¹¹ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions 2011, p. 91, spéc. n° 24 et s, p. 100 ; Th. CLAY, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article », JDI 2012, p. 443, spéc. p. 493.

doctrinale relativement à la source de l'obligation de confidentialité en leur sein (§2).

§1.-La consécration jurisprudentielle de la confidentialité

217. Traditionnellement, les cours britanniques ont retenu que le devoir de confidentialité est inhérent à la convention d'arbitrage entre les parties. Cette position a été l'achèvement d'une évolution dont la décision *Ali Shipping* constitue la consécration (A). A l'opposé de l'arrêt *Ali*, dans l'arrêt *Esso*, la Haute Cour d'Australie, tout en citant la position des cours anglaises, a estimé que pour que le devoir de confidentialité existe dans une procédure arbitrale, les parties au contrat doivent l'avoir explicitement prévu (B).

A. La confidentialité est inhérente à la convention d'arbitrage : arrêt *Ali*³¹²

218. La confidentialité et le caractère privé³¹³ sont mentionnés comme les avantages que l'arbitrage offre, comparé à une procédure judiciaire devant une cour d'Etat. Ces deux éléments sont les principaux facteurs qui amènent les parties à un litige à décider d'arbitrer en lieu et place d'une procédure devant un juge d'Etat. Les parties optent pour la confidentialité parce qu'elle leur permet de contrôler les informations qu'elles échangent.
219. Les parties sophistiquées présument que le devoir de confidentialité est inhérent à une procédure arbitrale. Certains commentateurs et même des praticiens ont défendu cette présomption. Pour Yves Fortier, « ... *les parties en signant une convention d'arbitrage acceptent une obligation réciproque de ne pas rendre public ou utiliser pour un autre but un document qui a été apprêté pour être utilisé dans la procédure arbitrale....Il y a un devoir général de confidentialité qui est qu'en principe une partie ne devra rendre publique aucune information relevant de l'arbitrage, aucune information obtenue par le biais de la procédure arbitrale* »³¹⁴.
220. En 1880, dans l'arrêt *Russel v. Russel*³¹⁵, la jurisprudence anglaise affirmait déjà que le principe de la confidentialité était inhérent à la procédure arbitrale. Les faits méritent d'être rappelés.

³¹² I. Lloyd's Rep. 643 Eng. C. A. 1998); Audley Sheppard. Case Comment, *Ali Shipping Corp. v. Shipyards 'trogir'*. 1 (3) int'l ARB. L. REC. nn. 53-54 (1998).

³¹³ Le caractère privé est la réalité que les personnes non autorisées ne doivent pas être présentes dans la salle d'audience durant la procédure arbitrale. Ce principe reconnu par la doctrine, la jurisprudence et les règlements des institutions internationales, donne autorité aux arbitres d'exclure toute personne étrangère de la salle. Cette notion du caractère privé ne doit, cependant, pas être confondue avec le principe de la confidentialité.

³¹⁴ B. ALEXIS C. "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." *American University International Law Review* 16, n° 4 (2001): 969-1025.

³¹⁵ *Russel v. Russel* (1880) 14 Ch. D. 471,474 ; <http://www.trans-lex.org/302010>. , (Consulté le 20 avril 2016).

Dans les statuts d'une société de droit anglais composée de trois associés, il y avait une clause qui donne droit à tout associé qui estime ne pas être satisfait du fonctionnement de la société, de la dissoudre par une simple note de dissolution qui prend effet dans un délai de trois mois à compter de sa date de remise³¹⁶. Une autre clause arbitrale insérée, stipule que tout litige survenant dans le cadre de ce partenariat sera soumis à l'arbitrage³¹⁷. Il est à noter que dans la convention arbitrale, nulle part les parties n'avaient souscrit à une clause de confidentialité. Sur la base de la première clause, un associé B sert régulièrement une note de dissolution de la société à ses deux partenaires A et C. L'associé A, par une requête devant une juridiction étatique (*Chancery Division*) conteste la validité de cette note en dissolution de B et introduit une action pour fraude contre ce dernier. L'associé B, auteur de la note de dissolution, dans une demande reconventionnelle, s'oppose à la saisine d'une juridiction étatique par A et estime que tout litige issu du cadre partenarial créé par la société relèverait du domaine de l'arbitrage comme convenu dans la clause arbitrale insérée dans les statuts de la société. Dans sa décision, la *Chancery Division*, a estimé que « *Comme règle, les gens rentrent dans ces types de contrats avec l'intention exprimée de garder les différends loin du public* »³¹⁸.

221. Cette décision est la première illustration en droit anglais de la conception du caractère inhérent du principe de la confidentialité dans le choix d'arbitrer opéré par les parties. Il est important de noter que le juge JESSEL a délibéré sur ce point sans citer la règle sur laquelle il s'est basé. Cette absence de base légale servant de fondement à sa décision a limité la portée de l'arrêt *Russel* en ce qui concerne son affirmation relative à l'existence d'une confidentialité implicite dans un arbitrage qui n'en avait pas prévu.

³¹⁶ *Russel v. Russel*, (1880) 14 Ch. D. 471, 474 "If at any time during the said partnership the business thereof shall not be conducted or managed, or the results thereof shall not be to the satisfaction of the said *W. A. Russell*, it shall be lawful for the said *W. A. Russell* to give a notice in writing to the other partners or partner of his desire that the said partnership shall determine, or to leave such notice at or upon some part of the premises in *Manchester* where the partnership business shall for the time being be carried on, and also by sending such notice as a registered post letter addressed to the said firm at their office in *Glasgow*, and in such case the partnership shall cease and determine immediately on the expiration of three calendar months from the giving or leaving of such notice."

³¹⁷ *Russel v. Russel*, (1880), idem "If, during the continuance of the said partnership or at any time afterwards, any difference shall arise between the said parties in regard to the construction of any of the articles herein contained, or to any decision, act, or thing to be made or done in pursuance thereof or to any other matter or thing relating to the said partnership or the affairs thereof, such difference shall be referred to arbitration" idem .

³¹⁸ *Russel v. Russel*, (1880), idem « As a rule, persons enter into these contracts with the express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding that discussion in public, which must be a painful one, and which might be an injury even to the successful party to the litigation, and most surely would be to the unsuccessful ».

222. En 1990, la Cour d'Appel londonienne a, dans l'arrêt *Dolling-Baker*,³¹⁹ retenu qu'il y a une 'obligation implicite' de confidentialité 'qui émerge de la nature même de l'arbitrage'. En 1996, se basant dans une large mesure sur *Dolling-Baker*, les juges de la cour commerciale, dans l'affaire *Hanssneh insurance co. Of Israel V. Steuart J. Mew*³²⁰, ont décidé que les procédures arbitrales sont soumises à une obligation implicite de confidentialité. Dans cet arrêt, le juge *Colman* a soutenu que si dans tout accord d'arbitrage, il y a une entente implicite que l'audience doit être privée, cette exigence du caractère privé doit s'étendre aux documents créés pour l'audience également. Pour lui, le fait de donner accès à une tierce personne à ces documents « équivaudrait à ouvrir la porte de la salle d'audience arbitrale à cette personne étrangère à cet arbitrage »³²¹. Il paraît clair ici que le juge *Colman* voit le caractère privé de l'arbitrage et la confidentialité comme deux éléments inséparables de l'arbitrage. Pour lui, c'est la protection des informations partagées qui semble justifier l'exclusion des personnes étrangères des audiences arbitrales.

223. L'idée ici est que, par le seul fait pour les parties de s'accorder dans une convention arbitrale, que le désaccord qui pourrait subvenir ou de s'accorder après la survenance d'un litige entre les parties de soumettre celui-ci à une procédure arbitrale (compromis d'arbitrage), donne naissance à une obligation de confidentialité inhérente qui s'impose aux parties. Cette obligation leur interdit de divulguer des informations obtenues durant la procédure arbitrale. C'est en substance, le contenu de l'arrêt *Ali Shipping v. Shipyard 'Trogir' de English Court of Appeal rendu en 1997*³²². La position de ladite cour est le résultat d'une évolution jurisprudentielle relative au fondement du principe de la confidentialité qui a débuté avec l'arrêt *Russel*. La décision de la cour anglaise dans *Ali shipping* est largement perçue par la doctrine et les praticiens de l'arbitrage comme une réponse à l'arrêt *Esso*.

B. La confidentialité pour exister devrait relever d'un accord explicite : arrêt *Esso*

224. Selon Yves Fortier, la décision de la High Court of Australie dans l'arrêt *Esso* « a échoué comme une vague géante -un véritable tsunami australien-sur les plages des juridictions arbitrales dans

³¹⁹ 1 W.L.R. (Eng. C. A. 1990).

³²⁰ 2 Lloyd's Rep. 243 (QB, 1993).

³²¹ *Idem*.

³²² *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1997] APP. L. R. 12/19.

le monde »³²³. L'importance de cette décision réside dans le fait que la cour australienne a énoncé que la confidentialité, distincte du caractère privé de l'arbitrage, n'était pas un « *facteur important* » dans la procédure arbitrale³²⁴. Essentiellement, ce qu'il faut tirer de cette importante décision est que les parties devant un tribunal arbitral ne pouvaient pas s'attendre à ce que les informations issues de leur procédure arbitrale soient protégées par un « *parapluie* » de confidentialité si elles ne s'accordent pas sur cette protection à travers une clause de confidentialité.

225. L'arrêt *Esso* tient aussi son importance du fait de la cour qui l'a rendu, la *High Court of Australia*³²⁵, qui est la plus haute juridiction en Australie et qui sert de Cour d'Appel pour les cours fédérales inférieures, les cours des Etats et des territoires aussi bien que pour certaines cours spéciales. Siégeant dans l'affaire *Esso*, les grands juges australiens ont refusé de reconnaître une obligation étendue de la confidentialité qui couvrirait toutes les informations fournies dans le cadre d'une procédure arbitrale et les informations créées par les parties pour être utilisées durant la procédure.
226. Les faits dans l'arrêt *Esso* sont importants et méritent d'être présentés. *Esso Australia resources Ltd et BHP Petroleum (North West Shelf) Pty Ltd* (« *Esso/BHP* ») étaient vendeurs du gaz naturel sur la base d'un accord portant vente à deux sociétés dans l'Etat de Victoria, en Australie. Les deux sociétés sont *Gaz & Fuel corporation of Victoria (GFC)* et *State Electricity Commission of Victoria (SEC)*. Chacun des deux contrats de vente contenait une clause³²⁶ (article 12. 8 contrat GFC et article 19. 5 contrat SEC) selon laquelle le prix à l'achat de l'essence devrait être ajusté en prenant en considération les variations du prix des *royalties*³²⁷ et des impôts à payer sur la production. La clause poursuit qu'en cas d'une augmentation ou d'une diminution, le vendeur doit fournir à l'acheteur les détails de l'augmentation ou de la diminution des royalties, impôts et la méthode de répartition.

³²³ Editorial, 11 ARB. INT'L 3, 231 (1995) [*Esso*] is a dramatic decision, with significance far beyond the shores of Australia").

³²⁴ 128 A. L. R., p. 401.

³²⁵ <http://www.hcourt.gov.au/about/role-of-the-high-court>, (consulté le 11-08-2018).

³²⁶ "Any such increase or decreases shall be effective upon the imposition thereof. In the event of any increase or decrease Sellers shall provide Buyer with details of the increase or decrease and the method and distribution of such royalties, taxes, rates, duties or levies".

³²⁷ « *Les royalties, connues sous le terme de redevances périodiques ou redevances d'exploitation en français, sont la contrepartie financière réclamée par le franchiseur pour rétribution des services rendus aux franchisés* », <http://www.toute-la-franchise.com/lexique-82-royalties-ou-redevances-periodiques.html>, consulté le 11-08-2018.

- 227.** En novembre 1991, Esso/BHP notifie à GFC et à SEC une augmentation du prix sur l'essence qu'il leur a livrée depuis le 1^{er} juillet 1990 ; cette augmentation, il l'attribue à l'instauration d'un nouvel impôt fédéral (*Petroleum resource Rent Tax*) qui a été imposé le 1^{er} juillet 1990, à la suite de l'abolition des royalties payables. GFC et SEC ont refusé de payer Esso/BHP conformément à la convention arbitrale entre les deux parties, et ont saisi un tribunal arbitral. *Esso/BHP*, de son côté, a refusé de communiquer les informations requises conformément aux contrats de vente respectifs (article 12. 8 de la société GFC et article 19. 5 de la société SEC). M. Plowman, ministre de l'Energie et des Minéraux de l'Etat de Victoria, dans son rôle de contrôleur, souhaitait avoir accès aux informations ci-dessus mentionnées et détenues par Esso/BHP. Il introduisit une action en justice pour faire dire que ces informations ne sont pas couvertes par la confidentialité et qu'elles peuvent être communiquées à une tierce personne.
- 228.** Il est important de mentionner que la SEC et la GFC sont des sociétés au sein desquelles l'Etat australien est actionnaire majoritaire. Esso/BHP a soumis son acceptation à un engagement par SEC et GFC à ne point partager ces informations avec une tierce personne, y compris le ministre, le gouvernement et la population de Victoria. Esso/BHP soutient que ces détails sont commercialement sensibles. Ils seront aussi couverts par le principe de la confidentialité entre les parties qui n'existaient pas dans le contrat.
- 229.** Dans sa demande reconventionnelle, Esso/BHP a demandé au juge de prendre une ordonnance qui déclarerait l'existence d'une confidentialité implicite³²⁸ et qui couvrirait les informations sollicitées par ses cocontractants. Esso/BHP tenait à s'assurer que s'il transmettait les informations à ses cocontractants, ceux-ci ne les remettraient pas au ministre. Le ministre Plowman soutenait que si SEC et GFC les obtenaient, elles étaient tenues par la loi³²⁹ de les lui transmettre.
- 230.** Le jugement du tribunal a estimé dans un premier temps que sur le fondement des articles 12. 8

³²⁸ That each arbitration" is to be conducted in private and that any documents or information supplied by any of the parties to any other party thereto in or for the purpose thereof are to be treated in confidence as between each such party and the arbitrators and umpire except for the purpose of the arbitration". *Esso HCA 19; (1995) 128 ALR 391; (1995) 69 ALJR 404.*

³²⁹ Clause 4(2) of the "Business and Rules" component of the Sixth Schedule to the State Electricity Commission Act 1958 (Vict.) gave the Minister power to obtain information from SEC. The sub-clause, which has subsequently been repealed, provide: "for the proper conduct of his public business the Minister shall be entitled at all times to put himself into direct communication with all officers and employees of the Commission and also to supplied with copies thereof, and also to avail himself of the services and assistance of any officer or employee" (1990) 1WLR 1205.

et 19. 5, Esso/BHP est tenu de transmettre les informations sur l'augmentation du prix d'essence. Le juge a, par conséquent, ordonné qu'Esso/BHP transmette ces informations à GFC et à SEC et rejeté sa requête de remettre les détails seulement après que les sociétés cocontractantes auront signé un accord de confidentialité.

231. Dans un second volet, le juge s'est intéressé à la question du caractère privé de l'arbitrage et à celle de la confidentialité. Ce faisant, il a eu à répondre à trois questions : la première était de savoir si une personne étrangère pouvait être présente dans la salle d'audience arbitrale sans le consentement des parties ? La seconde était de savoir si une partie était libre de divulguer les informations obtenues au cours d'une procédure arbitrale. La troisième, plus proche des faits, était de savoir si GFC et SEC étaient libres de divulguer les informations obtenues sur la base des articles 19. 8 et 12. 8 ? Dans sa décision, le juge a retenu que « *le simple fait que les parties à une procédure arbitrale s'accordent expressément ou de manière implicite à avoir leur litige arbitré en privé n'implique aucune obligation légale qui interdise de divulguer une information à des tiers même si ces informations sont obtenues en raison de l'arbitrage ou durant la procédure arbitrale* ». Pour lui, « *il n'y a pas une obligation générale ou une obligation fondée sur l'équité applicable à l'arbitrage par laquelle il est interdit à une partie à un processus arbitral de partager les informations obtenues* ». Le juge du tribunal a accédé à la demande du ministre. En appel, l'*Appeal Division of Supreme Court of Victoria* a confirmé la décision de la juridiction inférieure. Un pourvoi en cassation a été formulé devant la High Court of Australia.

232. Par une majorité de quatre contre un, la High Court of Australia a retenu le raisonnement des juridictions inférieures en retenant qu' « *il n'y a pas une obligation de confidentialité qui couvre les documents divulgués dans l'arbitrage* ».

Cet arrêt de la High Court australienne de 1995 vient remettre en cause la jurisprudence *Dolling-Baker* solidement implantée devant les juridictions européennes –surtout londonienne - selon laquelle la confidentialité est inhérente à la nature même de l'arbitrage commercial. Pour cette jurisprudence traditionnelle, nul n'a besoin d'introduire dans le contrat une clause de confidentialité protégeant des informations relevant de la procédure arbitrale.

233. La High Court of Australia a retenu dans sa décision que l'obligation de confidentialité existe dans deux situations. La première, lorsque les parties à une procédure, ont expressément introduit une clause de confidentialité dans leur convention arbitrale. La seconde, lorsqu'une partie produit des documents sur contrainte de l'arbitre. L'arrêt *Esso* est venu créer un

« *malaise* » dans le monde de l'arbitrage commercial. Avec lui, les parties à une procédure arbitrale ne peuvent plus s'attendre à un « *parapluie* » de confidentialité qui protégerait leurs informations.

Si elles veulent les protéger, elles se doivent de rédiger une clause de confidentialité à cet effet. Une juridiction³³⁰ américaine avait adopté cette même position -avant l'arrêt *Esso* de la High Court of Australie en soutenant que l'arbitrage n'est pas confidentiel.

234. C'est dans cette atmosphère de remise en cause de la position traditionnelle de la source de la confidentialité dans l'arbitrage commercial issue de l'arrêt *Esso* que survint l'arrêt *Ali Shipping* pour qui, en matière d'arbitrage, il y a une confidentialité implicite qui tient du droit (*as a matter of law*). La conséquence de cette décision dans l'arrêt *Ali* est que le principe de confidentialité s'applique automatiquement lorsqu'il y a une convention arbitrale.

Elle est d'autant plus importante dans sa réaffirmation de la confidentialité et sur la pratique de l'arbitrage commercial qu'il est nécessaire de revisiter également les faits. *Ali shipping* était le demandeur et *Shipyards Trogir* la défenderesse dans une procédure arbitrale. Une sentence arbitrale a été vidée en faveur d'*Ali*. Dans une autre procédure arbitrale subséquente, *Shipyards Trogir* était demandeur contre *Lavender shipping*, *Leeward Shipping* et *Leman Navigation*. Toutes ces sociétés défenderesses étaient des sociétés sœurs d'*Ali shipping*. Dans la présente procédure arbitrale, *Shipyards Trogir* souhaitait qu'*Ali* produise la sentence arbitrale et les autres documents issus de sa première procédure arbitrale avec ce dernier³³¹. *Shipyards* soutenait que ces informations étaient nécessaires pour prouver ses prétentions³³². *Ali Shipping* s'est opposé à cette production de documents. Il obtint une injonction au motif qu'ils sont confidentiels.

235. Certains faits additionnels donnent à cet arrêt une importance particulière en matière de confidentialité. *Ali*, *Lavender*, *Leeward*, et *Leman* sont toutes des sociétés dans la construction navale ; elles appartiennent entièrement à la société mère *Greeneich Holdings* qui à son tour appartient à un seul individu. D'autre part, *Ali* et ses sœurs ont les mêmes juristes qui travaillent

³³⁰ *United States v. Panhandle Eastern Corp.* 118 F. R. D. 346 (D. Dcl. 1988).

³³¹ *La raison pour laquelle Shipyards voulait produire la sentence arbitrale et les documents de l'arbitrage passé (204-206 Hull) au cours de son second arbitrage était pour contredire les arguments avancés par Lavender, Leeward, et Leman.*

³³² Voir I Lloyd's Rep. at 647. The court stated: The yard says that the contents of those documents support its case that (1) the issues whether the companies were in breach of the contracts for Hulls 204-206 in not paying installments due was determined by Mr. Harris [the arbitrator in the first arbitration]. So as to create an issue estoppels as between the yard and the three companies, and (2) that , even if there is no issue estoppels, the underlying material demonstrates that the three companies were indeed in breach of the contracts for Hulls 204-206 and have no défense to the yard's claims.

pour elles et les contrats de construction navale litigieux ont été négociés par les mêmes personnes ; les quatre sociétés sœurs ont le même personnel. Shipyard voulait divulguer les informations issues de l'arbitrage avec Ali aux propres sociétés sœurs d'Ali (Lavender, Leeward, et Leman), non à des sociétés étrangères.

236. Malgré ces éléments, la cour d'appel a retenu que *Shipyard* ne pouvait pas divulguer les informations issues de l'arbitrage précédent avec *Ali* parce que les documents et la sentence arbitrale étaient protégés par une obligation de confidentialité. La cour a affirmé que la confidentialité ne dépend pas de la nature privée des informations en question, ni des coutumes, usages ou de l'intérêt d'affaires. Selon elle, la confidentialité est attachée à la convention arbitrale et relève d'un droit³³³.

237. La jurisprudence française d'avant le décret du 2011 est définitivement encrée dans l'approche anglaise qui considère que la confidentialité est inhérente à la procédure arbitrale. En 1986, dans l'affaire *Aita v. Ojeh*³³⁴, une partie à la procédure arbitrale dont le site fut la Grande Bretagne, a sollicité une annulation de la sentence arbitrale devant une juridiction française. La cour d'appel de Paris, dans sa décision contre l'appelant, a relevé que la procédure d'annulation a violé le principe de la confidentialité³³⁵. La cour a délibéré que l'action en justice contre l'intimé « *a causé un débat public sur des faits qui auraient dû demeurer confidentiels et que l'essence même de la procédure arbitrale exige comme convenu par les deux parties à la procédure arbitrale, un degré élevé de discrétion dans la résolution d'un litige privé* ». Cette décision³³⁶ de la cour d'appel française est considérée par la doctrine comme une position extrême en faveur de la confidentialité implicite dans l'arbitrage commercial.

Cette tendance française était constante avant le décret de 2011. La jurisprudence française a sanctionné les atteintes injustifiées à la confidentialité de l'arbitrage³³⁷. Ainsi, contrairement à

³³³ "It seems to me that, in holding as a matter of principle that the obligation of confidentiality (whatever its precise limits) arises as an essential corollary of the privacy of arbitration proceedings, the Courts is propounding a term which arises 'as the nature of the contract itself implicitly requires' a clear distinction is to be drawn between the search for an implied term necessary to give business efficacy to a particular contract and the search, based on wider considerations, for a term which the law will necessarily imply as a necessary incident of a definable category of contractual relationship. In my view an arbitration clause is a good example of the latter type of implied term."

³³⁴ Judgment of 18 feb, 1986, 1986 Revue de l'arbitrage, 583, disussed in Jan Paulsson & Nigel Ra wding, *The Trouble with Confidentiality*, 11 Arb, int'l 303,32 1 (1995).

³³⁵ *Idem*.

³³⁶ B. ALEXIS C "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." American University International Law Review Op. Cit. p. 86.

³³⁷ C. SERAGLINI, J. ORTSSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, 2013, p. 350.

la pratique établie qui considère que l'exercice des voies de recours reconnues par les textes contre une sentence arbitrale ne peut être considéré, en soi, comme une violation fautive de la confidentialité, la cour d'appel de Paris³³⁸ a considéré que celui qui exerce un recours en annulation dénué de chance sérieuse de succès porte atteinte à la commune volonté des parties de conserver un caractère confidentiel au litige. La cour a soutenu « *qu'il était de la nature de l'arbitrage d'assurer la meilleure discrétion au règlement des différends* »³³⁹. Des parties³⁴⁰ qui soit « *n'avaient aucun moyen sérieux à faire valoir* » ou dont l'action reposait sur « *des griefs superficiels et non établis* » ont aussi été condamnées à des dommages et intérêt.

De son côté, le tribunal de commerce de Paris a estimé que la publicité faite sur l'existence de l'arbitrage est fautive : « *l'arbitrage étant une procédure privée à caractère confidentiel, la voie de l'arbitrage, acceptée par les parties, doit éviter toute publicité du litige qui les oppose et de ses éventuelles conséquences et que, sous réserve d'une obligation légale d'information, tout manquement à cette confidentialité par l'une des parties à la procédure est fautive* »³⁴¹.

- 238.** La jurisprudence internationale française, après avoir longtemps considéré que la confidentialité relevait « *de la nature de l'arbitrage* », a nuancé ce principe. La Cour d'appel de Paris a jugé que « *la partie qui requiert une indemnisation pour violation de la confidentialité de l'arbitrage doit s'expliquer sur l'existence et les raisons d'un principe de confidentialité dans le droit français de l'arbitrage.* »³⁴² Pour le Professeur E. LOQUIN, le fondement de cette obligation est contractuel³⁴³. Cette décision rendue avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 janvier 2011 portant arbitrage français, marque un point décisif dans le traitement du principe de la confidentialité dans la jurisprudence française. Elle se justifie en ce sens qu'il n'y avait pas en réalité un fondement juridique sur lequel les juges français se fondaient pour déclarer les atteintes à la confidentialité illicites. Ces condamnations étaient tout simplement basées sur une prétendue présomption de confidentialité en vogue à l'époque. Le principe de la confidentialité qui existait en droit de l'arbitrage international français était issu d'une construction

³³⁸ Paris, 18 févr. 1986, *Rev. arb.* 1986, p. 583, note G. FECHUEUX ; D. 1987, p. 339, note. GAILLARD.

³³⁹ C. SERAGLINI, J. ORTSSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *Op. cit.* note 337.

³⁴⁰ H.LECUYER, « *exercices abusifs des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire* » *Rev. Arb.* 2006, p. 573 et les décisions citées.

³⁴¹ Trib. Com. Paris (Ord. réf.) 22 févr. 1999, et Paris 17 sept. 1999, *Rev. Arb.* 2006, p. 573.

³⁴² Paris 22 janv. 2004, société National Company for fishing and Marketing Nafimco v. société Foster Wheeler Trading Company AG, *Revue de l'arbitrage* 2004, pp.657-664, note E. Loquin.

³⁴³ E. LOQUIN, *ibid* p. 662 se référant à Th. CLAY, *L'arbitre*, n° 771.

jurisprudentielle qui n'avait jamais été transposée dans l'ordonnancement français.

239. Depuis l'arrêt *Esso* qui a clairement décidé que sans accord il n'y a point de confidentialité, des doutes sérieux ont vu le jour vis-à-vis de la position anglaise qui prônait la confidentialité inhérente à l'arbitrage.

Selon une sentence arbitrale internationale³⁴⁴, le droit français issu du décret de 2011 n'instaurait aucune présomption de confidentialité dans les procédures arbitrales internationales. Ceci confirme la non-consécration législative du principe de confidentialité par le nouveau droit d'arbitrage français. L'article 1506 3° du Code de procédure civile ne transpose pas la confidentialité contenue dans l'arbitrage interne français dans le régime juridique de l'arbitrage international français. Cette considération de politique législative serait fondée sur deux considérations. La première selon le Professeur E. GAILLARD est le fait que la confidentialité paraît de plus en plus non opportune en arbitrage d'investissement³⁴⁵.

La seconde considération pour lui est que, même en matière commerciale, la confidentialité ne s'impose pas toujours et, surtout n'est pas toujours susceptible d'être sanctionnée de manière adéquate par le tribunal arbitral. Il poursuit qu'en matière internationale, la confidentialité n'est pas l'essence de l'arbitrage.

240. La jurisprudence du droit français de l'arbitrage a connu une évolution qui l'a amené à considérer d'abord que le principe de confidentialité est naturel dans une procédure arbitrale ensuite à reviser cette position et soutenir qu'elle n'est pas inhérente à l'arbitrage commercial. Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français a dans sa dualité consacré un arbitrage interne qui clairement pose que l'arbitrage interne français est soumis à un principe de confidentialité. Par contre sur le plan international, l'arbitrage français demeure muet. Selon

³⁴⁴ The louis berger group inc/ black and veatch special project corp, joint venture v symbio power, LLC, ICC no 16383/vro ; v. A FOURMENT, *Confidentialité de l'arbitrage: entre transparence et secret, La lettre de l'AFA*, n° 30, mars 2019.

³⁴⁵ V. travaux du « Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation » de la CNUDCI, 54e section (7-11 fév. 2011), <http://www.unictral.org/unictral/fr/commission/working-groups/2Arbitration.html>; v. également Groupe de travail II sur l'arbitrage et la conciliation » de la CNUDCI, 53e section (4-8 oct. 2010), [http://daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/v10/572/08/pdf open Element](http://daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/v10/572/08/pdf/open+Element). Sur la position de la commission européenne à ce sujet, v. Communication de la commission européenne, 7 juillet 2010, COM(2010)343 final : « l'UE devrait veiller à ce que le règlement des différends entre les investisseurs et l'Etat soit mené en toute transparence [y compris pour les demandes d'arbitrage, les observations, les auditions publiques, les observations désintéressées (« amicus curia ») et la publication des sentences », <http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ.do?uri=COM:2010:0343:FIN:FR:PDF>. (Consulté le 20 mars 2017).

le Professeur E. GAILLARD³⁴⁶, il ne pose pas de présomption de confidentialité, ni de présomption contraire. Ce silence qui est volontaire en matière internationale ne peut être interprété comme manifestant, de manière tacite, l'idée que, par nature, l'arbitrage est confidentiel. Pour lui, ce fait ne peut empêcher une partie, en fonction des circonstances de la cause, de demander que l'arbitrage soit placé sous le couvert du principe de la confidentialité. Il note toutefois, en comparaison avec le droit interne de l'arbitrage français que par contre la confidentialité en matière internationale n'est pas de l'essence de l'arbitrage.

Comment le principe de confidentialité est consacré dans les règlements des institutions internationales de l'arbitrage commercial ?

§2- La consécration institutionnelle du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international

- 241.** La confidentialité peut être prévue dans une loi nationale, dans un contrat, dans un règlement d'une institution internationale d'arbitrage. Une clause contractuelle de confidentialité peut être également incorporée par référence. Les règlements des institutions internationales de l'arbitrage semblent se classer en deux catégories quand il s'agit du traitement de la confidentialité : celles qui ne consacrent pas la confidentialité (A) et celles qui la consacrent (B). Les règlements qui traitent de la confidentialité consacrent dans bien de cas une organisation générale de la protection.

A. Le régime de la non-consécration institutionnelle

- 242.** Dans l'arbitrage commercial, certains règlements institutionnels ne prévoient pas de clause de confidentialité. Le règlement arbitral de UNCITRAL (*United Nations Commission for International Trade Law*) contient une clause sur le caractère privé³⁴⁷ de l'arbitrage mais ne traite pas de la question de la confidentialité. Le Règlement arbitral de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) ne prévoit pas non plus de clause de confidentialité. Toutefois, son article 20(7) dispose que le tribunal arbitral pourrait prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles.

³⁴⁶ E. GAILLARD, *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso éditions, 2011, p.74.

³⁴⁷ Rule 25(4) of UNCITRAL provides : « Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. The arbitral tribunal may require the retirement of any witness or witnesses during the testimony of other witnesses. The arbitral tribunal is free to determine the manner in which witnesses are examined ».

243. Dans l'appendice I du Règlement arbitral de la CCI version 2017, l'article 6 des statuts de la CCI dispose, sous sa rubrique confidentialité, que : « *les travaux de la Cour ont un caractère confidentiel que toute personne participant à un titre quelconque à ses travaux est tenue de respecter. 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.* »³⁴⁸. Cet article ne traite pas, comme on peut le constater de la confidentialité de la procédure arbitrale mais plutôt de la confidentialité des travaux de la Cour d'arbitrage.

Cette position a été confirmée par United States District Court³⁴⁹ dans l'affaire *Panhandle*³⁵⁰, qui a retenu que l'article 6 des statuts de la CCI ne suffit pas à conférer à une procédure d'arbitrage sous le règlement de la CCI un caractère confidentiel. Selon, Yves Fortier, historiquement, quand la CCI a révisé son ancien règlement arbitral et formulé celui de 1998, le comité en charge de faire la mise à jour du règlement n'a pas été en mesure d'arriver à un consensus pour formuler une clause générale de confidentialité³⁵¹.

D'autres règlements par contre ont opté pour le principe de non traitement de la confidentialité. Les règlements qui ne traitent pas de la confidentialité laissent dans bien de cas le choix aux parties d'organiser la protection.

B. Le régime de la consécration institutionnelle

244. Sous le régime de la consécration institutionnelle, nous avons des institutions internationales d'arbitrage qui ont inscrit dans leurs règlements des clauses portant confidentialité. Le règlement de l'*Association Française d'Arbitrage* (AFA) prévoit que « *la procédure arbitrale et la sentence sont confidentielles* »³⁵². Selon son président M. M. HENRY, « *la confidentialité constitue une composante essentielle de l'arbitrage* »³⁵³. Le règlement de la *London Court of International Arbitration* contient des dispositions portant sur la confidentialité de l'arbitrage.

³⁴⁸ Article 6 , Règlement arbitral de la CCI , version mars 2017.

³⁴⁹ US District Court for the District of Delaware.

³⁵⁰ *United States v. Panhandle Easter Corp.*, 681 F Supp. 229 (D. Del. 1988) february 23, 1988.

³⁵¹ L. Y. FORTIER, "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality" (1999) 15 *Arbitration International* 13 an arbitrator or by the administrator. Unless agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award.1 at 133.

³⁵² Article 16 § 4, Règlement AFA en vigueur.

³⁵³ M. HENRY, Editorial, "lettre de l'Association Française d'Arbitrage (AFA)", N° 30, Mars 2019.

C'est l'article 30 de son règlement arbitral d'octobre 2014 qui pose le principe de la confidentialité dans le règlement LCIA. L'*Australian Center for International Arbitration (ACICA)*, presque dans les mêmes termes que la LCIA, a consacré le principe de la confidentialité dans l'article 18 de son règlement « *ACICA Arbitration Rules incorporating the Emergency Arbitration Provisions* » d'août 2011. Pour la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*, c'est dans son article 38³⁵⁴ que le principe de la confidentialité est inscrit.

245. Le règlement de l'*American Arbitration Association (AAA)*, dans sa section internationale³⁵⁵, prescrit une obligation de confidentialité qui couvre uniquement les administrateurs et les arbitres³⁵⁶. Selon cette disposition, sauf permission des parties ou autorisation de la loi, les membres du tribunal et l'administrateur du centre d'arbitrage devraient garder confidentielle toute information en relation avec l'arbitrage et la sentence arbitrale. Cette disposition de l'*American Arbitration Association* n'impose aucune obligation de confidentialité aux parties.
246. L'un des exemples internationaux souvent mentionné par la doctrine³⁵⁷ comme effectif en termes de protection des informations confidentielles est le règlement portant sur l'arbitrage de l'*Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)*. Ce règlement semble contenir un système qui prend en compte plusieurs aspects de la confidentialité. Le règlement arbitral de l'OMPI, en vigueur depuis le 1^{er} juin 2014, traite dans son article 75 de la question de la confidentialité portant sur l'existence de l'arbitrage. Cet article protège contre la divulgation même de l'existence de l'arbitrage. L'article 76 de l'OMPI traite de la confidentialité des informations divulguées durant la procédure arbitrale ; l'article 77 traite de la confidentialité des sentences arbitrales et enfin l'article 78 traite de la confidentialité qui couvre le centre arbitral et les arbitres.

Ces différentes dispositions dans les règlements arbitraux et les autres textes pertinents organisent la protection des informations confidentielles en arbitrage.

³⁵⁴ <http://www.cietac.org/index.cms>, (consulté le 20 avril 2016).

³⁵⁵ <https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTAGE2020868&revision=latestreleased>, (consulté le 20 avril 2016).

³⁵⁶ *Idem*.

³⁵⁷ F. DESSEMONTET, « Arbitration and Confidentiality », 7 *AM, REV. INT'L. ARB.* 299, 307 (1996).

SECTION 2 : L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES INFORMATIONS DANS LA PROCEDURE

247. Le régime de la confidentialité dans le contexte de l'arbitrage commercial est pluriel en ce sens qu'il varie en fonction des systèmes de droits, des pays, des règlements d'arbitrage adoptés, de l'origine des parties, et même de celle des arbitres.
248. Dans la pratique arbitrale, lorsque la question de l'existence de la confidentialité n'est plus au centre du débat, l'intérêt se tourne vers le régime de la protection des informations sous le régime de la confidentialité. Tâche difficile puisqu'il n'y a pas un accord- ni au niveau des *lex specialis*, ni au niveau des jurisprudences, ni au niveau de la *lex mercatoria* relevant de l'arbitrage, ni au niveau des praticiens, ni au niveau de la doctrine- relativement à la nature des informations à protéger ou sur la portée de la protection que confère le principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial. Pour la doctrine majoritaire, la protection des informations confidentielles s'organise en trois groupes : la protection de l'information relative à l'existence même d'une procédure arbitrale, la protection des informations issues du déroulement de la procédure arbitrale (l'aspect matériel sont au centre des préoccupations) et la protection du contenu de la sentence arbitrale combinée avec la question de la confidentialité une fois la sentence arbitrale rendue (§1).
249. Le principe de la confidentialité offre un cadre général de protection de certaines informations issues de la procédure arbitrale sans distinction de la nature juridique, ni de la spécificité de l'information en considération. Ainsi, les informations devenues confidentielles en raison peut-être du fait qu'elles aient été produites pour la procédure arbitrale ou tout simplement couvertes de confidentialité parce que issues de la procédure arbitrale, sont traitées sans distinction avec les informations confidentielles *per se* comme c'est le cas des secrets d'affaires qui sont des informations d'un genre particulier dont l'existence et la valeur économique même relèvent du fait qu'elles sont gardées secrètes (§2).

§1- Le régime de la confidentialité dans le contexte de l'arbitrage commercial international

250. Le régime de la confidentialité dans le contexte de l'arbitrage commercial varie, comme il a été souligné plus haut, suivant une multitude de paramètres. Il est difficile d'anticiper sur ses effets.

Obligation est faite aux acteurs impliqués dans la procédure arbitrale de ne pas divulguer les informations obtenues (A). Cependant, le principe de confidentialité n'est pas absolu ; il connaît plusieurs limitations permettant aux parties ou aux tiers d'avoir accès aux informations couvertes par la confidentialité. Ces limitations sont soit d'origine jurisprudentielle soit inscrites dans les règlements de certaines institutions arbitrales qui organisent la protection des informations (B).

A. La protection des informations confidentielles dans un processus arbitral

251. Traditionnellement, les informations protégées dans le cadre d'un arbitrage sont classées par la doctrine³⁵⁸ en quatre parties. On a les informations qui portent sur l'existence même de la procédure arbitrale (1), les informations procédurales et matérielles issues de la procédure arbitrale proprement dite (2), les informations portant sur le délibéré, le contenu de la sentence arbitrale et la confidentialité une fois la sentence arbitrale prononcée (3). A cet ensemble, il faut ajouter l'obligation faite dans une certaine mesure aux acteurs « nécessaires » à la procédure arbitrale de garder les informations confidentielles.

1. La confidentialité portant sur l'existence même de la procédure arbitrale

252. Il y a des raisons qui justifient qu'une partie ou les parties à une procédure arbitrale tiennent à ce que les tiers ne soient pas informés de l'existence d'une procédure arbitrale. Il y a le fait qu'une information pareille pourrait avoir des effets sur la cotation³⁵⁹ en bourse de la société par exemple, et notamment, faire chûter la valeur de ses actions. Ceci est un exemple d'effet parmi tant d'autres. Certaines institutions arbitrales internationales ont clairement mentionné l'existence d'une procédure arbitrale comme une information confidentielle qui doit demeurer telle.

253. L'OMPI, dans son règlement d'arbitrage entré en vigueur le 1^{er} juin 2014, a reconduit dans la

³⁵⁸ Quentin Loh Size On SC & E. L. PENG KHOON, « Confidentiality in arbitration: how fr does it extend? » (Singapore Academy Publishing, 2007)

³⁵⁹ « Une société cotée en bourse signifie que son capital est ouvert aux divers investisseurs ; étant cotée en bourse, elle peut pallier certains manques de liquidité occasionnels. En étant cotée en bourse, l'entreprise voit également sa valeur continuellement évaluée par les marchés financiers. En comparant sa valeur à un instant T avec ses cotations passées, on peut apprécier l'évolution de ces cotations au cours du temps, l'évolution de ces cotations est en général corrélée à la santé globale de la société ; néanmoins quelques exceptions existent comme par exemple lors des bulles ou des krachs boursiers », <http://www.tradebourse.fr/définition-cote-en-bourse-cotations-en-bourse.html>. (Consulté le 20 avril 2016).

section VII intitulée confidentialité, sous le titre « *Caractère confidentiel de l'existence de l'arbitrage* », en son article 75³⁶⁰, sa traditionnelle position qui consiste à protéger l'existence même de l'arbitrage. Selon cet article, «aucune partie n'a le droit de communiquer unilatéralement à un tiers une quelconque information concernant l'arbitrage,... ».

254. Le SIAC (*Singapore International Arbitration Center*) ne pose pas clairement l'interdiction de partager l'information portant sur l'existence de l'arbitrage. Toutefois, il dispose dans son règlement entré en vigueur en 2013, sous la règle 35³⁶¹, intitulée « confidentialité », que les parties et le tribunal arbitral devraient à tout moment traiter tous les sujets relatifs à la procédure arbitrale et la sentence arbitrale comme confidentiels. Sans le dire explicitement, cette formulation nous permet de soutenir que l'existence de l'arbitrage pourrait faire partie des domaines visés par cette règle. Rien dans tous les cas ne nous permet de l'exclure du domaine de cette dernière.

255. L'*American Arbitration Association* adopte également la même formule que le SIAC. Elle dispose dans un premier temps, dans le paragraphe premier de l'article 37³⁶², que le tribunal

³⁶⁰ “VII. CONFIDENTIALITY

Confidentiality of the Existence of the Arbitration Article “75:

(a) Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only:

(i) by disclosing no more than what is legally required; and

(ii) by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.

(b) Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party. Voir [Http://wipo.int/amc/fr.arbitration/rules/newrules.html#conf2](http://wipo.int/amc/fr.arbitration/rules/newrules.html#conf2). (Consulté le 20 avril 2016).

³⁶¹ Voir a [Http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013](http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2013), (consulté le 20 avril 2016).

³⁶² Article 37: Confidentiality

1. Confidential information disclosed during the arbitration by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the Administrator. Except as provided in Article 30, unless otherwise agreed by the parties or required by applicable law, the members of the arbitral tribunal and the Administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award.
2. Unless the parties agree otherwise, the tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration or any matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information.

arbitral et l'administrateur devraient garder confidentiels tous les sujets relatifs à l'arbitrage (*the members of the arbitral tribunal and the administrator shall keep confidential all the matters relating to the arbitration or the award*). Le paragraphe 2 de l'article 37 souligne que le tribunal arbitral pourrait prendre des ordonnances concernant la confidentialité de l'arbitrage.

256. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁶³ ne traite pas de la confidentialité. Toutefois, dans l'Aide-mémoire³⁶⁴ de la CNUDCI portant sur l'organisation des procédures arbitrales CNUDCI, en son point 6 intitulé « *Confidentialité des informations relatives à l'arbitrage; accord possible sur ce point* », paragraphe 50-54, il a été retenu que la question relative à la confidentialité peut être évoquée par le tribunal avec les parties à la « *preliminary conference* », pour recueillir leur accord sur le secteur ou les secteurs qu'ils entendent garder confidentiels : « *le tribunal arbitral voudra peut-être examiner cette question avec les parties et, le cas échéant, consigner les principes pouvant avoir été convenus concernant l'obligation de confidentialité* »³⁶⁵. Ce passage, sans l'exprimer directement, peut servir de fondement au désir des parties de garder confidentielles les informations relatives à l'existence de l'arbitrage. Les parties ne sont pas privées du droit de demander au tribunal arbitral de considérer l'existence même de l'arbitrage comme étant une information confidentielle.

257. Le paragraphe 52 vient nous éclairer sur l'intention des auteurs de l'Aide-mémoire portant sur l'organisation des procédures arbitrales CNUDCI relativement à l'information portant existence de l'arbitrage. D'après cet Aide mémoire : « *Un accord de confidentialité peut porter sur un ou plusieurs des points suivants : a) documents ou informations devant être gardés confidentiels (par exemple, l'existence même de l'arbitrage, l'identité des parties et des arbitres, les éléments de preuve, les observations écrites et orales, la teneur de la sentence); b) mesures à prendre pour préserver la confidentialité des informations et des audiences et durée de l'obligation de confidentialité; c) circonstances dans lesquelles des informations confidentielles peuvent être communiquées partiellement ou intégralement, dans la mesure nécessaire pour protéger un droit reconnu par la loi; et d) autres circonstances dans lesquelles la divulgation d'informations pourrait être autorisée (par exemple, informations du domaine public ou divulgations exigées*

³⁶³ Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, révisé en 2013).

³⁶⁴ Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (2016), paragraphe 50-54, pp. 19-20.

³⁶⁵ *Idem*.

par la loi ou par un organe réglementaire). Les parties voudront peut-être examiner comment étendre l'obligation de confidentialité aux témoins et aux experts ainsi qu'à d'autres personnes associées à une partie à la procédure d'arbitrage »³⁶⁶.

Il apparaît à ce point clair que la CNUDCI, bien qu'elle ne reconnait pas explicitement le principe de la confidentialité dans son règlement arbitral, a conscience que ce principe est source de désaccords au niveau des règlements arbitraux surtout nationaux. Elle a par conséquent, dans son rôle de loi-type, opté pour une démarche d'ouverture pour permettre aux parties à la procédure arbitrale de faire leur choix.

258. Au niveau jurisprudentiel, la question de l'obligation de confidentialité couvrant l'existence même de la procédure d'arbitrage a connu très peu d'intérêt. Le cas en France dans l'affaire *G. Aita v. A. Ojeh*³⁶⁷ datant de 1986 pourrait être interprété comme symbolisant la protection jurisprudentielle de l'existence de la procédure arbitrale. Dans cette affaire, une partie demandait l'annulation d'une sentence arbitrale rendue à Londres. La Cour d'appel de Paris a infirmé cette demande au motif que la procédure de demande d'annulation de la sentence a violé le principe de la confidentialité. Il faut l'affirmer, cette décision pose une question de fond. Elle sanctionne en droit français une partie qui a légalement fait usage de facultés que lui reconnaît le droit de la procédure civile de faire appel d'une décision qui lui crée un préjudice. L'impression que cette décision laisse est qu'une partie qui exerce son droit de recours contre une partie peut se voir condamner à des dommages et intérêts du fait qu'elle a divulgué des documents confidentiels indispensables à l'examen du recours³⁶⁸. Elle laisse l'impression qu'on peut utiliser la violation de la confidentialité, pour sanctionner un recours abusif contre une sentence. Et pourtant si la Cour d'appel considèrait ce recours abusif, elle aurait pu se déterminer autrement qu'elle l'a fait. Cette décision loin de clarifier le fondement de la protection des informations confidentielles par la confidentialité a plutôt créé une confusion dans la pratique arbitrale française. Cette jurisprudence³⁶⁹ semble couvrir tous les aspects de la confidentialité notamment celui durant l'audience. Par ailleurs, une autre jurisprudence française du tribunal de commerce de

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ Cour d'Appel de Paris (1^{er} Ch. Suppl.) 18 février 1986, *G. Aita v. Ojeh*, *Rev. Arb.* 1986. 583.

³⁶⁸ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, célérité, loyauté », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso, édition 2011, p. 102.

³⁶⁹ *Idem.*

Paris³⁷⁰ a précisé que le principe de la confidentialité interdit aux intervenants à l'arbitrage de révéler l'existence de la procédure arbitrale.

2. La confidentialité durant l'audience arbitrale

259. Dans l'arrêt *Dolling-Baker*³⁷¹, la cour a décidé que l'obligation de confidentialité s'applique aux « *documents préparés pour servir de support à une partie dans la procédure arbitrale, à ceux utilisés dans l'arbitrage, ceux divulgués ou produits durant l'arbitrage, ou aux mémoires ou notes de preuves prises durant l'arbitrage.....* »³⁷². Dans l'arrêt *D. Hassneh Insurance Co. Of Israel v. STEUART J. MEW*³⁷³, le juge COLMAN³⁷⁴ est revenu sur le caractère confidentiel des documents produits pour être utilisés durant l'audience au cours de la procédure arbitrale. Il a estimé que s'il y a une obligation de confidentialité implicite dans l'arbitrage, celle-ci doit s'étendre aux documents créés pour cette audience. Pour lui, la confidentialité couvre également la déposition des témoins, les mémoires et les conclusions des parties. Lord Justice POTTER, dans l'affaire *Ali shipping*³⁷⁵, a estimé pour sa part que le principe de la confidentialité s'applique « *.....aux mémoires, conclusions, aux écrits soumis, aux preuves apportées par les témoins aussi bien qu'aux preuves remises à l'arbitre* »³⁷⁶. Le principe de la confidentialité s'oppose donc à ce que les parties rendent publics les documents produits par l'adversaire durant l'instance et durant le délibéré³⁷⁷.

³⁷⁰ Trib. Com. Paris (Ord. réf), 22 fév. 1999, *Rev. Arb.* 2003, p. 189.

³⁷¹ 1 W.L.R. (Eng. CA 1990).

³⁷² *Idem.*

³⁷³ Lloyd's Rep. 243 (Q.B. 1993).

³⁷⁴ « If it be correct that there is an implied term in every agreement to arbitrate that the hearing shall be held in private, the requirement of privacy must in principle extend to documents which are created for the purpose of that hearing. The most obvious example is a note or transcript of the evidence. The disclosure to a third party of such documents would be almost equivalent to opening the door of arbitration room to that third party. Similarly, witness statements, being so closely related to the hearing, must be within the obligation of confidentiality. So also must outline submissions tendered to the arbitrator. If outline submissions, then so must pleading be included. » *Id.* note 49.

³⁷⁵ Sans doute la décision de la Cour d'appel de Londres dans l'Affaire Ali est particulière.

³⁷⁶ *Idem.*

³⁷⁷ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2006, p. 323, spéc. no 27-32, pp. 339-344.

3. La confidentialité portant sur la sentence arbitrale

- 260.** La confidentialité dans le contexte de la sentence arbitrale s'entend de trois façons. La première est celle qui couvre la délibération du tribunal arbitral, la deuxième celle de la sentence arbitrale elle-même et la troisième, la confidentialité après la sentence arbitrale. Il est généralement reconnu dans le contexte de l'arbitrage que les délibérations des tribunaux arbitraux sont confidentielles. Il est de nature que les arbitres, au moment de la délibération de la sentence arbitrale, ne s'accordent pas³⁷⁸. Ceci peut conduire à des refus de signature de la sentence arbitrale. Dans de pareilles situations, la partie dissidente a forcément une motivation différente de la sentence quoique minoritaire. La plupart des règlements arbitraux n'ont pas prévu la divulgation de l'opinion³⁷⁹ divergente du dissident. La difficulté avec la publication de ces positions divergentes de certains membres du tribunal arbitral est que, une fois publiées, elles compromettent la confidentialité qui est exigée dans le cadre des délibérations. Il n'est pas exclu qu'elles mettent à mal la confidentialité qui est généralement reconnue à la sentence arbitrale.
- 261.** La grande majorité des institutions internationales portant gestion de l'arbitrage commercial reconnaissait le caractère confidentiel de la sentence arbitrale. En général, selon leurs règlements, la sentence arbitrale ne peut être rendue publique qu'avec le consentement écrit des parties. Le *règlement de l'American Arbitration Association*, en son article 29 traitant de la sentence arbitrale, dispose qu'une sentence arbitrale pourrait être publiée³⁸⁰ avec le consentement des parties ou comme autorisé par la loi³⁸¹. Toutefois, le même règlement fait une ouverture. Il donne la possibilité à l'administrateur du centre de publier la sentence arbitrale ou de rendre publiques des sentences qui sont tombées dans le domaine public. L'article ajoute que l'administrateur peut aussi publier des sentences qui sont retouchées pour cacher les noms des parties et autres détails qui pourraient permettre d'identifier les parties.

³⁷⁸ I. M.SMEUREANU, *confidentiality in international commercial arbitration*, 2011. P. 100.

³⁷⁹ L'article 32 de la règle 32 Iran-US claims Tribunal Rules of procédure (1983) est un exemple. Il dispose que l'arbitre pourrait demander que son vote dissidence et la raison soient mis sur record.

³⁸⁰ Article 30 « An award may be made public only with the content of all parties..... », International Center for Dispute Resolution de l'American Arbitration Association, : time, form, and Effect of Award.

³⁸¹ Ici, c'est le cas où la loi impose aux parties des obligations d'informations et/ou de transparence. Cela est d'actualité dans la transparence bancaire, dans les sociétés opérant sur la bourse des valeurs, dans les rapports entre sociétés et compagnies d'assurance.

262. Le *London Center of International Arbitration* (LCIA), en son article 30³⁸², interdit la publication partielle ou totale des sentences arbitrales, sans le consentement écrit de toutes les parties et du tribunal arbitral. Elle exige comme principe général des parties qu'elles gardent confidentielles toutes les sentences arbitrales qui ne soient pas tombées dans le domaine public à moins que la divulgation est requise d'une partie par la loi pour se protéger, pour poursuivre ou faire prévaloir un droit, pour contester ou exécuter une sentence arbitrale devant une juridiction étatique ou une autorité de réglementation.
263. D'après le règlement arbitral de l'OMPI, la sentence arbitrale est traitée de manière confidentielle par les parties et ne peut être divulguée à un tiers sauf si les parties consentent ou si elle tombe dans le domaine public. Les sentences peuvent aussi être divulguées en vertu d'une obligation légale qui incombe à une partie.
264. Dans sa version de 2010, le règlement arbitral de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), en son article 34. 5, dispose que : « *La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente* ». Cette disposition permet la publication de la sentence arbitrale uniquement lorsque les parties l'ont autorisée ou pour répondre aux exigences d'une obligation légale.
265. Malgré l'influence réduite des cours sur la procédure arbitrale, celles-ci ont l'autorité de recevoir les demandes des parties, afin d'y répondre. Dès que la sentence est rendue, si la partie perdante n'exécute pas volontairement, celle qui détient une sentence favorable a la possibilité de s'adresser à un tribunal étatique pour une exécution forcée. Il est aussi permis aux parties de contester certains aspects de la procédure arbitrale (la récusation par exemple).
266. Me Y. DERAIS³⁸³ a introduit une conception dualiste de la confidentialité qui a un lien avec

³⁸² Rule 30 of LCIA Arbitration rules effective 1 October 2014 <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/2014/07/2014-lcia-arbitration-rules-october-2014.pdf>. Consulté le 20 avril 2016.

³⁸³ R. Bernstein, *Handbook of arbitration practice* (Sweet & Maxwell, 1987) at para, 13. 6. 3 cited by Mason CJ in *Esso v. Plowman*, at note 8,146.

l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial. Pour lui, il y a une confidentialité « *relative* »³⁸⁴ et une confidentialité « *absolue* »³⁸⁵. Sous le concept de la confidentialité relative, il classe les informations qui ne sont pas légalement confidentielles dans une procédure arbitrale particulière, mais qui toutefois sont protégées par la confidentialité en raison du fait qu'elles ne peuvent être divulguées dans une autre procédure arbitrale ou une procédure judiciaire devant une cour. Ces types d'informations doivent demeurer confidentielles à la procédure arbitrale dont elles sont issues. Selon lui, dans le scénario du concept de la confidentialité relative, la partie qui est auteur de l'information divulguée durant la procédure arbitrale, n'est pas préoccupée par les enseignements tirés par l'autre partie de l'information divulguée mais plutôt par la divulgation de l'information elle-même à une tierce personne.

267. La confidentialité absolue est celle dans laquelle une partie à la procédure arbitrale essaierait d'empêcher l'autre partie d'avoir accès à une information en raison de sa sensibilité. C'est le cas très courant lorsqu'une partie s'oppose à la publication d'un document qu'elle détient ou qu'une tierce personne détient sur la base de la confidentialité. Dans cet exemple, c'est plutôt les renseignements que la partie requérante veut recueillir de l'information demandée qui concernent l'auteur de l'information.
268. Dans la loi française portant arbitrage en date du 13 janvier 2011, le législateur a tenu à rappeler qu'en droit interne, la procédure arbitrale est confidentielle. Ce principe qui était jurisprudentiel est devenu une norme légale et en tant que telle, elle s'impose aux procédures arbitrales et aux acteurs. C'est à dire aux centres d'arbitrage, aux experts, aux témoins et à tous les intervenants dans une procédure arbitrale interne. Par conséquent, sa violation est susceptible de responsabilité civile. L'obligation ainsi née perdure et va au-delà du prononcé de la sentence arbitrale³⁸⁶.

Le principe de la confidentialité tel qu'introduit en France par le décret du 13 janvier 2011, est comme partout où il existe déjà, non circonscrit. Il est relativement large et ses contours exacts restent à fixer.

³⁸⁴ Sous la confidentialité relative, Derains classe les informations qui ne sont pas légalement confidentielles dans une procédure arbitrale particulière mais qui toutefois sont protégées par la confidentialité en raison du fait qu'elles ne peuvent être divulguées dans une autre procédure arbitrale ou procédure judiciaire devant une cour. Y. DERAIS/E. A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd éd., 2005, p. 281 ff.

³⁸⁵ Ce scénario est le plus constant et couvre les cas où une partie invoquant la confidentialité ou la sensibilité de certains documents, s'oppose à leur production. Id note 39.

³⁸⁶ Th CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, n° 773, p. 597 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2006, p. 323, spéc. n° 32, p. 323.

D'autres textes légaux dans certains pays, notamment la Nouvelle Zélande, l'Ecosse³⁸⁷ ou l'Espagne³⁸⁸ consacrent également la confidentialité de la procédure arbitrale. Toutefois, l'application du principe de la confidentialité connaît des limites.

B. Les limites au principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial

- 269.** Bien qu'il y ait un principe général d'après lequel la confidentialité protège toutes informations se rapportant à une procédure arbitrale, il y a des situations dans lesquelles la jurisprudence, la pratique et la doctrine s'accordent sur des limites à cette confidentialité qui existe dans l'arbitrage commercial. Il y a des exceptions issues de la jurisprudence des cours, des règlements arbitraux. Il y a celles qui sans être des « *exceptions* »³⁸⁹ sont des mécanismes procéduraux.
- 270.** La première catégorie d'exceptions est essentiellement d'origine judiciaire; ils sont aujourd'hui repris dans la plupart des règlements des institutions arbitrales internationales. Elles s'accordent sur le fait que le principe de la confidentialité qui, en règle générale, protège les informations issues de la procédure arbitrale, peut être écarté. Ceci permettra à une partie de divulguer des informations qui sont autrement protégées ou de mettre à la disposition d'une tierce personne ces informations lorsque certaines conditions sont remplies (1).
- 271.** L'autre catégorie est constituée de la *discovery* et de l'*astreinte* qui sont des mécanismes procéduraux d'origine anglo-saxonne et romano germanique. Ils se sont invités dans la pratique de la procédure arbitrale internationale. Leur application permet à une partie de contraindre avec l'appui du juge, l'autre partie ou un tiers à produire des documents ou informations qu'elle aurait souhaité garder en dehors de l'audience (2).

³⁸⁷ Rule 26, Arbitration (Scotland) Act 2010, https://www.trans-lex.org/605010/_/arbitration-act-2010/#head_75. (Consulté le 04-06-2019).

³⁸⁸ Article 24 al. 2 « *The arbitrators, parties and arbitral institutions, as appropriate, are bound to honour the confidentiality of the information received on the occasion of arbitration* », file:///C:/Users/HP%20PC/Downloads/documento.pdf. (Consulté le 04-06-2019).

³⁸⁹ Ici, nous nous référons plutôt au *discovery* qui est un mécanisme procédural d'origine anglo-saxonne qui permet à une partie dans un cadre contentieux (devant une cour ou dans le cadre de l'arbitrage) de contraindre un tiers ou l'autre partie réticente à fournir des informations que cette dernière détient et désire protéger et garder en dehors de la procédure.

1. Les exceptions à l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage commercial

272. L'une des premières décisions issues des cours qui a relevé qu'il pourrait y avoir des exceptions au devoir de confidentialité dans l'arbitrage est l'arrêt *Dolling-Baker*³⁹⁰ de la cour d'appel anglaise. La cour a retenu d'abord qu'il y a une obligation implicite de confidentialité qui couvre les « *documents apprêtés et utilisés ou divulgués ou produits durant la procédure arbitrale, les mémoires ou les notes ou la sentence arbitrale* »³⁹¹. Ensuite, elle³⁹² a noté qu'il pourrait y avoir des exceptions à ce devoir de confidentialité. *Lord Justice* qui a délivré l'opinion de la cour a mentionné que cette exception doit s'appliquer si seulement si cela est nécessaire pour rendre justice et s'il n'y a pas une autre voie moins coûteuse qui puisse aboutir à un résultat similaire.
273. Plus tard dans l'affaire *Hassneh insurance co. of Israel v. Stuart J. Mew*³⁹³, *Justice COLMAN*³⁹⁴, de la cour suprême américaine dans sa restitution de la décision de la majorité a également trouvé une autre exception à la confidentialité et a énoncé que la divulgation d'une sentence arbitrale était permise si elle était nécessaire pour soutenir une plainte dans une procédure contentieuse subséquente.
274. Dans la décision *Esso* de la High Court of Australia, les juges ont majoritairement relevé que même si la confidentialité existe dans un contrat entre parties, elle n'est pas '*absolue*'³⁹⁵. Ils ont donné en exemple qu'il n'y a aucune obligation de confidentialité qui s'applique aux témoins dans une procédure arbitrale ; une action en justice pour faire appliquer une sentence porte forcément atteinte au principe de confidentialité puisque certaines informations sont forcément divulguées au juge par la partie qui actionne la procédure. Les parties pourraient légalement être tenues de dévoiler les détails d'un arbitrage à leur assureur, à leurs coactionnaires sur la base de

³⁹⁰ 1. W.L.R (Eng. CA.1990).

³⁹¹ *Idem*.

³⁹² Lord Justice Parker [T]he court must have regard to the existence of the implied obligation... If it is satisfied that despite the implied obligation, disclosure and inspection is necessary for the fair disposal of the action, that consideration must prevail. But in reaching a conclusion, the court should consider amongst other things whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking.

³⁹³ 2 Lloyd's rep. 243 (Q. B 1993).

³⁹⁴ Justice Colman « [S]ince the duty of confidence must be based on an implied term of the agreement to arbitrate, that term must have regard to the purposes for which awards may be expected to be used in the ordinary course of commerce and in the ordinary application of English arbitration law." *Idem.*, note 323.

³⁹⁵ 128 A. L. R. at 401-02 at 400-01.

l'obligation de transparence sur les marchés boursiers³⁹⁶. L'arrêt Esso a ajouté que l'exception de l'intérêt du public (*public interest exception*³⁹⁷) peut aussi faire échec au principe de confidentialité. Le Chief Justice MASON³⁹⁸ a soutenu qu'à la suite de ce principe du « *public interest exception* », le public avait le droit de savoir.

275. C'est l'arrêt *Ali shipping*³⁹⁹ qui donnera une liste non exhaustive des exceptions : le consentement des parties, une ordonnance de la cour, la nécessité de divulguer (*the reasonable necessity*) pour protéger et exécuter le droit d'une partie ou l'intérêt de la justice.
276. Le principe de la confidentialité aussi cède lorsqu'il est confronté à des exigences d'ordre public national⁴⁰⁰. Il cède aussi en présence de la volonté des parties qui peuvent décider que leur procédure arbitrale n'est pas couverte par la confidentialité. Le principe de la confidentialité ne devrait pas empêcher une personne de divulguer les éléments couverts par cette confidentialité pour se défendre durant une action en responsabilité introduite par un participant, pour des faits qui relèvent de l'arbitrage.

2- L'admission de l'outil procédural du « Discovery » dans l'arbitrage commercial

277. Dans les pays de tradition civiliste, les parties à une procédure civile soumettent en grande majorité, en principe, volontairement les documents et informations qu'ils détiennent à l'autre partie et le juge intervient peu pour contraindre les parties à produire les documents durant les audiences de mise en état. A l'inverse, dans les pays du *common law* notamment aux Etats-Unis, bien que parfois l'échange des documents soit volontaire entre les parties comme dans le cadre d'une procédure civile, les parties sont tenues de communiquer à la partie adverse l'ensemble des documents internes qui présentent un intérêt pour le litige en cours, lorsque celle-ci en fait la demande. Concrètement, une partie au litige peut ainsi exiger la production de tous les documents indiqués dans sa demande, qui sont en possession de l'autre partie ou sous le contrôle

³⁹⁶ Transparence et divulgation de l'information, lignes directrices relatives à la gouvernance d'entreprise pour les sociétés cotées à la bourse. partie 4, http://www.ecgi.org/codes/documents/lebanon_guidelines_listedcompanies_2010_fr.pdf. (Consulté le 13-08-18).

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ Il s'est demandé pourquoi les consommateurs et le public de Victoria devraient se voir refuser le droit de savoir ce qui s'est passé dans ces arbitrages dont les retombées devraient les affecter.

³⁹⁹ 1 Lloyd's Rep. 643 (Eng. C.A 1998).

⁴⁰⁰ B. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage face à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. Arb.* 2003. p. 5.

d'une tierce personne.

- 278.** Certaines institutions arbitrales internationales donnent au tribunal arbitral un pouvoir étendu de décider de si et de comment le « *pre-hearing discovery* »⁴⁰¹ est organisé. L'article 22 al. 2 du règlement de l'ICC, dans sa version en vigueur au 1^{er} mars 2017, dispose qu' « *Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure, le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties* ». Même s'il ne semble pas évident à première vue que cet article soutienne l'utilisation de la procédure du discovery, toutefois, une interprétation réaliste n'exclura point le pouvoir de l'arbitre à l'ordonner⁴⁰² s'il le désire sur cette base. Le *London Court of International Arbitration* (LCIA), quant à lui donne en son article 20.1 au tribunal arbitral le pouvoir de « *conduire des recherches qu'il estime nécessaires et le pouvoir d'ordonner aux parties de produire n'importe quel document ou lot de documents* »⁴⁰³.
- 279.** Les tribunaux arbitraux détiennent le même pouvoir dans le règlement de l'American Arbitration Association (AAA) et celui de la CNUDCI. L'article 21 al.1 de l'AAA « *permet à une partie sur demande adressée au tribunal arbitral, d'exiger de l'autre partie de mettre à sa disposition certains documents à sa possession et qui seraient d'un intérêt matériel à la présentation de son cas* »⁴⁰⁴. Cette demande devrait « *nécessairement comprendre une description spécifique des documents ou groupe de documents ensemble avec la justification de leur intérêt au cas pendant* »⁴⁰⁵.
- 280.** L'astreinte est aussi un mécanisme procédural qui est utilisé dans les pays civilistes pour contraindre une partie ou un tiers qui s'y oppose, à produire des documents ou informations qu'il détient. Dans le nouveau droit français de l'arbitrage, l'article 1467 al. 3 du Code de procédure

⁴⁰¹ Ici, comme pour l'audience de mise en état, le « *pre-hearing discovery* » consiste à permettre à une partie, sur demande, d'obtenir de la partie adverse, la production de documents d'intérêt qu'elle peut utiliser pour monter son dossier pendant.

⁴⁰² G. B. Born, « *International Commercial Arbitration : Commentary Arbitration* » art. 19. 2 (2006).

⁴⁰³ Voir le règlement de la LCIA Rules art. 22.1 (1998).

⁴⁰⁴ « The tribunal may, upon application, require a party to make available to another party documents in that party's possession not otherwise available to the party seeking the documents, that are reasonably believed to exist and to be relevant and material to the outcome of the case. Requests for documents shall contain a description of specific documents or classes of documents, along with an explanation of their relevance and materiality to the outcome of the case." Article 21 al 1 AAA Rule: Exchange of Information.

⁴⁰⁵ *Idem*.

civile, permet au tribunal arbitral d'enjoindre une partie qui détient un élément de preuve et qui s'abstient de le produire volontairement à le faire et au besoin à peine d'astreinte. L'article 1469⁴⁰⁶ du Code de procédure civile quant à lui règle la production de documents détenus par un tiers.

L'article 1469 al .1 dispose qu'une partie à l'instance arbitrale qui désire faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le tribunal de grande instance (TGI) aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. L'alinéa 4 du même article dispose que si le président du TGI trouve la demande fondée, il ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties fixes, au besoin à peine d'astreinte. Cette demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé (l'article 1469 al. 3 du Code de procédure civile). La décision du président du TGI n'est pas exécutoire de plein droit (l'article 1469 al. 5 du Code de procédure civile). Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision (l'article 1469 al .6 du Code de procédure civile).

L'article 1469 du Code de procédure civile permet aujourd'hui au juge, tant en matière interne qu'internationale, de prêter main forte aux parties pour obtenir la production d'un acte ou d'une pièce détenue par un tiers à l'arbitrage qui s'averait utile à la solution du litige arbitrale⁴⁰⁷. Cette démarche ne peut se faire que « *sur invitation du tribunal arbitral* ». Par conséquent, la partie qui souhaite en faire usage doit d'abord obtenir l'autorisation du tribunal arbitral.

⁴⁰⁶ « Art. 1469.-Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

« La compétence territoriale du président du tribunal de grande instance est déterminée conformément aux articles 42 à 48.

« La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

« Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

« Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

« Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision. » décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777

texte n° 9, NOR: JUSC1025421D, ELI:

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>. (Consulté le 20 avril 2016).

⁴⁰⁷ E. GAILLARD, *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso éditions, 2011, p. 62.

281. Malgré l'existence d'une légion d'exceptions et de mécanismes procéduraux susceptibles de donner accès aux informations confidentielles, ici et là dans les règlements des institutions arbitrales internationales, on remarque quelques tentatives très limitées de protection des secrets d'affaires.

§2- La tentative de protection dérogatoire des secrets commerciaux

282. D'après la position majoritaire, les secrets commerciaux sont des informations qui ont une valeur parce qu'elles ne sont pas généralement connues. L'article 39 al 2 de l'ADPIC dispose : « *Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes*⁴⁰⁸, sous réserve que ces renseignements :

a) *soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;*

b) *aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et*

c) *aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ».*

283. Dans l'arbitrage commercial, la protection des secrets d'affaires est généralement assurée à travers le principe de confidentialité qui protège les informations impliquées. Un peu comme un fourre-tout, ce principe protège généralement toutes les informations qualifiées de confidentielles dans l'arbitrage commercial sans distinction. Les secrets d'affaires qui tiennent leur existence et leur valeur du fait qu'ils sont secrets, sont traités de ce fait comme n'importe quelle information confidentielle. Exceptionnellement dans certains cas, un traitement dérogatoire leur est réservé. Ainsi, nous pouvons retrouver au niveau des institutions internationales une tentative de traitement spécifique des secrets d'affaires dans le cadre de la procédure arbitrale (A). De même, de manière très limitée, certaines législations nationales ou

⁴⁰⁸ Aux fins de cette disposition, l'expression "*d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes*" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant.

communautaires et une certaine jurisprudence ont amorcé un début de traitement spécifique des secrets d'affaires dans le cadre de la protection des informations confidentielles (B).

A. La protection des secrets commerciaux dans les règlements arbitraux internationaux

284. Au niveau des institutions internationales consacrées à l'arbitrage commercial proprement dit, il n'y a quasiment pas de régime juridique de protection spécifique des secrets commerciaux. Toutefois, une certaine tentative existe. En considérant la matière de l'arbitrage au sein des institutions internationales, on peut se permettre de subdiviser l'aspect du traitement de la protection des secrets commerciaux en deux sections. Il y a des institutions arbitrales internationales qui font un traitement léger de la protection des secrets commerciaux en les mentionnant comme des informations à protéger et celles qui n'en ont pas du tout fait mention.
285. Pour celles qui exceptionnellement font mention des secrets commerciaux, le plus souvent, la latitude est laissée au tribunal arbitral d'organiser la protection des secrets commerciaux sur sa propre initiative ou sur demande des parties. Dans le règlement arbitral de la Chambre Commerciale Internationale, sur demande d'une des parties, 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,...* »⁴⁰⁹. Dans l'ancienne version du règlement arbitral de cette même institution datant de 1988, en son article 20 al. 7⁴¹⁰, il est simplement dit que le tribunal arbitral pourrait prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles. Le nouveau règlement en vigueur depuis mars 2017 enlève la faculté au tribunal arbitral de prendre par lui-même des mesures lorsqu'il le juge opportun et confère aux parties l'initiative de la demande de protection qui doit être adressée au tribunal arbitral.
286. L'AAA, dans le cadre de son règlement consacré à l'arbitrage international, traite de la protection des informations confidentielles en deux temps. En son article 21 al. 5, le règlement permet au tribunal arbitral de conditionner l'échange d'informations commerciales ou

⁴⁰⁹ « 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 ». Article 22 al. 3 RÈGLEMENT D'ARBITRAGE Règlement de médiation version de 2017.

⁴¹⁰ Article 20 al. 7 « The arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information. » Rules of Arbitration in force as from 1st january 1998.

techniques, lorsqu'une partie soutient que des informations confidentielles lui sont importantes. Plus loin, il reprend la formulation de la protection des secrets d'affaires utilisée par la CCI dans son règlement de 1998⁴¹¹. En effet, l'AAA, en son article 37 al. 2⁴¹² intitulé « *Confidentialité* », dispose que, à moins que les parties s'y opposent, le tribunal arbitral pourrait prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires. L'initiative doit venir du tribunal arbitral et non des parties comme le retiennent les règlements successifs de la CCI en date de 2012 et de 2017.

287. Dans la pratique du *discovery*, l'*American Arbitration Association* en son article 21.2, version en vigueur, donne autorité⁴¹³ au tribunal arbitral de prendre des mesures nécessaires et appropriées pour protéger les documents qu'une des parties estime contenir des informations confidentielles de nature commerciale ou technique.
288. Dans la plupart des règlements institutionnels de l'arbitrage commercial, la question de la protection des secrets d'affaires est traitée dans le cadre de la confidentialité générale. Il n'y a pas une protection dérogatoire des secrets d'affaires clairement établie. Le *London Court of International Arbitration*, en son article 30⁴¹⁴, dispose que les parties s'engagent généralement à garder confidentielles, toutes les sentences arbitrales et tous les matériaux et autres documents produits par l'autre partie qui ne sont pas dans le domaine public sans aucune mention du concept de secrets d'affaires. Les autres institutions internationales œuvrant dans le cadre de l'arbitrage commercial sont dans la même logique. Le règlement arbitral de *Stockholm Chamber of Commerce*, *Singapore International Arbitration Center*, *Hong Kong International Arbitration Center*, la *Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International* à travers sa loi-type, pour ne citer que ceux-ci, ne consacrent aucune protection dérogatoire aux secrets d'affaires.
289. En matière de protection des secrets d'affaires au niveau des institutions arbitrales en général, le

⁴¹¹ « *The arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidentiality information* »; article 20 (7), Rules of Arbitration in force as from 1^{er} January 1998.

⁴¹² "Unless the parties agree otherwise, the tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration or any matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information". Article 37 al. 2, AAA, international Dispute Resolution.

⁴¹³ Article 21. 2 "The tribunal may condition any exchange of information subject to claims of commercial or technical confidentiality on appropriate measures to protect such confidentiality"., AAA, international Dispute Resolution, AAA, *International Center for Dispute Resolution, procédures de règlement des différends internationaux*, (incluant les règlements de médiation et d'arbitrage), *Règlements modifiés en vigueur à compter du 1^{er} juin 2014 Barème de frais modifié en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2015*.

⁴¹⁴ Article 30, LCIA arbitration rules effective 1^{er} October 2014.

règlement arbitral de l'OMPI se révèle être un modèle. De l'avis de la doctrine⁴¹⁵, le règlement arbitral de ce dernier offre un cadre concret et complet de protection des secrets d'affaires. Sous l'article 54 intitulé « *Divulcation des secrets d'affaires et autres informations confidentielles* », on note d'abord une définition de ce qu'il faut entendre par informations confidentielles : « a) *Aux fins du présent article*⁴¹⁶, on entend par information confidentielle toute information, quel qu'en soit le moyen d'expression, qui : i) est détenue par une partie; ii) n'est pas accessible au public; iii) a une importance financière, industrielle ou commerciale; et iv) est traitée comme confidentielle par la partie qui la détient ». Les critères dans cette définition sont analogues à ceux de la définition des secrets d'affaires contenue dans l'article 39 al. 2 de l'ADPIC⁴¹⁷.

- 290.** L'obligation de maintenir la confidentialité dans l'arbitrage OMPI concerne les informations qui relèvent de la propriété intellectuelle. Ce sont des informations comme les secrets d'affaires, les informations produites durant la procédure arbitrale et celles issues de la procédure arbitrale. Pour bénéficier de la protection de l'article 54 al. b, la partie qui désire garder ses informations confidentielles, doit faire une demande motivée au tribunal arbitral (*Une partie invoquant le caractère confidentiel d'une information qu'elle est désireuse ou tenue de fournir au cours de l'arbitrage, y compris à un expert nommé par le tribunal, doit demander, par notification adressée au tribunal, avec copie à l'autre partie, que cette information soit classée comme confidentielle. Sans divulguer la teneur de cette information, cette partie indique dans sa notification les raisons pour lesquelles elle la considère comme confidentielle*).

Lorsque le tribunal est convaincu que ces informations peuvent être classées confidentielles et « *que l'absence de mesures spéciales de protection pendant la procédure risquerait de causer de sérieux dommages à la partie qui en invoque la confidentialité* »⁴¹⁸, il prend des mesures pour leur protection. Dans des circonstances exceptionnelles⁴¹⁹, au lieu que le tribunal tranche

⁴¹⁵ I. M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, chap. 4 p. 133.

⁴¹⁶ <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/newrules.html>. (Consulté le 20 avril 2016).

⁴¹⁷ Article 39 al. 2 Textes de l'ADPIC, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_f.htm. (Consulté le 13-Août 2018).

⁴¹⁸ Article 54 al. c : « Le tribunal décide si l'information doit être classée comme confidentielle et de telle nature que l'absence de mesures spéciales de protection pendant la procédure risquerait de causer de sérieux dommages à la partie qui en invoque la confidentialité. Lorsque le tribunal décide qu'il en est ainsi, il indique dans quelles conditions et à qui elle peut être communiquée en tout ou en partie, et fait signer par toute personne à qui elle doit être divulguée l'engagement d'en respecter le caractère confidentiel », règlement arbitral de l'OMPI. <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/newrules.html>, consulté le 13-08-2018.

⁴¹⁹ Article 54 al. d « Dans des circonstances exceptionnelles, au lieu de décider lui-même si l'information doit être classée comme confidentielle et de telle nature que l'absence de mesures spéciales de protection pendant la procédure risquerait de causer de sérieux dommages à la partie qui en invoque la confidentialité, le tribunal peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative et après consultation des parties, désigner un conseiller en

lui-même la question de la confidentialité des informations, il peut désigner un conseiller en confidentialité, sur son initiative ou sur celle d'une des parties, qui décidera si l'information doit être ainsi classée.

Enfin, selon l'article 54 al. e, « *Le tribunal peut aussi, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, nommer comme expert, conformément à l'article 57⁴²⁰, le conseiller en confidentialité, afin que celui-ci lui fasse rapport, à partir des informations confidentielles, sur des points précis définis par le tribunal, mais sans divulguer les informations confidentielles, ni à la partie dont ces informations n'émanent pas, ni au tribunal* ».

291. *L'Institut International pour la Prévention des Conflits et leur Résolution⁴²¹ (CPR) (Institute for*

confidentialité, qui décidera si l'information doit être ainsi classée et, dans l'affirmative, dans quelles conditions et à qui elle peut être divulguée, en tout ou en partie. Le conseiller en confidentialité doit signer l'engagement d'en respecter le caractère confidentiel. », Règlement arbitral de l'OMPI. <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/newrules.html>.

⁴²⁰ « Article 57

a) Le tribunal peut, lors de la conférence préparatoire ou à un stade ultérieur, et après consultation des parties, nommer un ou plusieurs experts indépendants chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il détermine. Une copie du mandat de l'expert, établi par le tribunal compte tenu des observations éventuelles des parties, est communiquée à ces dernières. Tout expert ainsi mandaté doit signer l'engagement de respecter le caractère confidentiel de la procédure.

b) Sous réserve de l'article 54, dès réception du rapport de l'expert, le tribunal communique ce rapport aux parties, qui ont la possibilité d'exprimer par écrit leur opinion à ce sujet. Une partie peut, sous réserve de l'article 54, examiner tout document sur lequel l'expert s'est fondé pour établir son rapport.

c) À la demande de l'une d'entre elles, les parties peuvent interroger l'expert lors d'une audience. À cette audience, les parties peuvent faire entendre comme témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses.

d) L'avis formulé par un expert sur les questions qui lui ont été soumises est laissé à l'appréciation du tribunal, compte tenu des circonstances du litige, à moins que les parties n'aient décidé que les conclusions de l'expert seront déterminantes sur un point particulier. » Article 57. Règlement arbitral de l'OMPI, <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/newrules.html>. (Consulté le 20 avril 2018).

⁴²¹ "The International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR) is an independent nonprofit organization that, for more than 35 years, has helped global businesses prevent and resolve commercial disputes effectively and efficiently. Our membership consists of top corporations and law firms, academic and government institutions, and leading mediators and arbitrators around the world.

CPR is unique as : (1) a thought leader, driving a global dispute resolution culture; (2) a developer of cutting-edge tools and resources, powered by the collective innovation of its membership; and (3) an ADR provider offering innovative, practical arbitration rules, mediation and other dispute resolution procedures, and neutrals worldwide.

History

In 1979, CPR started this legacy by being the first to bring together Corporate Counsel and their firms to find ways to lower the cost of litigation. Since that time, CPR has **changed the way the world resolves conflict** by being the

Dispute Resolution) est un organisme à but non lucratif qui fait la promotion de l'excellence et de l'innovation dans la résolution de conflits publics et privés. Le CPR n'était pas à l'instar de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Droit Commercial International (CNUDCI), une institution arbitrale. Toutefois, il a élaboré un règlement type qu'il a mis à la disposition des parties qui peuvent l'adopter dans la résolution de leurs conflits tant publics que privés liés aux affaires. Depuis juillet 2013, le CPR est devenu un centre arbitral qui peut aussi administrer les litiges relevant d'affaires internationales avec l'entrée en vigueur de son règlement arbitral consacré aux litiges qui seront soumis à son administration. Avec cette fonction additionnelle qu'il s'est attribuée, le CPR a principalement deux règlements arbitraux qui coexistent⁴²². L'un servant de règlement arbitral type qui est choisi par les parties - devant d'autres tribunaux arbitraux- et l'autre consacré aux procédures administrées par le CPR.

292. Le CPR, en outre, dispose d'un règlement arbitral plus spécifique consacré à l'arbitrage portant sur les brevets et les secrets d'affaires. Dans ce règlement, « *CPR procedures & clauses, Rules for Non-Administered Arbitration of Patent & Trade Secret Disputes* »⁴²³, en sa version présente datant de 2005, l'article 17 est consacré aux questions portant sur la confidentialité. Cette disposition, sans offrir un régime juridique complet de la protection des secrets d'affaires, a le mérite de citer les secrets d'affaires parmi les informations à protéger. L'article 17. 5⁴²⁴ de ce

first to develop an ADR Pledge©. Today, this Pledge calls on more than 4,000 operating companies and 1,500 law firms to explore alternative dispute resolution options before pursuing litigation.

⁴²² 2014 CPR Rules for Administered Arbitration of International Disputes, 2018 CPR Non-Administered Arbitration Rules, <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/AdministeredArbitrationRules.aspx> (consulté le 13-08-18).

⁴²³ "In 1987 the International Institute for Conflict Prevention & Resolution ("CPR") published a Model Agreement for Patent and Trade Secret Adjudication. In 1989 CPR published the CPR Rules for Non-Administered Arbitration. In 1993, the CPR Technology Committee, consisting of leading practitioners in the patent field, developed Rules for Non-Administered Arbitration of Patent and Trade Secret Disputes (the "Rules"). These Rules were revised in 2005 by CPR's International Commission on Patent Disputes. Because these are rules for non-administered arbitration, CPR, itself, will not undertake to function as an administrative body with respect to these Rules. However, CPR will act as the appointing authority in certain circumstances (see Rule 6) and in deciding challenges to an arbitrator and certain other matters (see Rule 7). The Rules are intended to assure expeditious completion of the process, consistent with giving each party adequate opportunity to prepare and present its case. The Rules specify time limits for certain phases of the process and require the Tribunal to establish time limits for other phases and to enforce time limits, subject to extension for good cause. Parties adopting these Rules consider it a fundamental condition of their agreement to arbitrate and rather than litigate, that the proceeding be conducted in this manner." <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/PatentTradeSecretArbitrationRules.aspx>. (Consulté le 13-08-18).

⁴²⁴ 17. 5 The Tribunal may issue such orders as it deems necessary to protect any privileged information, any trade secrets or proprietary information, or any confidential business information, such as information of commercial, financial or industrial significance, that might be disclosed during the proceeding. <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/PatentTradeSecretArbitrationRules.aspx>. (Consulté le 20 avril 2018).

règlement dispose que le tribunal arbitral *pourrait* prendre des ordonnances s’il le juge nécessaire pour protéger les informations privilégiées (*privileged information*), n’importe quel secret d’affaires (*proprietary information*) ou n’importe quelles informations confidentielles d’affaires telles que des informations commerciales, financières ou industrielles importantes qui pourraient être divulguées durant la procédure arbitrale. Ici, c’est au tribunal arbitral qu’il revient de juger de l’opportunité d’appliquer des mesures de protection des secrets d’affaires.

- 293.** Contrairement à la précision dont a fait preuve le règlement « *CPR procedures & clauses, Rules for Non-Administered Arbitration of Patent & Trade Secret Disputes* », en mentionnant les secrets d’affaires, les deux autres règlements de cette même institution, en l’occurrence le « *Administered Arbitration Rules (Effective July 1, 2013)* » et le « *Administered Arbitration Rules (Effective July 1, 2013)* », ne mentionnent pas spécifiquement les secrets d’affaires comme informations à protéger. Respectivement en leurs articles 20⁴²⁵ et 18⁴²⁶ et dans une formulation identique, ces règlements imposent une obligation de confidentialité aux parties, aux arbitres et à la commission du CPR vis-à-vis de la procédure, des documents et de la sentence.
- 294.** Sur un autre point, celui de la durée de la protection des informations, le règlement « *CPR procedures & clauses, Rules for Non-Administered Arbitration of Patent & Trade Secret Disputes* » a prescrit en son article 17. 4⁴²⁷ -sans en mentionner une limite- que la confidentialité devrait survivre la fin du processus arbitral, c’est-à-dire que la confidentialité ne disparaissait pas avec la clôture de l’arbitrage et la reddition de la sentence.
- 295.** En dehors de la protection des secrets d’affaires organisée par les dispositions règlementaires, il existe des *lex specialis* et des arrêts qui ont été également rendus sur la question et constituent

⁴²⁵ Rule 20 : “Confidentiality Unless the parties agree otherwise, the parties, the arbitrators and CPR shall treat the proceedings, any related discovery and the decisions of the Tribunal, as confidential, except in connection with judicial proceedings ancillary to the arbitration, such as a judicial challenge to, or enforcement of, an award, and unless otherwise required by law or to protect a legal right of a party. To the extent possible, any specific issues of confidentiality should be raised with and resolved by the Tribunal”. <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/2007CPRNon-AdministeredArbitrationRules.aspx>. (Consulté le 20 avril 2018).

⁴²⁶ Rule 18 : “ Confidentiality Unless the parties agree otherwise, the parties, the arbitrators and CPR shall treat the proceedings, any related discovery and the decisions of the Tribunal, as confidential, except in connection with judicial proceedings ancillary to the arbitration, such as a judicial challenge to, or enforcement of, an award, and unless otherwise required by law or to protect a legal right of a party. To the extent possible, any specific issues of confidentiality should be raised with and resolved by the Tribunal”. <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/2007CPRNon-AdministeredArbitrationRules.aspx..> (Consulté le 20 avril 2018).

⁴²⁷ 17.4 The confidentiality provisions of this Rule 17 shall survive the arbitration proceeding, CPR PROCEDURES & CLAUSES, Rules for Non-Administered Arbitration of Patent & Trade Secret Disputes, <http://www.cpradr.org/RulesCaseServices/CPRRules/PatentTradeSecretArbitrationRules.aspx>. (Consulté le 20 avril 2018).

le fondement de la protection judiciaire des secrets d'affaires en arbitrage commercial.

B. La protection d'origine législative et judiciaire des secrets d'affaires dans l'arbitrage commercial

- 296.** Il est admis dans les textes législatifs existant que pour qu'une information soit protégée comme secret d'affaires, elle doit respecter certains critères.

En droit interne français, l'article L.151-1 du code de commerce dispose qu'est protégé au titre du secret des affaires toute information qui, prise elle-même, ou dans la configuration ou l'assemblage exact de ses éléments, n'est pas généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'information, revêt une valeur commerciale, effective et potentielle en raison de son caractère secret et fait de la part de son détenteur légitime, de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. Lorsqu'une personne obtient cette information de manière licite, cela lui confère des droits qui peuvent être protégés contre une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite par une autre personne. Il peut astreindre cette tierce personne en réparation du préjudice subi en raison de cette violation. Cependant, la protection dont bénéficie un tel détenteur connaît des exceptions⁴²⁸ dans le cadre des pouvoirs d'enquête policière initiée par les autorités nationales,

⁴²⁸ « Section 4

« Des exceptions à la protection du secret des affaires :

« Art. L. 151-7.-Le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.

« Art. L. 151-8.-A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :

« 1° pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

« 2° pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;

« 3° pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national.

« Art. L. 151-9.-A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque :

« 1° l'obtention du secret des affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ;

« 2° la divulgation du secret des affaires par des salariés à leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice.

« L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance. », LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n°0174 du 31 juillet 2018, *Op. Cit.*

de la protection de la liberté d'expression, de la protection de l'intérêt général, de la protection des intérêts légitimes.

297. L'utilisation dans l'article L.151-1 du code de commerce de « *est protégé* » sans précision nous indique qu'il est également applicable à la procédure arbitrale en droit français. C'est précisément ce que soutient un article : « *Un tribunal arbitral pourra s'appuyer sur l'article L.151-1 du Code de commerce pour reconnaître la confidentialité de documents à caractère sensible* »⁴²⁹ si les parties conviennent que cet article L. 151-1 du Code de commerce peut être utilisé pour protéger les informations confidentielles en arbitrage.

L'*Uniform Trade Secret Act* (UTSA) des Etats de la fédération américaine, l'*Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle* (OMPI), l'Accord sur les Aspects de la Propriété intellectuelle liés au Commerce (ADPIC) et la directive européenne portant protection des secrets d'affaires sont à travers leur définition au plan international ou communautaire dans la même logique qui est la protection des secrets d'affaires. Ils procurent respectivement l'arsenal juridique qui protège le détenteur légitime du secret d'affaires contre les atteintes des tiers tout en reconnaissant des exceptions à ses droits dans le cadre de l'intérêt général.

298. Au plan jurisprudentiel, l'arrêt *Trade Finance Inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd (Bulbank)*⁴³⁰ semble être l'une des rares illustrations judiciaires de la protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial. Dans cette décision rendue en appel en 1999, la *Swedish Court of Appeal*, a rejeté le principe de la confidentialité inhérente soutenu par l'arrêt *Ali* de la haute cour britannique. Elle a par contre retenu le raisonnement de confidentialité explicite⁴³¹ de la haute cour australienne. Toutefois, dans sa décision, elle a formulé qu'en lieu et place du principe de confidentialité, c'est plutôt un principe de la loyauté⁴³² qui pesait sur les parties à un arbitrage. La cour, se basant sur ce principe, a soutenu qu'il fallait distinguer « *entre différents éléments de la procédure arbitrale. Pour elle, il faut distinguer entre par exemple la divulgation des faits de l'arbitrage qui est très différente de la divulgation des secrets d'affaires*

⁴²⁹ M. ORDONEZ et Th. ROUJOU DE BOUCHEE, « *La reconnaissance du secret des affaires pour la production de documents dans le cadre de l'arbitrage international* », *la semaine de la doctrine la vie des idées* 585, *semaine juridique-édition générale* n° 2122-27 mai 2019, p. 1055.

⁴³⁰ Case No. Y 1092-98, SVEA Court of Appeal. 14 MEALEY's INT'L ARB. REP. 4 AI (199).

⁴³¹ The Stockholm city Court's decision was considered 'extreme.' See C Partasides, *Bad News from Stockholm and confidentiality ad absurdum*, 13 MEALEY's INT'L ARB. REP. 21 AI (198) ; See also Fortier .

⁴³² Cour suprême de Suède, 27 oct. 2000, AI Trade Finance Inc Stockholm Arb. Report 2002/2, p.144 ; Rev. Arb. 2001, p. 821, note S. JARVIN et G. REID;

des parties »⁴³³.

Le Professeur Y. DERAÏNS⁴³⁴ partage cette position en soutenant précisément qu'il ne résulte pas de l'absence de la confidentialité en droit arbitral international français un droit de divulgation sans limite et que le principe de la loyauté impose aux parties de ne pas en user pour obtenir des avantages indus dans la procédure arbitrale.

299. La décision dans l'arrêt *Bulbank* considère que dans plusieurs dossiers soumis à l'arbitrage, la divulgation des informations issues d'une procédure arbitrale pourrait être considérée comme la violation d'une obligation de bonne foi entre les parties. Pour elle, dans cette évaluation de la protection, une grande importance devrait être accordée au *type d'information* qui est rendue publique. « *Par exemple, il est possible que les informations relevant des actions des parties ou leur explication de ces actions durant la procédure arbitrale pourraient être considérées comme plus importantes à protéger que l'information selon laquelle il y a une procédure arbitrale en cours entre les parties ou des informations relevant de la procédure pure.* »⁴³⁵.

On pourrait aussi citer l'arrêt *Aita* de la cour d'appel de Paris du 18 février 1986⁴³⁶ comme un exemple d'arrêt protecteur d'information issue de l'arbitrage ; toutefois, celle-ci n'adresse pas directement la question de la protection des secrets des affaires mais celle plus générale du respect du principe de confidentialité dans l'arbitrage par les parties. Il y a aussi la décision du tribunal de commerce de Paris qui a décidé qu'en acceptant la voie de l'arbitrage, les parties se sont engagées à éviter toute publicité sur le litige qui les oppose ceci sous réserve d'une obligation légale d'information⁴³⁷.

La protection des secrets d'affaires telle que présentée dans ce chapitre souffre de plusieurs faiblesses qui exposent des failles les mettant en péril à travers leur exposition aux personnes qui ne devraient pas entrer en leur contact. Il conviendrait dans la suite de procéder à une analyse des faiblesses de la protection pour être en mesure de proposer des mesures adaptées.

⁴³³ *Idem*.

⁴³⁴ Y. DERAÏNS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions 2011, p. 103.

⁴³⁵ *Idem* ..

⁴³⁶ Cour d'Appel de Paris, 28 février 1986, *Aita c/ Ojeh*, Rev. arb. 585.

⁴³⁷ TC Paris, 22 février 1999, Rev. Arb. 2003. 190.

CONCLUSION

- 300.** La protection des informations confidentielles en arbitrage commercial est faite sous le couvert du principe de la confidentialité dont la source, dans une procédure arbitrale internationale, continue de diviser la communauté des praticiens de l'arbitrage. Pour certains qui ont adhéré à la position anglaise-l'arrêt *Ali Shipping*-, la source de la confidentialité en arbitrage est inhérente à l'existence d'une convention d'arbitrage. Dès que la convention existe, la procédure arbitrale est placée sous le principe de la confidentialité. A l'antipode de cette position, on retrouve la position australienne-arrêt *Esso*-qui fait de l'existence d'un accord explicite de confidentialité entre les parties, la source de la confidentialité.
- 301.** Le secret d'affaires, à l'instar des autres informations échangées durant une procédure arbitrale, est protégé par le principe de la confidentialité mais dans une moindre mesure. Ils sont rares les règlements de l'arbitrage commercial international qui directement traitent de manière concrète et détaillée de la protection des secrets d'affaires.

CONCLUSION DU TITRE I

- 302.** Le secret d'affaires, information immatérielle, intangible, a fini par être admis comme une propriété au même titre que les autres propriétés. De nos jours, l'auteur d'un secret d'affaires dispose de tous les attributs qui viennent avec la propriété d'un bien tangible. Le droit de la propriété lui donne la possibilité d'exclure les tiers. Toutefois, la particularité de ce droit est qu'il peut être détenu par plusieurs personnes à la fois. La seule condition étant que les autres auteurs du droit sur le même secret d'affaire l'aient obtenu licitement.

Qualifié par certains de droit parasite en raison des particularités liées à sa nature, il ne connaît pas la même classification universelle dans l'espace et dans le temps. Pour les Américains (pendant longtemps) et une grande partie de la communauté internationale, le secret d'affaires serait un droit de la propriété intellectuelle à part entière. Pour d'autres, les Européens surtout, il serait en dehors des propriétés intellectuelles. Cette ségrégation dont il est victime se manifeste aussi au niveau des contentieux surtout arbitraux. Sa particularité n'est pas prise en compte. En général, dans une procédure arbitrale, il est protégé par le principe de la confidentialité à l'instar de toutes les informations impliquées. Les règlements arbitraux internationaux font un traitement sporadique de la protection du secret d'affaires. Depuis l'entrée en vigueur de la directive européenne portant protection des secrets des affaires et sa transposition dans les autres pays européens dont la France, les secrets des affaires ont de nouveaux gardiens.

TITRE II : LES OBSTACLES A UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL

303. L'importance que revêtent les secrets d'affaires dans le monde de l'entrepreneuriat est inestimable. Ceci est attesté par leur importance de nos jours dans le patrimoine des sociétés. Il n'y a pas de jour qui passe sans qu'une information portant sur leur vol ou tentatives de vol par des pirates ou par des employés indéliçats ne soit diffusée sur les médias. Les Etats ne sont pas en dehors des différends que l'intérêt porté aux secrets d'affaires crée. Quotidiennement, certains Etats pointent du doigt d'autres pour des actions organisées ou sponsorisées pour avoir accès aux secrets d'affaires de leurs sociétés nationales. Les informations confidentielles impliquées dans les contentieux internationaux surtout arbitraux ne sont pas à l'abri de ces risques.
304. En application du principe de la confidentialité, il est interdit de divulguer à une personne tierce des informations portant sur l'existence de la procédure, son déroulement, les documents produits ou échangés entre les parties durant la procédure. Mais dans les faits, l'application de ce principe expose des faiblesses et des limites. Ceci a fait dire à Monsieur Yves Fortier que : *« Dans les faits, le principe selon lequel le principe de la confidentialité existe-du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties-est plus un truisme qu'une réalité...les questions simples allant de la nature, de l'étendue du principe, en droit, à son utilité, en pratique à sa formulation comme règle de procédure arbitrale, sont très contentieuses. »*⁴³⁸(Chapitre 1).
305. La *judiciarisation* galopante que connaît la pratique de l'arbitrage a favorisé des mécanismes procéduraux tels que le *discovery* et l'astreinte qui rendent plus facile l'accès aux informations confidentielles. A cela, il faut ajouter l'absence dans l'arbitrage commercial d'un régime spécifique d'administration de preuve et l'intervention limitée du tribunal arbitral dans la protection accordée aux informations. La phase de l'administration de la preuve se révèle être une étape très risquée pour la protection des secrets d'affaires. (Chapitre 2).

⁴³⁸ L. Y. FRONTIER, "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality", 15, *ARB. INT'L* 131 (1998).

CHAPITRE I : L'ABSENCE DE CONCEPTUALISATION DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITÉ

306. L'arbitrage est probablement le mode alternatif de règlement des conflits le plus connu et le plus populaire⁴³⁹. Le développement de l'arbitrage commercial s'est imposé comme une des voies par excellence de résolution des conflits au plan international en raison des avantages que ses utilisateurs lui reconnaissent. Le nombre de litiges confiés à l'arbitrage ne cesse de croître, engendrant une concurrence entre les divers centres d'arbitrage⁴⁴⁰. Parmi les avantages reconnus à l'arbitrage, la confidentialité vient en très bonne place⁴⁴¹. Distinguée du caractère privé⁴⁴² de l'arbitrage qui est en fait l'autorité qu'a le tribunal arbitral d'exclure de la salle d'audience des personnes qui sont étrangères à la procédure en cours, la confidentialité est perçue comme le droit qu'ont les parties à une procédure arbitrale de garder secrètes-en dehors des yeux du public-les informations qu'elles estiment secrètes ou confidentielles.
307. Les parties à une procédure arbitrale peuvent conférer un caractère confidentiel à leur contentieux arbitral en se référant à un règlement arbitral qui contient en son sein une clause de confidentialité. Elles peuvent aussi recourir à un modèle de clause d'arbitrage. Certaines institutions arbitrales comme l'OMPI, disposent d'une clause-type de confidentialité dans leur règlement⁴⁴³. Les parties peuvent également, avec l'aide de leur conseil, rédiger une clause.

⁴³⁹<http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/sjc-csj/sprd-dprs/res/mrrc-drrg/06.html>. (Consulté le 7 août 2016).

⁴⁴⁰ P. FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? » *Revue de droit de McGill*, McGill Law Journal 1989, p. 436.

⁴⁴¹Voir les travaux de Ch. BUHRING-UHLE, "Arbitration and mediation in international business" (1996) (surveying ninety-one arbitrators, Op. Cit....

⁴⁴² Ceci distingue l'audience arbitrale d'une procédure judiciaire devant les tribunaux étatiques.

⁴⁴³Confidentiality of the Existence of the Arbitration Article 75

(a) Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only :

(i) by disclosing no more than what is legally required ; and

(ii) by furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.

(b) Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party.

Confidentiality of Disclosures Made During the Arbitration: "Article 76

(a) In addition to any specific measures that may be available under Article 54, any documentary or other evidence given by a party or a witness in the arbitration shall be treated as confidential and, to the extent that such evidence describes information that is not in the public domain, shall not be used or disclosed to any third party by a party

Toutefois, le concept de confidentialité par lui-même pose certaines difficultés dans l'arbitrage international.

308. Le concept de la confidentialité applicable l'arbitrage commercial n'est pas défini ni au niveau des législations des Etats, ni au niveau d'aucune convention de la communauté internationale. Le principe de la confidentialité, surtout sur le plan international, n'est pas conceptualisé. Il n'y a pas un concept uniforme⁴⁴⁴ de confidentialité. Il n'y a pas une définition contraignante de ce qu'il faut entendre par confidentialité⁴⁴⁵. D'après, L.- F. WYSS⁴⁴⁶, il n'y a même pas un accord au plan international sur le fait que, par la nature de l'arbitrage commercial, une obligation de confidentialité existe en son sein.

whose access to that information arises exclusively as a result of its participation in the arbitration for any purpose without the consent of the parties or order of a court having jurisdiction.

(b) For the purposes of this Article, a witness called by a party shall not be considered to be a third party. To the extent that a witness is given access to evidence or other information obtained in the arbitration in order to prepare the witness's testimony, the party calling such witness shall be responsible for the maintenance by the witness of the same degree of confidentiality as that required of the party.

Confidentiality of the Award

Article 77

The award shall be treated as confidential by the parties and may only be disclosed to a third party if and to the extent that :

(i) the parties consent ; or

(ii) it falls into the public domain as a result of an action before a national court or other competent authority ; or

(iii) it must be disclosed in order to comply with a legal requirement imposed on a party or in order to establish or protect a party's legal rights against a third party.

Maintenance of Confidentiality by the Center and Arbitrator

Article 78

(a) Unless the parties agree otherwise, the Center and the arbitrator shall maintain the confidentiality of the arbitration, the award and, to the extent that they describe information that is not in the public domain, any documentary or other evidence disclosed during the arbitration, except to the extent necessary in connection with a court action relating to the award, or as otherwise required by law.

(b) Notwithstanding paragraph (a), the Center may include information concerning the arbitration in any aggregate statistical data that it publishes concerning its activities, provided that such information does not enable the parties or the particular circumstances of the dispute to be identified."

⁴⁴⁴ L. WYSS, How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration, Int. A. L. R. Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration, 2009, p. 158 et s.

⁴⁴⁵ See, e.g., POUDRET/BESSON, p. 315; RITZ, p. 4 et seq. – The two famous cases are *Esso Australia Resources Ltd.v.Plowman*, XXI Y.B. Comm. Arb. 137, 165, 171 (Australian High Court 1995); (1995) 128 ALR 391 et seq., and the Swedish case *BulgarianForeignTradeBankLtd.V.AITradeFinanceInc.*, XXVIY.B. Comm.Arb.291,298(SwedishSupremeCourt)(2001); for an English translation, see, among others, VARÁDY/BARCELÓ/VON MEHREN, p. 548 et seq.; for further translations and reference of discussions of these decisions, see BORN, p. 2262 et seq.; RITZ, n° 19 and 30.

⁴⁴⁶ BROWN, p. 990; see also MÜLLER, p. 217 n° 8. FURRER, p. 802, rightly states that this applies all the more because of the diverse legal backgrounds and the different relationships of the participants of arbitration towards each other, an aspect which is thoroughly explored by Furrer in his cited article (id., p. 802-818).

309. La non-conceptualisation conventionnelle⁴⁴⁷ de la confidentialité dans l'arbitrage commercial a des conséquences préjudiciables sur la protection des informations confidentielles dans la procédure arbitrale. Notamment, elle rend difficile dans la pratique, la détermination de la portée, c'est-à-dire la délimitation du contenu et de l'étendue du principe de la confidentialité. Quelles sont au plan procédural et matériel les informations⁴⁴⁸ qui sont couvertes par le principe de la confidentialité ? Quelle est la limite du principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial ? Ces facteurs varient sensiblement en fonction du site de l'arbitrage, du système de droit dont sont originaires les parties,...etc.

L'effectivité même du principe de la confidentialité est fragilisée par de nombreuses exceptions qui sont non-exhaustives⁴⁴⁹. Par ailleurs, il faut aussi relever que les obligations que certains règlements ont pu mettre à charge des parties ou autres acteurs sont inefficaces en ce sens que leurs violations ne sont sources d'aucune conséquence pour leur auteur (S1).

310. Dans la plupart des règlements arbitraux, tant internes qu'internationaux, ou des jurisprudences existantes qui traitent du régime de droit commun de la confidentialité, il y a une proclamation générale du caractère confidentiel de la procédure arbitrale⁴⁵⁰ qui interdit aux tierces personnes, l'accès aux informations échangées durant une procédure arbitrale. Ainsi, les informations comme les preuves des parties, les documents, propos tenus durant une procédure arbitrale ne doivent pas être divulgués. Il en est ainsi de la sentence arbitrale qui doit être protégée. Cependant, aucun texte, ni aucune loi ou règlement ne prévoit la sanction en cas de leur violation.

311. La réalité est tout autre lorsque la pratique arbitrale est en action. Bien des raisons en arbitrage commercial justifient la divulgation de la sentence en dehors du cercle des acteurs autorisés dans une procédure arbitrale. Cela peut être, par exemple, le cas lorsqu'une des parties s'adresse au juge pour obtenir l'*exequatur* de sa sentence. Ceci peut aussi être dû à une obligation légale qui impose aux parties de divulguer, par exemple la sentence aux organes de régulation du marché de la bourse. Il y a donc diverses limites légales au principe sacro-saint de non

⁴⁴⁷Il n'y a pas une définition conventionnelle et acceptée au niveau international du principe de la confidentialité.

⁴⁴⁸Certains règlements imposent aux arbitres, aux administrateurs des institutions arbitrales l'obligation de confidentialité. Ils ne disent rien sur les parties, ni les tiers qui sont impliqués dans le processus arbitral à divers titres. Certains étendent l'obligation aux parties.

⁴⁴⁹ Voir les arrêts *Dolling-Baker* et *Ali shipping* de la jurisprudence arbitrale anglaise. Dans l'affaire *Ali shipping*, la Cour a reconnu des exceptions au principe de la confidentialité telles que le consentement des parties, l'ordonnance du juge, la protection des droits d'une partie et celle de l'intérêt du public. De nos jours, la plupart des règlements arbitraux internationaux qui ont adopté le principe de la confidentialité, contiennent des exceptions au principe de la confidentialité.

⁴⁵⁰Règlement arbitral de l'OMPI, Op. Cit.

divulgarion des informations dans l'arbitrage commercial qui rendent ineffectif le caractère péremptoire du principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial (S2).

SECTION 1 : LA DIFFICULTE DE FORMULATION LEGALE D'UN PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE PROTECTEUR DES SECRETS COMMERCIAUX

- 312.** L'une des barrières à une application effective du principe de la confidentialité en arbitrage commercial est l'absence de conceptualisation conventionnelle du principe de la confidentialité au plan international (§1). Cette absence de conceptualisation conventionnelle du principe de la confidentialité emporte des conséquences dans son implémentation en vue de l'organisation de la protection des informations confidentielles (§2).

§1– L'absence de conceptualisation conventionnelle de la confidentialité dans l'arbitrage commercial

- 313.** La non-conceptualisation conventionnelle de la confidentialité se matérialise, d'une part, par l'absence d'une définition légale conventionnelle et contraignante du principe (A) et, d'autre part, par une multitude d'exceptions qui fragilisent son application effective (B).

A. L'absence d'une définition conventionnelle contraignante de la confidentialité au plan international

- 314.** Reconnu comme l'un des avantages de l'arbitrage⁴⁵¹, le concept de confidentialité a été remis en cause par de nombreux auteurs⁴⁵² en se fondant sur plusieurs désaccords⁴⁵³. Il y a une divergence sur la source⁴⁵⁴ du principe de la confidentialité sur le plan international. Trois positions

⁴⁵¹See, e.g., BORN, p.2250 and p.2280 et seq.; FURRER, p.802; see also the Uncitral Arbitration Rules in their List of Matters for Possible Consideration in Organizing Arbitral Proceedings, "Annotations" Op. Cit.

⁴⁵² L. Y. Fortier qui estime que « Dans les faits, le principe selon lequel le principe de la confidentialité existe-du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties-est plus un truisme qu'une réalité... », L. Y. FRONTIER, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, 15, ARB. INT'L 131 (1998).

⁴⁵³ Le concept traditionnel de l'arbitrage dont le leader est la Grande Bretagne stipule que la convention arbitrale suffit pour que la procédure arbitrale soit sous la protection de la confidentialité, voir *arrêt Ali Shipping*. Mais depuis 1995, cette position traditionnelle est devenue plus truisme que réalité. La *High Court Australienne* a estimé que la confidentialité des informations dans une procédure arbitrale n'existe que si les parties se sont accordées sur elle. Elle n'est pas inhérente à la convention d'arbitrage, voir *arrêt Esso*.

⁴⁵⁴ V. Ouvrage de J.-F. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, avec une seconde édition en langue anglaise, 2007 chez Thomson-Sweet et Maxwell ; v. aussi N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5e éd., Oxford University Press, 2009 ; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009 ; J.M.D LEW, L.A. 2003.

essentielles illustrent cette divergence. Il y a la position traditionnelle britannique, la position moderne australienne et la position de la cour de Suède qui a elle-aussi rejeté le principe de la confidentialité inhérente dans l'arbitrage commercial et posé en lieu et place le principe de l'obligation de loyauté (*duty of loyalty*)⁴⁵⁵.

315. Des auteurs de renom ont proclamé, d'une part, qu'il n'y a pas une convention internationale qui contienne des dispositions contraignantes⁴⁵⁶ et d'autre part, qu'il n'y a pas non plus des obligations uniformes de confidentialité dans les règlements arbitraux des institutions internationales⁴⁵⁷. Il n'y a même pas une entente que par sa nature, l'arbitrage commercial contient une obligation de confidentialité⁴⁵⁸. Il n'existe pas une définition internationale du principe de la confidentialité⁴⁵⁹. Ceci rend difficiles les tentatives qui visent à organiser une protection effective des informations confidentielles.
316. Le décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français a dans sa dualité consacré un arbitrage interne qui clairement pose que ce dernier est soumis à un principe de confidentialité. Par contre, sur le plan international, le droit de l'arbitrage français demeure muet. Selon le Professeur Emmanuel GAILLARD⁴⁶⁰, il ne pose pas de présomption de confidentialité, ni de présomption contraire. Pour lui, ce silence traduit une neutralité du droit français de l'arbitrage international vis-à-vis de la question. Toutefois, dans une appréciation non forcément conforme, il n'est pas exclu que cette neutralité du droit français vis-à-vis de la confidentialité au plan international vienne créer une incertitude au niveau des praticiens et de la doctrine qui sera préjudiciable à la protection des secrets des affaires en arbitrage international. Ceci se

⁴⁵⁵ T. NAKAMURA, *Confidentiality in Arbitration*; SVEA Court of Appeal Decision-Is It Good News from Stockholm? See also REDFERN & HUNTER, *Law practice of international commercial arbitration* 23, 45 (2d ed. 1991) (supporting the notion of arbitration as a private process); DOMKE COMM ARBITRATION § 4.01.4.06 (noting the privacy of proceedings as an advantage of arbitration); SUTTON ET AL., RUSSELL ON ARBITRATION 162 (23rd ed. 2007) (citing confidentiality as a determinative factor in choosing to arbitrate); BERNSTEIN ET AL., HANDBOOK OF ARBITRATION PRACTICE 5 (3D ED. 1998) (listing the potential advantages of arbitration).

⁴⁵⁶ BROWN, p. 990; see also MÜLLER, p. 217 n° 8. FURRER, p. 802, rightly states that this applies all the more because of the diverse legal backgrounds and the different relationships of the participants of arbitration towards each other, an aspect which is thoroughly explored by Furrer in his cited article (id., p. 802-818).

⁴⁵⁷ See, e.g., MÜLLER, p. 221 et seq.; FURRER, p. 802; BORN, p. 2252; KLAUS LIONNET/ ANNETTE LIONNET, p. 453-457. For a broader discussion of the confidentiality provisions in international arbitration rules, see How to protect business secrets in international commercial arbitration. F. Wyss, (2009) Int. ALR. Protection of Business secrets in international commercial arbitration. Lukas sect. III,

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ L. Wyss Op. cit, p. 13.

⁴⁶⁰ E. GAILLARD, *Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage*, Op. Cit. note 346, p. 110.

remarque au cours des débats qui ont été organisés après l'entrée en vigueur du décret. Selon le Professeur G. BERMANN, celui qui ne connaît pas bien le texte français peut présumer qu'il n'y a pas dans les affaires commerciales une présomption de confidentialité qui en fait n'existe pas. Dans sa réaction, le Professeur E. GAILLARD a soutenu que les parties qui veulent une confidentialité dans un contrat doivent la mettre. Il stipule que : « *C'est une fausse protection que de se reposer sur la présomption que l'arbitrage est par nature confidentielle* ». ⁴⁶¹

Le Professeur Th. CLAY réagissant à la préoccupation du Professeur G. BEMANN, a soutenu que : « *Au fond, si on compare le texte interne et le texte international, le fait qu'il n'y ait pas un principe de confidentialité en matière interne et qu'il n'y en ait pas en matière internationale n'implique-t-il pas la présomption inverse, c'est-à-dire qu'a contrario la confidentialité n'est pas prévue en matière internationale ?* » Le Professeur E. GAILLARD en réaction à cette interrogation dira « *Non, c'est le rappel que les parties sont libres* ». Le Professeur Th. CLAY dira à son tour : « *Oui, mais quid dans l'hypothèse où rien n'est inscrit dans les conventions, ce qui est quand même l'hypothèse la plus vraisemblable ? Avant que les promoteurs d'actes aient intégré qu'il faut désormais faire un choix relatif à la confidentialité, comme d'ailleurs sur la question du mode de notification, cela mettra un peu de temps.* » ⁴⁶² Le Professeur E. GAILLARD dira qu'à son avis, le décret pose le principe qu'en matière internationale, la question est abandonnée à la liberté des parties et, à défaut, à la liberté du tribunal arbitral. Pour lui, les parties et, à défaut, le tribunal arbitral, sont complètement libres de sanctionner ou de faire sanctionner des comportements qui seraient jugés inopportuns. Il conclut que le droit français ne penche ni dans un sens ni dans l'autre ; il demeure neutre, en matière internationale, sur la question de la confidentialité.

Le Professeur P. de LAPASSE, intervenant à ce sujet a révélé qu'effectivement les versions ont varié puisque dans la première version de mars 2010, il était prévu que l'arbitrage international serait lui aussi soumis au principe de la confidentialité. Il ajoute que : « *Finalement, après avoir écouté les uns et les autres, il a été décidé que pour l'arbitrage international, il existerait un principe de neutralité en la matière, ceci afin de laisser aux parties participant à la procédure d'arbitrage la liberté de convenir entre elles des modalités dans lesquelles s'exercerait ce principe de confidentialité* » ⁴⁶³.

Au Professeur Thomas Clay de révéler pour sa part qu'un mois avant la publication du décret,

⁴⁶¹ *Idem.*

⁴⁶² *Idem.*

⁴⁶³ *Idem.*

en décembre 2010, le dernier état du projet contenait encore une disposition à l'article 1509 qui énonçait, en matière internationale que « *Les parties peuvent convenir du principe et de l'étendue de la confidentialité de l'arbitrage* ». Cette absence de la notion dans le décret serait dommage car selon lui, il aurait permis d'appeler à l'attention des parties sur la confidentialité et de préserver l'arbitrage d'investissement.

Le Professeur E. GAILLARD dira que cela était une bonne chose, car c'est une disposition absurde qui s'appliquerait à tous les sujets. Cette disposition, pour lui, aurait été dévastatrice pour bien d'autres sujets ; elle a bien fait de disparaître. Maître L. DEGOS, atteste qu'effectivement il y a eu des différences de rédactions et que les termes de la rédaction actuelle ont été soigneusement pesés. Pour lui, il n'est pas écrit que la procédure est ou n'est pas confidentielle. Il est dit qu'il existe un principe de confidentialité, lequel est directement applicable en arbitrage interne. Il considère cela comme un avantage, ou à tout le moins une caractéristique de l'arbitrage par rapport à la justice étatique en matière interne. Il soutient qu'en revanche, le texte ne dit absolument pas que le principe de confidentialité n'existe pas en matière internationale puisqu'il existe. Il poursuit qu'en matière internationale, l'application comme l'étendue du principe de confidentialité sont laissées au libre choix des parties. L'arbitrage international aurait bien d'autres avantages par rapport à la justice étatique, et il n'est pas certain que recouvrir l'arbitrage international soit, d'une part, conforme à tous les systèmes d'arbitrage internationaux [tel le CIRDI], et d'autre part, corresponde à la tendance actuelle qui pousse à la transparence et à plus de révélation.

Pour Maître M. de BOISSESON, dans le décret du 12 mai 1981, il n'y avait pas non plus de référence à la confidentialité et cela n'a pas empêché les tribunaux et la cour d'appel de Paris notamment, de développer une certaine jurisprudence sur la confidentialité⁴⁶⁴. Il ne pense pas que la jurisprudence dans l'affaire *Aita* soit remise en cause ni par une autre ni par le décret actuel. Bien qu'il soit d'accord avec le Professeur E. GAILLARD sur le fait que la confidentialité est une notion assez relative pour de nombreuses raisons, il pense qu'il a un besoin d'une certaine confidentialité en arbitrage contrairement aux partisans de la transparence dans l'arbitrage.

Le Professeur G. PLUYETTE dit partager l'opinion des Professeurs E. GAILLARD et P. de LAPASSE. Il préfère de beaucoup un texte qui affirme le principe de la neutralité, et ensuite une pratique au cas par cas, un traitement par la jurisprudence.

Ce débat entre les acteurs français de l'arbitrage démontre à suffisance que la doctrine n'est pas encore totalement fixée sur la confidentialité en arbitrage international français. Ceci vient

⁴⁶⁴ *Aita v. Ojje*, Cour d'appel, [CA] Paris e ch., 18 Feb. 1986, *Rev. Arb Op.* Cit note 464, p. 174.

ajouter au flou existant dans l'arbitrage international concernant le fondement du concept de la confidentialité.

317. Au niveau des lois (*Acts*) portant arbitrage, il faut mentionner la position difficile dans laquelle se sont retrouvés les législateurs britanniques lorsqu'ils planchaient sur le principe de la confidentialité dans l'*Arbitration Act* de 1996. Le *Department Advisory Committee* sur l'*Arbitration Law* (DAC) a abandonné son ambition d'intégrer une disposition portant sur le principe de confidentialité dans le projet de loi car cela serait trop complexe, en raison d'une myriade d'exceptions, « *it would be too difficult to do so because the exceptions to confidentiality are manifestly legion and unsettled in part* »⁴⁶⁵.

En effet, le DAC est arrivé à la conclusion selon laquelle la consécration d'un principe créerait des contentieux supplémentaires, d'une part, à cause de nombreuses exceptions et d'autre part, à cause des difficultés que posera la détermination des sanctions et des moyens d'exécution. Le comité a préféré s'en remettre aux règles des institutions arbitrales et aux cours de justice qui devraient considérer la question au cas par cas.

318. La Nouvelle-Zélande, malgré la complexité de la formulation d'un principe de confidentialité⁴⁶⁶, a décidé d'adopter en 1996 une loi⁴⁶⁷, d'une part, pour consacrer le principe de confidentialité et, d'autre part, pour établir une liste d'exceptions. Elle a fait remarquer qu'aucune disposition législative ne pourrait être parfaite et qu'il faudra adapter la loi au cas par cas conformément à

⁴⁶⁵DAC Report on Arbitration Bill 1996, a substantial report on the Arbitration Bill, Para 9 DAC feb 1996.

⁴⁶⁶ “confidential information, in relation to arbitral proceedings,—

(a) means information that relates to the arbitral proceedings or to an award made in those proceedings ; and

(b) includes—

(i) the statement of claim, statement of defence, and all other pleadings, submissions, statements, or other information supplied to the arbitral tribunal by a party :

(ii) any evidence (whether documentary or otherwise) supplied to the arbitral tribunal :

(iii) any notes made by the arbitral tribunal of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal :

(iv) any transcript of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal :

(v) any rulings of the arbitral tribunal :

(vi) any award of the arbitral tribunal”, New-zealand Arbitration Act 1996.

⁴⁶⁷ *New-zealand Arbitration Act* 1996.

ce qu'ont retenu les législateurs britanniques.

319. Les institutions internationales de l'arbitrage commercial ne donnent pas une définition de ce qu'il faut entendre par confidentialité. Elles se contentent, pour celles qui l'ont mentionné, de relever les éléments soumis au principe de la confidentialité et les obligations qui pèsent sur les parties et les tiers impliqués dans la procédure arbitrale. La *London Court of International Arbitration*, dans sa version de 2014, en son article 30 portant sur la confidentialité, précise que les parties prennent l'engagement de garder confidentielle toute sentence arbitrale, ensemble avec tout le matériel créé pour la procédure arbitrale⁴⁶⁸ et tous les documents qui sont produits par l'autre partie qui ne sont pas dans le domaine public. Le même article⁴⁶⁹ dispose que les délibérations du tribunal arbitral doivent demeurer confidentielles entre les membres.
320. La version 2017 du règlement arbitral de la CCI dispose qu'une partie peut demander au tribunal arbitral de rendre une ordonnance de confidentialité [...] et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles⁴⁷⁰. En son article 6, elle soumet les travaux de la cour à une confidentialité absolue⁴⁷¹. Le règlement arbitral de l'*Arbitration Institute of the Stockholm Chambers of Commerce (SCC)*, en son article 46, dispose que la SCC et le tribunal veillent à la confidentialité de l'existence de l'arbitrage et celle de la sentence à moins que les parties en décident autrement⁴⁷².

⁴⁶⁸Article 30 Confidentiality 30.1 “The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration 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 legal proceedings before a state court or other legal authority.” [http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 30](http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030). (Consulté le 20 mai 20117).

⁴⁶⁹30.2. The deliberations of the Arbitral Tribunal shall remain confidential to its members, save as required by any applicable law and to the extent that disclosure of an arbitrator's refusal to participate in the arbitration is required of the other members of the Arbitral Tribunal under Articles 10, 12, 26 and 27.[http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 30](http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030). (Consulté le 20 avril 2018).

⁴⁷⁰ Article 22. 3. « 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 ». <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration>. (Consulté le 20 juillet 2018).

⁴⁷¹ Article 6 de l'ICC, version 2017, Confidentialité, « Les travaux de la cour ont un caractère confidentiel, que toute personne participant à un titre quelconque à ces travaux est tenue de respecter. 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 ».

⁴⁷²Article 46 Confidentiality Unless otherwise agreed by the parties, the SCC and the Arbitral Tribunal shall maintain the confidentiality of the arbitration and the award'.http://www.sccinstitute.com/media/40120/arbitrationrules_eng_webbversion.pdf. (Consulté le 14 août 2016).

321. Le règlement arbitral de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*, en son article 38, dispose que la procédure arbitrale est privée, conduite en privé (*in camera*)⁴⁷³ et que toutes les parties et leurs représentants, les arbitres, les témoins, les interprètes, les experts consultés par le tribunal arbitral et autres personnes nécessaires, ont l'obligation de ne pas divulguer les informations aussi bien matérielles que procédurales liées à l'arbitrage en cours⁴⁷⁴.
322. Le règlement arbitral version 2016 du *Singapore International Arbitration Center (SIAC)* semble plus élaboré. Son article 39.1⁴⁷⁵ dispose qu'à moins d'un accord entre les parties, les arbitres même les arbitres d'urgence- et toute personne choisie par le tribunal, aussi bien que le secrétaire administratif et les experts, doivent à tout moment traiter les informations concernant l'arbitrage en cours et la sentence arbitrale comme confidentielles. L'article 39.1 ajoute que les discussions et les délibérations du tribunal doivent aussi être confidentielles. L'article 39. 2⁴⁷⁶ de ce même règlement arbitral cite les limites de l'obligation de confidentialité qui pèse sur les acteurs. L'article 39. 3 précise le sens et le contenu des éléments relatifs à la procédure (*matters*

⁴⁷³« *In-camera* » est un concept légal américain qui veut dire en chambre 473 (Latin, in a judge's chambers.) ou en absence du public 473 (outside the presence of a jury and the public. In private), <https://www.merriam-webster.com/dictionary/in%20camera>. (Consulté le 06-septembre 2018).

⁴⁷⁴«Hearings shall be held in camera. Where both parties request an open hearing, the arbitral tribunal shall make a decision. 2. For cases heard in camera, the parties and their representatives, the arbitrators, the witnesses, the interpreters, the experts consulted by the arbitral tribunal, the appraisers appointed by the arbitral tribunal and other relevant persons shall not disclose to any outsider any substantive or procedural matters relating to the case's Article 38 Confidentiality, <http://www.cietac.org/Uploads/201607/5795f078aa6d5.pdf>. (Consulté le 06-septembre 2018).

⁴⁷⁵«Unless otherwise agreed by the parties, a party and any arbitrator, including any Emergency Arbitrator, and any person appointed by the Tribunal, including any administrative secretary and any expert, shall at all times treat all matters relating to the proceedings and the Award as confidential. The discussions and deliberations of the Tribunal shall be confidential', article 39.1, Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC Rules (6th Edition, 1 August 2016)http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf. (Consulté le 15 Aout 2018).

⁴⁷⁶«Unless otherwise agreed by the parties, a party or any arbitrator, including any Emergency Arbitrator, and any person appointed by the Tribunal, including any administrative secretary and any expert, shall not, without the prior written consent of the parties, disclose to a third party any such matter except: a. for the purpose of making an application to any competent court of any State to enforce or challenge the Award; b. pursuant to the order of or a subpoena issued by a court of competent jurisdiction; c. for the purpose of pursuing or enforcing a legal right or claim; d. in compliance with the provisions of the laws of any State which are binding on the party making the disclosure or the request or requirement of any regulatory body or other authority; e. pursuant to an order by the Tribunal on application by a party with proper notice to the other parties; or f. for the purpose of any application under Rule 7 or Rule 8 of these Rules", article 39.1, http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf. (Consulté le 15 Aout 2016). Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC Rules (6th Edition, 1 august 2016). (Consulté le 14 août 2016).

relating to the proceedings)⁴⁷⁷. Ceci s'entend donc de l'existence de la procédure arbitrale, les mémoires, les preuves et autres matériels, les documents produits par l'autre partie durant la procédure, ou la sentence. Pour conclure le règlement de la SIAC en son article 39.4⁴⁷⁸, dispose que les arbitres ont le pouvoir de prendre des mesures appropriées pour sanctionner toute violation de la règle portant confidentialité.

323. Le *Hong Kong International Arbitration Court* (HKIAC), dans l'article 42 de son règlement arbitral consacré à la confidentialité, traite de la protection des informations et des obligations à la charge des acteurs d'une procédure arbitrale. Pour ce règlement, à moins d'un accord entre les parties, aucune partie ne pourra publier, divulguer ou communiquer une information relative à l'arbitrage en cours. Cette disposition s'applique aussi au tribunal arbitral, aux experts, aux témoins, aux secrétaires du tribunal arbitral et à la cour qui administre l'arbitrage. Toutefois, l'article 42. 1 du HKIAC ne protège pas de la publication, la divulgation ou la communication d'informations dans certains cas. Il dispose que les délibérations du tribunal arbitral sont confidentielles.

324. Ces différents règlements des institutions internationales exposés plus haut se caractérisent par une absence absolue de la définition du principe de confidentialité. Aucune de ces institutions ne définit ce qu'il faut entendre par ce concept. Par rapport à la portée du principe de confidentialité en arbitrage, on se rend compte que le traitement est différent. Certains ont adopté un concept étroit de la confidentialité, cas par exemple du règlement arbitral du CNUDCI. Pour d'autres, la portée du concept est plus large ; c'est le cas par exemple du règlement arbitral du SIAC. Ceci vient confirmer les écrits du Professeur L. F. WYSS selon lesquels, il n'y a pas d'obligations uniformes contenues dans les différents règlements arbitraux internationaux (*...there is no general or uniform confidentiality obligation contained in the various set of international arbitration rules*)⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ 39. 3 In Rule 39.1, SIAC rules version 2016, "matters relating to the proceedings" includes the existence of the proceedings, and the pleadings, evidence and other materials in the arbitral proceedings and all other documents produced by another party in the proceedings or the Award arising from the proceedings, but excludes any matter that is otherwise in the public domain."

⁴⁷⁸ The Tribunal has the power to take appropriate measures, including issuing an order or Award for sanctions or costs, if a party breaches the provisions of this Rule". Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre SIAC Rules (6th Edition, 1 August 2016) http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/SIAC%202016%20Rules_6th%20Edition.pdf. (Consulté le 20 avril 2017).

⁴⁷⁹ L. Wys, "How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration", in: *The International Arbitration Law Review* (Int. Arb.L.R.) 06/2009, S.158-167.

325. A ce point du développement, le constat de la difficulté de formulation au plan international d'une définition conventionnelle uniforme et contraignante est apparent. Ni au niveau des lois existantes au niveau des Etats, ni au niveau des règlements arbitraux, ni au niveau de la jurisprudence, ne se dégage ni une certaine harmonie ni un consensus sur le concept de confidentialité. Les règlements arbitraux internationaux sont divergents tant au niveau du contenu qu'au niveau de leur esprit. Selon le Professeur L. F. WYSS⁴⁸⁰, cet état de fait de la confidentialité au plan international n'est pas surprenant. A cette difficulté, il faut ajouter la question des nombreuses exceptions dont la régulation se révèle être complexe.

B. La régulation quasi-impossible des exceptions au principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial

326. L'arbitrage contemporain contient de nombreuses exceptions au principe de la confidentialité au plan légal, c'est-à-dire normatif, jurisprudentiel et institutionnel.

Au plan jurisprudentiel, timidement reconnues dans les arrêts *Dolling-Baker*⁴⁸¹, dans l'affaire *Ali Shipping*⁴⁸² et plus tard, dans l'arrêt *Esso*⁴⁸³, ces exceptions sont de véritables handicaps à l'application effective du principe de la confidentialité en arbitrage commercial. Elles constituent un frein à la protection effective des secrets d'affaires dans la pratique de l'arbitrage commercial.

327. Dans l'arrêt *Dolling-Baker*, la cour d'appel anglaise a retenu qu'il y a une obligation implicite de confidentialité « *implied obligation* »⁴⁸⁴ qui s'explique par la nature même de l'arbitrage. La cour a aussi retenu qu'il pourrait avoir des exceptions à cette obligation de confidentialité⁴⁸⁵. Pour, Justice Lord PARKER, qui a rédigé l'opinion de la majorité, la cour reconnaît l'existence d'une obligation implicite de confidentialité. Toutefois, poursuit-il, même lorsqu'elle constate l'existence d'une obligation de confidentialité implicite, si une divulgation et une inspection sont nécessaires pour dire de manière effective le droit, elle (cour) doit donner droit à cette action. Mais avant d'opter pour la divulgation, la cour doit rechercher s'il n'y a pas un autre moyen

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ 1. W.L.R. (Eng. C.A. 1990).

⁴⁸² *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, [1997] EWCA Civ 3054, www.bailii.org. Consulté le 14 août 2016.

⁴⁸³ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others* (1995) 128 ALR 391.

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ *Idem.*

moins coûteux qui permette d'atteindre le même objectif, (*[T]he court must...have regard to the existence of the implied obligation.... If it is satisfied that despite the implied obligation, disclosure and inspection is necessary for the fair disposal of the action, that consideration must prevail. Thus in reaching a conclusion, the court should consider amongst other thing whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking*)⁴⁸⁶.

- 328.** L'arrêt *Hassneh Insurance co. of Israel v. Steuart k. Mew*⁴⁸⁷, s'inscrit dans la même ligne que l'arrêt *Dolling–Baker*. Après avoir affirmé que si le caractère privé de la confidentialité est un attribut inhérent de la procédure arbitrale, alors la confidentialité doit l'être également, parce que le caractère privé n'a pas de sens sans la confidentialité (*If privacy is an inherent attribute of the arbitral process, then confidentiality must be as well, because privacy is meaningless without its confidentiality corollary*)⁴⁸⁸. Elle a trouvé une exception à l'obligation de confidentialité et a retenu que la divulgation d'une sentence arbitrale est permise si elle est nécessaire pour établir le fondement d'une action dans un arbitrage⁴⁸⁹ à venir.
- 329.** Justice COLMAN pour justifier la divulgation de la sentence comme une exception au principe de la confidentialité, a retenu qu'il doit être pris en considération, en la protégeant, les possibles utilisations de celle-ci dans le cadre ordinaire du commerce et dans celui de ses applications ordinaires dans la justice anglaise. (*[S]ince the duty of confidence must be based on an implied term of the agreement to arbitrate, that term must have regard to the purposes for which awards may be expected to be used in the ordinary course of commerce and in the ordinary application of English arbitration law*).
- 330.** Pour l'arrêt *Esso Australia Resources v. Plowman*⁴⁹⁰, si l'obligation de confidentialité existe en raison du contrat entre les parties, elle n'est pas absolue (*It is not absolute* ⁴⁹¹) parce qu'il n'y a pas une obligation de confidentialité qui lie le témoin dans une procédure arbitrale, la demande de l'exequatur va forcément divulguer des détails de la procédure arbitrale et les parties elles

⁴⁸⁶*Idem.*

⁴⁸⁷Lloyd's Rep. 243 (Q.B 1993).

⁴⁸⁸*Idem.*

⁴⁸⁹*Idem.*

⁴⁹⁰128 A. L. R. 39 (1995).

⁴⁹¹*Idem.*

mêmes pourraient être tenues de divulguer les détails d'un arbitrage à une compagnie d'assurance ou à des actionnaires, (...*no obligation of confidentiality attaches to witness in the arbitral proceedings ; judicial enforcement of an arbitral award would necessarily reveal details of the proceedings, and parties themselves may need to disclose details of the arbitration to insurers or shareholders*)⁴⁹².

331. L'arrêt *Esso*, retient aussi que toute obligation de confidentialité est vulnérable à l'exception de l'intérêt du public (*public interest exception*)⁴⁹³. L'exception de l'intérêt public est celle qui est évoquée lorsqu'une action en contentieux implique une question d'intérêt public très importante. L'arrêt *Esso* est une manifestation de l'exception de l'intérêt public. En effet dans l'affaire *Esso*, le *Chief Justice Mason* s'est interrogé à savoir pourquoi les consommateurs et le public de Victoria doivent être privés du droit de savoir ce qui s'est passé dans les arbitrages dont l'arrêt traite puisqu'ils seront affectés par le résultat de ces arbitrages, notamment le changement de prix d'électricité par les compagnies concernées (*Why should the consumers and public of Victoria be denied knowledge of what happens in these arbitrations, the outcome of which will affect, in all probability, the prices chargeable to consumers by the public Utilities ?*).
332. L'arrêt *Ali Shipping* est venu réaffirmer le caractère inhérent de la confidentialité dans la convention arbitrale « *In Ali Shipping, the Court reemphasized the Dolling – Baker principle that there is an implied obligation of confidentiality in international arbitration and that confidentiality is a necessary incident to « the essentially private nature of arbitration* »⁴⁹⁴. Bien que cet arrêt *Ali* ait réaffirmé de manière claire la nature inhérente de la confidentialité dans la convention arbitrale- retenant la position traditionnelle des cours anglaises- il a aussi reconnu l'existence d'exceptions potentielles⁴⁹⁵
333. Les exceptions au principe de confidentialité ne sont pas seulement consacrées par la jurisprudence ; les institutions internationales dans leurs règlements arbitraux contiennent aussi des exceptions à l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage commercial.

⁴⁹²*Idem.*

⁴⁹³ "Public-interest exception is a legal principle which describes that an appellate court may consider and decide a moot case even if such decisions are generally prohibited, if the case involves a question of considerable public importance, the question is likely to arise in the future, and the question has evaded appellate review", <http://definitions.uslegal.com/p/public-interest-exception/>. (Consulté le 14 août 2016).

⁴⁹⁴ 1 Lloyd's Rep. at 651.

⁴⁹⁵*Idem.*

Le règlement arbitral de la *London Court of International Arbitration* dans sa version de 2014, en son article 30.1⁴⁹⁶, dispose que les parties s'engagent à garder confidentielles toutes les sentences dans l'arbitrage, ensemble avec tous les matériaux dans l'arbitrage qui ont été créés pour la procédure arbitrale et tous les documents produits par l'autre partie qui ne sont pas dans le domaine public. L'obligation de confidentialité en cet article 30.1 de la LCIA connaît des exceptions. Il est permis de divulguer⁴⁹⁷ les informations considérées confidentielles en raison d'une obligation légale, pour protéger un droit ou exécuter ou initier une action contre une sentence devant une juridiction étatique ou une autorité légale.

334. Une autre exception à l'obligation de confidentialité se retrouve dans l'article 30. 2⁴⁹⁸ du règlement arbitral de la LCIA. Selon cette disposition, la délibération du tribunal doit demeurer confidentielle parmi ses membres à moins que la divulgation soit requise par une loi applicable ou lorsque la divulgation du refus d'un arbitre de participer à un arbitrage est requise des autres membres du tribunal arbitral sous les articles 10, 12, 26, et 27 du même règlement. Donc, il est clair que la publication de la délibération est permise dans certaines circonstances.
335. Au plan normatif, les textes existants et contenant une consécration ou non du principe de confidentialité reconnaissent des exceptions à ce principe. Des exceptions qui sont relatives à la protection de l'ordre public, à la défense des droits privés ou publics des personnes. L'article 1464 alinéa 3 du code civil français dispose que les parties peuvent renoncer à la confidentialité « *sous réserve des obligations légales* ». Dans la conception française, il s'agirait de certaines obligations légales d'information qui pèsent sur les dirigeants sociaux d'une structure économique, notamment les exigences de communications⁴⁹⁹ qui résultent de la législation financière du droit des sociétés et du droit fiscal. La confidentialité ne saurait être opposée, à une partie qui est contrainte, pour justifier ses droits de divulguer des documents ou informations obtenues au cours d'une procédure arbitrale⁵⁰⁰. En ce sens, le principe de confidentialité ne devrait pas pouvoir être utilement invoqué en soi pour sanctionner un recours

⁴⁹⁶ London Court of International Arbitration, Op. cit. note 382, p. 120.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ *Idem*.

⁴⁹⁹ V. C. FAGES B., « la confidentialité de l'arbitrage face à l'épreuve de la transparence financière », *Rev. Arb.* 2003. P.5

⁵⁰⁰ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, célérité, loyauté », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso, édition 2011, p. 102.

en annulation abusive contre une sentence arbitrale⁵⁰¹. Ici, le professeur Y. DERAINS a tenu à lever l'équivoque créée par l'arrêt *Aita* du 18 février 1986. Tout en reconnaissant le caractère particulier de l'arrêt précité, il précise que ce dernier a créé une confusion qui laisse penser que le principe de confidentialité pouvait être utilisé pour sanctionner un recours abusif contre une sentence arbitrale. Il poursuit qu'il ne convient pas de faire peser sur les parties, qui s'estiment en droit d'exercer un recours contre une sentence, le risque de se voir condamner à des dommages-intérêts pour avoir divulgué une sentence arbitrale ou des documents confidentiels indispensables à l'examen du recours. Si le recours est déclaré abusif, c'est le caractère abusif qui devrait être sanctionné et non la violation du principe de confidentialité⁵⁰². Il clarifie qu'il est possible qu'à l'occasion du recours, la divulgation d'informations confidentielles ait causé un préjudice à l'intimé ; toutefois, il s'agirait alors d'un élément du préjudice réparable et la faute ne consisterait pas, dans la violation du principe de confidentialité, mais l'introduction d'un recours abusif⁵⁰³.

336. La question se pose avec plus d'acuité en droit français de l'arbitrage international sur l'attitude à adopter puisque depuis la réforme, il n'y a pas une position claire vis-à-vis du principe de la confidentialité. Pour certains dont le Professeur Thomas CLAY, le fait d'avoir clairement indiqué en droit interne l'existence d'un principe de confidentialité et au contraire avoir gardé le silence dans le régime international peut être interpréter *a contrario* qu'en droit français de l'arbitrage international, il n'y pas de confidentialité. D'autres par contre, comme le Professeur E. GAILLARD, estiment que la position du droit français de l'arbitrage international vis-à-vis de la confidentialité est une position de neutralité. Pour le Professeur Yves DERAINS, cette absence ne traduit pas un droit de divulgation sans limite. Le principe de loyauté impose aux parties de ne pas en user pour obtenir des avantages indus dans la procédure arbitrale. Il précise qu'il ne sera pas tolérable que cette absence de confidentialité en arbitrage international soit utilisée pour justifier des campagnes dans les médias pour impressionner les témoins ou encore les arbitres.

337. La question des exceptions à la protection des secrets d'affaires s'est encore compliquée avec l'entrée en vigueur de la directive européenne du 8 juin 2016 portant sur la protection des savoir-

⁵⁰¹ *Idem.*

⁵⁰² *Idem.*

⁵⁰³ *Idem.*, v. aussi E. Loquin, « Existe-t-il un principe général de confidentialité de l'arbitrage en droit français ? », note sous Paris, 22 jan. 2004, Op. Cit. note 298 ; p.98.

faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites et celle de la loi française relative à la protection du secret d'affaires. Tous ces deux textes contiennent des exceptions qui concourent à la protection de l'intérêt général. Désormais, les secrets d'affaires impliqués dans une procédure d'arbitrage peuvent être divulgués s'il y a une enquête policière. L'affaire Tapie présentement en cours est une parfaite illustration du danger que courent les secrets d'affaires impliqués dans une procédure d'arbitrage. Ces derniers pourraient être divulgués pour les besoins de la bonne administration de la justice étatique.

La liberté d'expression est aussi protégée surtout pour les lanceurs d'alerte qui ne peuvent pas être tenus au secret. La protection de l'intérêt général et la protection des intérêts légitimes peuvent justifier une atteinte aux secrets d'affaires impliqués dans un arbitrage.

Il paraît de plus en plus difficile aujourd'hui de maintenir une protection effective des secrets d'affaires dans une procédure arbitrale.

- 338.** Le traitement du principe de la confidentialité en arbitrage commercial, tant par la jurisprudence, les règlements des institutions internationales, et les lois portant sur l'arbitrage international, démontre à suffisance les difficultés de formulation d'une définition conventionnelle du principe. En face d'un nombre très élevé d'exceptions qui sont d'ailleurs difficiles à cerner, la protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires se révèle être quasi-impossible. La non-conceptualisation du principe de confidentialité en arbitrage international a de sérieuses conséquences sur l'organisation de la protection des informations confidentielles.

§2- Les conséquences de l'absence de conceptualisation du principe de confidentialité

- 339.** La non-conceptualisation du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial a des conséquences qui vont au-delà de l'existence d'un nombre illimité d'exceptions, qui d'ailleurs, sont la conséquence directe de la non-délimitation de la portée du principe de la confidentialité. Il est toujours difficile de cerner avec exactitude les frontières du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international ; tant les solutions des cours et règlements internationaux d'arbitrage sont hétérogènes (A).

Un autre aspect de la difficulté que pose la non- délimitation de la portée du principe de la confidentialité en arbitrage commercial tient à l'inexistence dans les règlements internationaux de l'arbitrage et dans la jurisprudence, d'une harmonie dans l'application du principe vis-à-vis des acteurs durant un arbitrage (B).

A. La non-délimitation de la portée du principe de confidentialité

340. Le débat sur l'étendue (portée) de la confidentialité en arbitrage commercial est loin d'être clos⁵⁰⁴. Toute discussion sur la portée de la confidentialité couvre trois domaines selon certains auteurs⁵⁰⁵. L'une des questions qui pourrait se poser en termes de portée de la confidentialité est de savoir si celle-ci couvre uniquement les informations et matériels utilisés durant la procédure arbitrale ou si elle couvre aussi l'information sur l'existence même de la procédure arbitrale. La question ne se pose pas avec trop d'acuité par rapport à la première partie de notre question; la réponse va de soi.

Pour la deuxième partie qui porte sur l'information relative à l'existence même de l'arbitrage, on relève des positions qui sont pour et certaines qui sont contre. Chaque position venant avec ses justifications. I. M. SMEUREANU⁵⁰⁶ estime que, pour bien étudier cette question en matière arbitrale internationale, il est important de procéder à une évaluation des positions des règlements arbitraux nationaux de l'arbitrage, d'une part, mais aussi, d'autre part, celle de la jurisprudence nationale qui relève du contentieux arbitral. Elle justifie sa position par le fait que ce sont les solutions obtenues au niveau des juridictions internes des Etats qui plus tard, se retrouvent intégrées dans les règlements arbitraux internationaux.

341. Le recours à l'arbitrage comme méthode de résolution de conflit, comme souligné, vient du désir des parties d'avoir entre autres une procédure privée et confidentielle. Le désir d'arbitrer leur litige⁵⁰⁷ dans certains cas leur impose l'obligation de ne pas divulguer le contenu de la sentence issue de la procédure arbitrale. Il semble exister, lorsqu'il est admis qu'une clause de confidentialité lie les parties, un consensus général au niveau des cours nationales et des règlements arbitraux internationaux au sujet de cette obligation. Cependant, la question de sa portée n'a jamais été à notre connaissance traitée par les cours nationales.

⁵⁰⁴ I. M. SME UREANU *Confidentiality in International commercial arbitration*, 2011, p. 105.

⁵⁰⁵ *Idem*

⁵⁰⁶ *Idem*.

⁵⁰⁷ Si c'est une juridiction arbitrale qui est dans la logique de la jurisprudence *Ali Shipping*, elles [les parties] ne sont pas tenues d'inclure dans la convention arbitrale une clause de confidentialité ; si c'est une juridiction arbitrale qui suit la jurisprudence *Esso c. Plowman*, pour que les informations échangées soient soumises à un principe de confidentialité, les parties doivent contracter pour cela.

342. Il y a, d'une part, plusieurs lois nationales⁵⁰⁸ qui exigent des sociétés qui sont parties à un arbitrage de communiquer des événements ou informations qui affectent l'activité sociétale à des personnes tierces comme les banques, les assurances, les comptables, les actionnaires, et autres. Parmi ces événements ou informations, est mentionnée la sentence arbitrale. D'autre part, les parties à une procédure arbitrale initient des actions, soit pour récuser l'arbitre soit pour contester la juridiction du tribunal arbitral ; des actions pour empêcher l'autre partie ou un tiers de divulguer les informations confidentielles, soit pour obtenir des informations de l'autre partie ou d'un tiers ou dans le cadre de l'*exéquatur* ou d'un arbitrage subséquent etc.
343. Le droit français apporte une autre complexité à la question de la portée *ratione materiae* et *ratione personae* en introduction une neutralité vis -à-vis de la confidentialité dans le droit de l'arbitrage international en France. En décidant dans son décret du 13 janvier 2011 de ne point se positionner par rapport à la question de la confidentialité en arbitrage international, le droit français ne semble pas donner des repères pour une certaine délimitation de la portée dans la protection des informations confidentielles et ou des secrets d'affaires⁵⁰⁹. Certains auteurs tirant conséquence de cette neutralité dans le droit de l'arbitrage français ont considéré que, désormais, en matière internationale la confidentialité ne s'impose à l'arbitre que si elle est exigée par les parties⁵¹⁰. En droit interne français, l'obligation perdure tout au long de l'arbitrage et après le prononcé de la sentence⁵¹¹.
- Ces diverses actions et positions rendent quasi-impossibles les tentatives de délimitation de la portée du principe de la confidentialité. Une cour anglaise⁵¹² a retenu que l'idée de maintenir,

⁵⁰⁸ Article 36.4 (c) and (d) :

« (c) seek legal, accounting, or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors, or lenders, provided that in each case the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information; or

(d) comply with the order of a court of competent jurisdiction, or the law of any State which is binding on the Party making the disclosure. », nziac international arbitration rules, October 2016, p. 37.

⁵⁰⁹ Heureusement que la loi française du 30 juillet 2018 portant protection du secret d'affaires vient à la rescousse si les parties décident de se placer sous le droit positif français. Cette loi n'étant pas directement applicable à l'arbitrage international.

⁵¹⁰ V. J. BEGUIN, J. ORTSCHIEDT et CH. SERAGLINI, « Un second souffle pour l'arbitrage-Arbitrage international-A propos du décret du 13 janvier 2011 », JCP G 2011, 467, n° 467 ; E. GAILLARD et P. de LAPASSE, « Commentaire analytique du décret portant réforme du droit français de l'arbitrage », cah. Arb. 2011, p. 263, spéc. n° 106.

⁵¹¹ Th. CLAY, *L'arbitre*, Dallos, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2001, n° 773.

⁵¹² “*Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow v. Bankers Trust* “[t]her can [...] be no breach of duty in disclosing the fact of commencement of arbitration, the existence of an arbitration or the result of that arbitration where there is any legitimate reason not to do so” [2003] EWHC 1377; [2004] EWHCA Civ. 314.

dans une pareille réalité, une exigence de confidentialité vis-à-vis de l'existence de l'arbitrage semble être une utopie (*Arbitration can no longer exist in absolute isolation*)⁵¹³.

344. La confidentialité portant sur l'existence de l'arbitrage semble faire moins de débat parmi les praticiens et universitaires. Pour I. M. SMEUREANU⁵¹⁴, la question relative à l'existence d'une confidentialité qui porte sur le déroulement de la procédure arbitrale, c'est-à-dire l'aspect procédural et matériel est celle qui est d'actualité. Elle estime que plusieurs cours ont été confrontées à la question de savoir si l'obligation de confidentialité survit à une procédure subséquente ou à une action parallèle devant une cour étatique. La position des cours anglaises⁵¹⁵, plusieurs fois réaffirmée dans les précédents, est que la confidentialité est inhérente à la convention arbitrale et elle doit de ce fait couvrir les informations même après la reddition de la sentence⁵¹⁶. Cette position justifie l'accès limité aux informations confidentielles dans la pratique arbitrale anglaise.
345. I. M. SMEUREANU soutient, par ailleurs, que le fait que la portée de la confidentialité s'étende oui ou non aux matériels utilisés dans la procédure arbitrale dépend largement des circonstances de chaque cas. Les circonstances sont l'accord de volonté des parties et l'importance que les cours nationales donnent à la confidentialité dans l'arbitrage au sein de leurs juridictions. Par conséquent, les solutions adoptées par les cours à travers le monde varient (*whether confidentiality extends to the materials used in the course of arbitral proceedings largely varies with the circumstances of each case, including but not limited to the agreement of the parties to the arbitration, and ultimately depends on the importance that the local Court attach to confidentiality in arbitration*)⁵¹⁷.
346. L'arrêt *Dolling-Baker* des cours anglaises est la première décision qui donne une idée des éléments qui peuvent être couverts par la confidentialité durant une procédure arbitrale. Bien que la cour n'ait pas voulu donner une indication sur la portée (*étendue*) de l'obligation de

⁵¹³ *Idem*.

⁵¹⁴ I. M. SME UREANU, *Confidentiality in International commercial arbitration*, Op. Cit. note 507, p 158.

⁵¹⁵ *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir* [1997] APP. L.R. 12/19, Arbitration, Practice & Procedure Law Reports. Typeset by NADR. Dolling-Baker; OP. Cit. note 36, P. 105.

⁵¹⁶ *Idem*.

⁵¹⁷ I. M. SEMEUREANU Confidentiality in International Commercial Arbitration, , Op. Cit.

confidentialité (*the Court did not ...to give a precise définition of the extent of the obligation*)⁵¹⁸, il est mentionné dans cet arrêt que tous les documents utilisés, apprêtés ou produits dans l'optique ou durant un arbitrage sont confidentiels ; également les minutes, les notes, les mémoires, preuves ou sentences et toutes les preuves obtenues d'un témoin (*all documents prepare for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award*)⁵¹⁹.

347. L'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Mew*⁵²⁰ s'est largement inspiré de l'arrêt *Dolling-Baker* en retenant que la procédure arbitrale contient une obligation de confidentialité implicite. Dans cet arrêt, le juge Colman⁵²¹ exprimant la position de la majorité, a relevé que le caractère privé de la confidentialité doit s'étendre aux documents qui ont été créés à l'occasion de l'audience arbitrale. Il a cité comme exemples les plus importants: les preuves (*...in principle extend to documents which are created for the purpose of that hearings*). Pour lui, les divulguer à une personne tierce équivaudrait à lui donner accès à la salle d'audience. Dans cette même lancée, il a estimé que vu l'importance des preuves obtenues des témoins, celles-ci aussi doivent être couvertes par le principe de la confidentialité, de même que les mémoires.

348. Bien que l'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Meh* se soit inspiré de l'arrêt *Dolling-Baker*, on a constaté au niveau de la portée de la confidentialité dans les deux arrêts qu'il n'y a pas une symétrie parfaite. L'arrêt *Dolling-Baker* couvre «.. tous documents utilisés, après ou produits dans l'optique ou durant un arbitrage est confidentiel ; ou les minutes, les notes, preuves, ou sentences et toutes preuves obtenues d'un témoin ». Par contre l'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Meh* soutient qu'en principe, il faut réduire le principe de confidentialité aux documents qui ont été créés pour l'audience.

Le Juge Colman dans l'arrêt *Dolling-Baker* procède plutôt par des exemples de documents couverts par la confidentialité : les notes et les preuves qui, à son sens, sont très importantes. La conception ici de la portée semble plus large. L'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Meh* vient en quelque sorte limiter la portée du principe de la confidentialité initiée par l'arrêt *Dolling-Baker* « aux documents qui ont été créés pour l'audience ».

⁵¹⁸Dolling Baker, Op. Cit. note 515; p.160.

⁵¹⁹ *Idem*.

⁵²⁰2 Lloyd's Rep. 243 (Q.B. 1993).

⁵²¹Judge Colman, Op. Cit P.note 394, p. 124.

349. La décision rendue dans l'affaire *Bulbank* a adopté une démarche différente. Dans cette dernière, les cours doivent distinguer entre les différents éléments de la procédure arbitrale. Pour elle, la divulgation des faits est bien différente de la divulgation des secrets d'affaires des parties ; la divulgation des transactions entre les parties ou l'explication des faits peut avoir plus d'importance que les informations qui portent sur l'existence d'un arbitrage ou sur les informations sur la procédure (*It is likely in many cases that the making public of information in arbitral proceedings could be viewed as a breach of the duty of good faith imposed on the parties in relation to each other. In this assessment, great importance should be attached to what kind of information is made public. Thus it is, for example, likely that information touching on the operations of the parties or its explanation of the action in the arbitration dispute may normally be regarded as more worthy of protection than information that an arbitration between the parties is in progress or information that concerns purely procedural issues of a general nature*).
350. Il transparaît clairement à l'analyse de la jurisprudence des différentes cours relativement à la portée de la confidentialité qu'elle est non identique. Ces faiblesses semblent affecter les règlements arbitraux des centres d'arbitrage également. Les règlements de bon nombre de centres et la pratique devant eux ne procurent pas une protection uniforme et effective aux informations qui sont en jeu durant une procédure arbitrale.
351. Le règlement arbitral de la CCI⁵²² ne cite pas particulièrement des documents à protéger. Il précise en son article 22. 3⁵²³ uniquement que les parties peuvent saisir le tribunal arbitral pour solliciter la confidentialité de la procédure ou de leurs secrets d'affaires. Le *Singapore International Arbitration Centre Arbitration Rules*, en son article 39.1⁵²⁴, intitulé “*matters relating to the proceedings*”, liste les éléments à garder confidentiels. Parmi eux, l'existence de la procédure, les mémoires, les preuves et autres matériels de la procédure et tous les documents divulgués par l'autre partie, la sentence issue de la procédure. Sont exclus de cette liste, les éléments déjà dans le domaine public.

⁵²²Règlement d'arbitrage règlement de médiation version, 2012.

⁵²³ Article 22.3 : 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, règlement d'arbitrage règlement de médiation version 2012.

⁵²⁴ Rule 39.1, Singapore International Arbitration Centre Arbitration Rules, 6th Edition, 1 august 2016.

352. Le *China International Economic and Trade Arbitration commission* (CIETAC), version 2012, en son article 36⁵²⁵, impose une audience privée « *in camera* » aux parties. Si les parties demandent une audience ordinaire, la décision revient aux arbitres. Le règlement impose une confidentialité absolue sur les aspects matériels et procéduraux de la procédure arbitrale. On peut noter que contrairement au règlement arbitral de la CCI qui laisse la latitude aux parties de demander l'application de la confidentialité lorsqu'elles le jugent nécessaire, dans le règlement du CIETAC, elle est imposée de manière péremptoire et unilatérale.

353. Un audit contemporain de la portée du principe de la confidentialité dans la jurisprudence ou dans les règlements arbitraux internationaux produit des solutions hétérogènes. Par exemple, chaque règlement traite les informations confidentielles à sa manière. Il couvre les informations à son choix.

Certains comme le LCIA et le CIETAC imposent une confidentialité générale sur la sentence⁵²⁶ et les matériels impliqués. Parmi ces institutions arbitrales, il faut mettre l'accent sur le CIETAC qui clairement fait de la procédure durant l'arbitrage un élément qui doit être absolument protégé. D'autres règlements comme celui de la CCI et CNUDCI ne traitent pas directement de la question de la confidentialité de la procédure elle-même.

⁵²⁵ Article 38 Confidentiality :

1. Hearings shall be held in camera. Where both parties request an open hearing, the arbitral tribunal shall make a decision.

2. Article 38 For cases heard in camera, the parties and their representatives, the arbitrators, the witnesses, the interpreters, the experts consulted by the arbitral tribunal, the appraisers appointed by the arbitral tribunal and other relevant persons shall not disclose to any outsider any substantive or procedural matters relating to the case, China International Economic and Trade Arbitration Commission CIETAC Arbitration Rules, (Revised and adopted by the China Council for the Promotion of International Trade/China Chamber of International Commerce on November 4, 2014. Effective as of January 1, 2015.)

⁵²⁶ La confidentialité dans l'arbitrage commercial international couvre également la sentence arbitrale mais aussi la phase de délibération. Dans l'arbitrage commercial, il semble exister un consensus selon lequel la phase de délibération est secrète, c'est-à-dire que la délibération est uniquement du domaine du tribunal arbitral. Il n'est ouvert ni aux parties ni au public. L'intérêt de la confidentialité durant cette phase est de garder secrètes les opinions qui pourraient être exprimées par les arbitres au moment des délibérations. Durant les délibérations, il arrive en effet que les opinions exprimées par les arbitres soient divergentes (*dissident opinion*) et qu'un membre du tribunal refuse de signer la sentence arbitrale. La situation qui pourrait, se poser si jamais une institution arbitrale se décidait à publier la position d'un arbitre qui ne se serait pas aligné sur la position de la majorité (cas de trois arbitres), est la divulgation des informations confidentielles exprimées durant la délibération du tribunal arbitral. Il y a, dans le présent cas, de forts risques que certains secrets d'affaires par exemple, exposés en détail durant la période de délibération du tribunal arbitral, deviennent publics.

354. Prise globalement, la portée de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international est difficile à définir. Sa portée dépend largement de la volonté des parties⁵²⁷. Il est pratiquement impossible de soutenir qu'il y a un accord dans le monde des praticiens et des parties sur les éléments qui pourraient être classés sous le parapluie de la confidentialité. Que ce soit dans la jurisprudence étatique relative à la question arbitrale ou dans le cadre des règlements arbitraux internationaux, les solutions sont hétérogènes. On ne saurait même dire avec exactitude, par exemple, que la portée de la confidentialité applicable à l'existence de la procédure arbitrale est catégoriquement écartée⁵²⁸. Des doutes persistent aussi sur l'application de la confidentialité à la procédure arbitrale proprement dite et également à la sentence arbitrale. Durant la procédure arbitrale, certains règlements, par exemple, soutiennent que les questions de procédure sont sous la juridiction de la confidentialité ; d'autres soutiennent le contraire, c'est-à-dire que la procédure n'est pas à protéger s'il n'y a pas un accord entre les parties sur la question. Certains règlements en outre soutiennent que le principe de la confidentialité s'étend à la sentence arbitrale. D'autres, comme le règlement *ad hoc* de la CNUDCI, sont moins exigeants sur l'application du principe de la confidentialité.

355. Il y a un important souci de prédictibilité qui se pose à l'application du principe de la confidentialité en matière d'arbitrage commercial. On n'est sûr de rien quand il s'agit d'appliquer le principe à cette matière. Ces incertitudes rencontrées au niveau de la protection des informations issues de la procédure arbitrale s'étendent à l'application de la confidentialité aux acteurs dans l'arbitrage.

B. L'ineffectivité du principe de confidentialité vis-à-vis des acteurs

356. Lorsqu'il n'existe pas de contestation possible sur l'existence de la confidentialité dans un contrat litigieux, les questions qui viennent à l'esprit sont : sur quel aspect de la procédure arbitrale porte cette confidentialité et qui sont les acteurs tenus de respecter cette confidentialité? La première question ayant été largement abordée, nous nous attèlerons à analyser la seconde. En ce qui concerne la détermination des acteurs dans l'arbitrage, des difficultés existent du fait

⁵²⁷ Cela en raison du fait que l'organisation d'une procédure arbitrale est avant tout une affaire des parties.

⁵²⁸ L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, maintient que l'information sur l'existence d'une procédure arbitrale est secrète, article 75, Caractère confidentiel de l'existence de l'arbitrage, Règlement arbitral de l'OMPI, version en vigueur du 1^{er} juin 2014.

de la non-définition ou de la non-conceptualisation du principe de la confidentialité.

357. Le principe de confidentialité ne se limite donc pas à imposer une protection générale sur les informations portant sur l'arbitrage ou issues de l'arbitrage. Il impose aussi aux acteurs qui participent à la procédure arbitrale certaines interdictions. Généralement la jurisprudence, la majorité des règlements institutionnels et la doctrine s'accordent, d'une part, à exclure⁵²⁹ toute personne tierce de l'accès aux documents, et d'autre part, à imposer sur les participants une interdiction de divulguer à moins qu'une exception s'applique⁵³⁰.
358. L'AAA, dans son article 34⁵³¹, place cette interdiction principalement sur les arbitres et administrateurs de centres d'arbitrage qui doivent garder secrets sur tous les sujets relatifs à la procédure arbitrale. L'article 36 du règlement du centre d'arbitrage et de Médiation pour les Amériques (CAMCA)⁵³² portant interdiction faite aux arbitres⁵³³ et à l'administrateur du centre de divulguer les informations est similaire à celui de l'AAA. Les deux règlements ne mentionnent nullement le cas des autres acteurs de l'arbitrage comme les témoins des parties, les conseils des parties, les experts et autres qui sont des membres actifs donc susceptibles d'avoir accès aux mêmes informations que les arbitres et les administrateurs du centre.
359. Il y a des acteurs principaux proprement dit et ceux qui sont impliqués dans la procédure en général. Cette distinction se révèle très importante pour une meilleure organisation de la protection et la sanction des violations.

Dans la démarche de ce projet, il faut entendre par acteurs dans une procédure arbitrale en cours,

⁵²⁹ ACICA Arbitration Rules incorporating the Emergency Arbitrator Provisions. 1^{er} august 2011;

⁵³⁰ Il y a des exceptions légales qui obligent une partie à l'arbitrage à fournir les informations. Ça peut être le cas d'une procédure judiciaire ou le cas d'obligation que la partie a envers l'autorité publique (cas de la SEC aux USA) ou ses partenaires (les actionnaires).

⁵³¹ Rule 34 : « Confidential information disclosed during the arbitration by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. The members of the arbitral tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or... », AAA, *International Center for Dispute Resolution, PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS INTERNATIONAUX*, in effect 1^{re} juin 2014 .

⁵³² Article 36 du Règlement du Centre d'arbitrage commercial et de médiation pour les Amériques (CAMCA) ; <http://www.intracen.org/Le-Centre-darbitrage-commercial-et-de-mediation-pour-les-Ameriques-CAMCA>. (Consulté le 20 avril 2017).

⁵³³ Au plan interne français, avec le décret du 13 janvier 2011, le principe de confidentialité n'est plus une présomption en France ; il a un fondement légal. Il s'impose au tribunal arbitral comme aux parties et sa violation est susceptible d'engager la responsabilité de tous les acteurs de l'arbitrage.

les membres du tribunal arbitral, les parties et leurs assistants. Les administrateurs des centres d'arbitrage vu leurs implications dans la procédure arbitrale, sont aussi des acteurs importants. Il faut étendre l'obligation de ces acteurs précités à leurs assistants également impliqués dans la procédure.

360. Dans une procédure arbitrale, seuls les arbitres et les conseils des parties sont soumis en principe à une obligation de confidentialité sur le fondement de la déontologie et de l'éthique inhérente à leur statut, ceci même si le règlement arbitral⁵³⁴ choisi ou l'accord des parties ne le mentionne pas⁵³⁵ que les membres du tribunal arbitral et les administrateurs du centre d'arbitrage sont soumis à une obligation de confidentialité qui leur interdit de divulguer un document confidentiel introduit par une partie ou un témoin.

361. Toutefois, généralement le principe de confidentialité s'étend à tous les acteurs impliqués dans une procédure arbitrale. Certains règlements arbitraux sont dans la même logique⁵³⁶. Il s'agit des règlements arbitraux de la CIETAC, de celui de la HKIAC, etc.

L'analyse des règlements arbitraux des institutions internationales nous apprend que l'imposition de ce principe général de confidentialité à tous les acteurs n'est qu'un vœu pieux, il est peu effectif. L'interdiction sur ce plan est fondée sur une présomption de confidentialité, sans une force coercitive.

362. Quant aux parties, elles sont soumises au principe de confidentialité, soit à travers un accord de confidentialité entre les parties, soit par l'effet du règlement arbitral choisi. Par tradition, certains pays comme la Grande Bretagne impose aux parties une obligation de confidentialité inhérente

⁵³⁴ Par exemple, l'AAA impose spécialement sur les arbitres et les administrateurs des centres une obligation de confidentialité, article 37, *International Dispute Resolution Procedures*, effective june 1, 2014. De son côté, c'est sur les membres du secrétariat de la CCI que le règlement impose une obligation générale de confidentialité, article 6 règlement d'arbitrage cci, Règlement de médiation.

⁵³⁵ "Confidential information disclosed during the arbitration by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the Administrator. Except as provided in Article 30, unless otherwise agreed by the parties or required by applicable law, the members of the arbitral tribunal and the Administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award", article 37.1.

⁵³⁶ See, e.g., ACICA Rules,-Art 18.2, the Chamber of National and International Arbitration of Milan Arbitration Rules-Art. 36, the DIS Arbitration Rules-Art. S. 43.1, the HKIAC Rules-Art. 36.1, the Rules of Arbitration of the Court of International Commercial Arbitration attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania-Art. 7 the Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce-Art. 46, the Swiss Rules of International Arbitration-Art. 43.1 and the Rule for Expedited Arbitration of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce Art. 45. Confidentiality in International Commercial Arbitration, Ileana M. Smeureanu, *Ibid.*

même en l'absence d' accord sur le principe de confidentialité dans leur contrat⁵³⁷. D'autres règlements arbitraux internationaux disposent qu' à moins d'un accord contraire, les parties sont tenues à une obligation de confidentialité⁵³⁸.

- 363.** Dans la plupart des règlements arbitraux des centres d'arbitrage internationaux, les dispositions traitant de l'obligation de confidentialité qui pèsent sur les acteurs dans une procédure arbitrale connaissent des exceptions dans leur application. L'article 37⁵³⁹ intitulé confidentialité de l'AAA dispose que les parties peuvent consentir à la divulgation. La divulgation d'information peut aussi être une conséquence d'une application de la loi. Exemple, une ordonnance du juge ou en vertu de l'application d'une règle de l'ordre public. Ceci libère donc les parties ou les autres acteurs qui peuvent, sans risque de poursuite, divulguer certaines informations.
- 364.** Le règlement du HKIAC, après avoir stipulé en son article 42.1 qu'aucune information ne peut être divulguée à moins d'un accord entre les parties, poursuit en son article 42. 3, en mentionnant les faits qui peuvent justifier la divulgation des informations protégées. Ainsi, dans l'article 42. 3 (a)⁵⁴⁰ les informations confidentielles peuvent être divulguées par leur détenteur (i) pour se protéger ou en raison d'une action pour protéger son droit ou ses intérêts ou (ii) en exécution ou en contestation d'une sentence (iii) dans une action devant une cour ou autres organes judiciaires⁵⁴¹. Ces exceptions semblent être universellement acceptées. Le droit de l'arbitrage interne français va dans ce sens. Il est ouvert au fait que, « *des obligations légales* » ou l'accord des parties permettent aux acteurs de divulguer des informations en principe protégées par

⁵³⁷ *Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, [1997] EWCA Civ 3054, Op. Cit. p. 34.

⁵³⁸ See, e g., the AAA International Rules –Art. 34, the ACICA rules –Art. 18, the CIETAC Rules-Art. 37, the CAMCA Arbitration Rules-Art. 36, the KLRCA Rules-Rule 9, the LCIA Arbitration Rules –Art.30, the SIAC Arbitration Rules-Art. 35.1, the Swiss Rules of International Arbitration-Art. 43, the WIPO Arbitration Rules-Art.73; Confidentiality in International Commercial Arbitration, Ileana M. Smeureanu, Op. Cit.

⁵³⁹ Règlement arbitrale de l'OMPI, Op. cit.

⁵⁴⁰ (a) (i) to protect or pursue a legal right or interest of the party; or(ii) to enforce or challenge the award referred to in Article 42.1;in legal proceedings before a court or other judicialauthority,l'article 42.3 (a), HKIAC rules 2013.

⁵⁴¹ (b) to any government body, regulatory body, court ortribunal where the party is obliged by law to makethe publication, disclosure or communication, l'article 42.3 (b), HKIAC rules 2013. (La divulgation est aussi obligatoire sur la base de l'article 42. 3 (b) du règlement du HKIAC lorsqu'un organe du gouvernement, un organe de régulation ou une cour ou tribunal ordonne la publication, la divulgation ou la communication d'une information. Enfin, l'article 42. 3 (c) 541 permet la divulgation à un professionnel ou conseiller des parties y compris un actuel ou éventuel témoin ou expert).

l'obligation de confidentialité⁵⁴².

365. L'exposé des obligations auxquelles sont soumis les différents acteurs dans une procédure arbitrale et celle des limites et exceptions auxquelles le principe de la confidentialité est assujéti, démontrent que la non-définition du principe de confidentialité est un handicap pour la protection des informations confidentielles et des secrets commerciaux. Il y a un véritable problème de crédibilité et de prédictibilité dans l'application du principe de confidentialité qui transparaît à tous les niveaux de cette protection. Les limites à l'interdiction de divulguer fragilisent encore plus le système de la protection.

SECTION 2 : LES OBJECTIONS A L'INTERDICTION DE DIVULGATION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

366. Il existe des divergences profondes en arbitrage commercial international sur l'origine ou la source de la confidentialité dans une procédure arbitrale⁵⁴³. Sur un autre point, bien que d'une part, les jurisprudences existantes et d'autre part, les dispositions dans certains règlements internationaux mettent à la charge des acteurs et des non-acteurs des interdictions de communiquer les informations confidentielles aux tiers, il n'y a presque pas un régime de sanction universellement connu ou une jurisprudence qui sanctionne une violation de ces interdits (§1).
367. Il est aussi admis que dans certaines circonstances, la sentence arbitrale peut exceptionnellement être rendue publique pour servir des intérêts qui sont supérieurs à ceux relatifs à l'interdiction de divulgation. C'est le cas par exemple lorsque l'intérêt de la justice est en jeu. La nécessité de publier peut aussi peser sur une partie en raison de son appartenance à une organisation ou à sa soumission à une autorité de régulation (§2).

§1 - Les divergences profondes sur le fondement du principe de confidentialité qui affaiblissent la protection des informations confidentielles

368. La divergence profonde sur le fondement de la confidentialité en jurisprudence affecte tout effort de conceptualisation de la confidentialité. Cette absence de consensus sur la matière de la

⁵⁴² Article 1464, alinéa 4, du décret du 13 janvier 2011.

⁵⁴³ Esg. In *Esso v. Plowmann*, 11-3 Arb. Int'l 273 (1995). Op. Cit. note 67 p. 21.

confidentialité en jurisprudence a profondément affecté les règlements des institutions arbitrales internationales dans leur recherche d'une protection effective et équilibrée des informations confidentielles. Certaines institutions arbitrales comme la LCIA ont adopté le principe de confidentialité sans le définir et à cela, il faut ajouter le très grand nombre d'exceptions qui sont générées par la jurisprudence.

- 369.** Les institutions arbitrales comme la CCI n'ont pas adopté la confidentialité de la procédure arbitrale dans leur règlement. Dans le règlement arbitral de la CCI, il est laissé aux arbitres, sur demande des parties, le choix d'adopter des règles de protection des informations sensibles. Il faut le reconnaître, cette divergence de point de vue sur la source de la confidentialité affecte profondément la protection des informations confidentielles en général et plus particulièrement celle des secrets d'affaires (A).
- 370.** La non-existence d'une définition conventionnelle du principe de confidentialité pose aussi le problème de la formulation de la sanction des violations. En effet, il n'y a presque pas de sanctions contre les acteurs qui violent les obligations de confidentialité en arbitrage commercial. Il n'y a presque pas de règlement arbitral international ni de décisions de justice qui traitent de la sanction de la violation d'une information confidentielle durant ou après la procédure arbitrale. Tout ceci contribue à rendre peu effective la mise en oeuvre du principe de la confidentialité durant une procédure arbitrale commerciale (B).

A. Une hétérogénéité de sources du principe de confidentialité

- 371.** L'histoire du fondement du principe de confidentialité en arbitrage commercial a été fortement marquée par deux principaux arrêts : l'arrêt *Ali Shipping* de la cour d'appel britannique de 1999 et l'arrêt *Esso v. Plowman* de la High Court of Australia de 1995. Chacun de ces deux arrêts en ce qui le concerne a influencé la mise en oeuvre du principe de la confidentialité en arbitrage international. Depuis l'arrêt *Esso* de la High Court australienne, l'existence de confidentialité entre les parties en un arbitrage ne peut plus être présumée au niveau international. Les parties averties⁵⁴⁴ qui assumaient que le principe existe même si le contrat ne prévoyait pas une clause de confidentialité, se sont retrouvées face à une autre réalité.

⁵⁴⁴ BROWN Alexis C. "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International commercial Arbitration", *American University International Law Review*, 16, n° 4 (2001), 969-1025.

372. Pendant longtemps les universitaires et praticiens ont soutenu que le principe de confidentialité avait son origine dans la convention d'arbitrage⁵⁴⁵. En Grande Bretagne, la jurisprudence constante devant les cours et les institutions arbitrales était fondée sur l'idée que le principe de confidentialité existait implicitement même s'il n'est pas mentionné dans le contrat entre les parties⁵⁴⁶. La position britannique se fonde, d'une part, sur les décisions de ses juridictions, d'autre part, sur un motif d'efficacité d'affaires (*business efficacy*)⁵⁴⁷ et sur un fondement légal (*as a matter of law*)⁵⁴⁸. Ces deux principes ont été développés par la jurisprudence.
373. L'arrêt *Ali*⁵⁴⁹ marque une étape importante dans la justification de la position traditionnelle des cours britanniques sur l'existence inhérente de la confidentialité dans l'arbitrage. Il est venu donner un fondement juridique en retenant que cette existence inhérente a un fondement juridique (*as matter of law*) : “*It seems to me that, in holding as matter of principle that the obligation of confidentiality (whatever its precise limits) arises as an essential corollary of the privacy of arbitration proceedings, the Courts are propounding a term which arises ‘as the nature of the contract itself implicitly requires’...a clear distinction is to be drawn between the search for an implied term necessary to give business efficacy to a particular contract and the search, based on wider consideration incident of a definable category to contractual relationship. In my view an arbitration clause is a good exemple of latter type of implied term*”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁵ Voir Paul D. Friedland, *arbitration for international contracts* (Juris Publishing, 200) at 76; Julian D.M. Lew, Loukas A. Mistelis & Stefan Kroll, *comparative international commercial arbitration* (Kluwer Law International 2003) at 177; see also Expert Report of Dr. Julian D. M. Lew in *Eso v Plowman*,; Trackman, confidentiality in International Commercial Arbitration, 18-1 Arb. Int'l 1-18 (2002).

⁵⁴⁶ L'arrêt *Ali shipping* est considéré comme un arrêt de principe dans l'affirmation du caractère inhérent du principe de confidentialité en arbitrage commercial international. Dans cet arrêt, les juges britanniques ont réaffirmé la position dans l'arrêt *Dolling-Baker*. Pour la jurisprudence britannique, il y a une obligation implicite de confidentialité dans l'arbitrage commercial international. Elle soutient également que la confidentialité est une conséquence du caractère essentiellement privé de l'arbitrage (There is an implied obligation of confidentiality in international arbitration and that confidentiality is a necessary incident to ‘the essentially private nature of arbitration’).

⁵⁴⁷ I. M. SMEUREANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Op. Cit. note 507, p. 158.

⁵⁴⁸ *Idem*.

⁵⁴⁹ *Op. Cit.* p. 34.

⁵⁵⁰ Lloyd's Rep. at 651,), Cited by Brown Alexis C. “Presumption Meets Reality : An exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration; Law Review 16, n°. 4 (2001): 969-1025.

374. Certains auteurs dont *Brown Alexis C.*⁵⁵¹, ont vu dans cette décision de la cour d'appel britannique rendue en 1997 une réponse à la décision *Esso Australia Resources v. Plowman (Esso)*⁵⁵² de 1995, qui a dévié de la position traditionnelle britannique, considérée comme le « *droit commun applicable* » au principe de confidentialité et qui était largement acceptée par les praticiens du monde entier, les tribunaux arbitraux internationaux et la doctrine dominante. Certains auteurs comme Fortier n'ont pas hésité à qualifier la décision Esso venant de l'Australie de *tsunami*⁵⁵³, qui a échoué sur les plages du monde entier.
375. L'arrêt *Esso* est venu rompre une tradition internationale, une présomption largement acceptée par la pratique arbitrale dans la mise en œuvre du principe de confidentialité. L'arrêt *Esso* a annoncé que le caractère privé de la procédure arbitrale est distinct de la confidentialité qui n'était pas un élément essentiel (*essential attribute*)⁵⁵⁴ de la procédure arbitrale. Pour la cour dans l'affaire *Esso*, les parties à une procédure arbitrale ne peuvent plus s'attendre à ce que la procédure arbitrale demeure protégée par un parapluie de confidentialité (*umbrella of confidentiality*)⁵⁵⁵.
376. En 1999, la cour d'appel suédoise a infirmé une décision de la cour de Stockholm dans l'affaire *Finance Inc. V. Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. (Bulbank)*⁵⁵⁶. La Cour de Stockholm a sanctionné *A.I. Trade Finance Inc. (AIT)* pour avoir publié une sentence arbitrale⁵⁵⁷. Elle a rejeté l'idée que le principe de confidentialité a un fondement juridique, soutenant plutôt que le principe de confidentialité est fondé sur une « *obligation de loyauté* »; (...*the Court of Appeal rejected the principle that a duty of confidentiality is implied –in-law and instead formulated a new 'duty of loyalty' doctrine*).
377. Le droit français de l'arbitrage a longtemps été fondé, pendant plusieurs décennies sur des

⁵⁵¹ *Idem*.

⁵⁵² 128 A.L.R. 391 (1995).

⁵⁵³ Editorial, 11 ARB. INT'L 3, 231 (1995) ([Esso] is a dramatic decision with significant far beyond the shores of Australia. »).

⁵⁵⁴ 128 A. L. R. at 401.

⁵⁵⁵ 11 ARB. INT'L 3, 231. La décision Esso a introduit un doute sur l'existence par principe d'une confidentialité en arbitrage commercial international.

⁵⁵⁶ Case N. Y 1092-98, Svea Court of Appeal, 14 MEALEY'S INT'L ARB. REP. 4. A1 (1999).

⁵⁵⁷ La décision de la ville de Stockholm a été jugée « extrême » par la *High Court* Suédoise. Voir C. Partasides, Bas News from Stockholm : Bulbank and confidentiality ad absurdum, MEASLEY'S INT'L ARB. REP. (1998); also see Fortier, at 137 « At the very least, it should stand as a warning to all those involved in international ventures where disputes are to be resolved by arbitration »).

solutions d'origine jurisprudentielle⁵⁵⁸. La version du code de procédure civil de 1806 ne contenait que quelques rares dispositions (art. 1003 à 1028) qui traitaient de l'arbitrage interne. Quant à l'arbitrage international français, il a été progressivement développé par la jurisprudence. Ceci a été fait sur de nombreux points en se détachant des solutions apportées par l'arbitrage interne. Ceci se constate également aujourd'hui avec le choix des promoteurs qui ont préféré un régime arbitral dualiste. Un consacre le principe de confidentialité (arbitrage interne) et l'autre (arbitrage international). Le choix de la neutralité par ce dernier a créé une incertitude au sein de la pratique internationale de l'arbitrage français sur la mise en oeuvre du principe de la confidentialité. Si elle existe en droit français de l'arbitrage international, on ne saurait dire quelle est sa source. Il reviendrait donc à la chercher dans la volonté des parties.

- 378.** Il paraît clair à ce point que les parties, les acteurs de l'arbitrage commercial ne sont pas à l'abri de surprises et de déceptions lorsqu'ils décident, de manière implicite ou explicite, de protéger leurs secrets d'affaires à travers le droit commun de la confidentialité en arbitrage commercial. La protection des informations confidentielles dans la procédure arbitrale du commerce international s'apparente de ce fait à un système à géométrie variable.
- 379.** La divergence des sources de l'obligation de confidentialité a influencé la rédaction des règlements au niveau des centres internationaux d'arbitrage. Il y a certaines institutions, comme la Chambre de Commerce International, qui ne prescrivent pas directement la confidentialité entre les parties. Les parties peuvent la (confidentialité) solliciter des arbitres si elles le désirent. Cette divergence relativement aux sources de l'obligation de confidentialité au niveau des cours et au niveau des règlements arbitraux des centres d'arbitrage pose un sérieux problème de protection des informations confidentielles en général et surtout des secrets d'affaires lorsqu'on sait que ces derniers existent et détiennent leur valeur marchande et économique du seul fait qu'ils sont secrets.
- 380.** La divergence au niveau des sources du principe de la confidentialité constitue une barrière pour la mise en place d'un régime effectif de protection des informations au niveau international. Aujourd'hui, il est difficile de prédire comment un tribunal qui se retrouve en présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas accompagnée d'une clause de confidentialité, procèdera pour protéger des informations confidentielles. L'improvisation, semble être la voie ouverte aux

⁵⁵⁸ Ph. FOUCARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 131 et s. p. 73.

arbitres. Le cas de la CCI en est un exemple. Dans ce schéma, sans guide, les arbitres improvisent les méthodes de protection. A cela, il faut ajouter la quasi-inexistence de sanctions à la violation du principe.

B. La quasi-inexistence d'un régime de sanction des violations de l'obligation de confidentialité sur le plan international

381. L'importance de la confidentialité n'est plus à démontrer dans la pratique des affaires. Les sociétés ont besoin, pour leur prospérité, de détenir des informations confidentielles qu'elles ne peuvent divulguer sans risque de perte de leurs avantages économiques. Ceci ne saurait être source de débat. L'importance de la confidentialité en général et surtout du besoin de protéger des secrets commerciaux en particulier a amené très tôt certains Etats⁵⁵⁹ à adopter des lois de protection des secrets d'affaires⁵⁶⁰. Les Etats-Unis sont passés champions dans la protection des secrets d'affaires⁵⁶¹.
382. Au niveau de l'Europe, face aux différences choquantes et contradictoires des législations nationales qui fragilisaient la protection des informations confidentielles au niveau des Etats membres, l'UE a senti depuis un moment le besoin d'adopter une directive pour créer un régime protecteur commun à tous les Etats membres. C'est aujourd'hui chose faite depuis le 8 juin 2016⁵⁶².
383. Pour plusieurs parties, la protection de leurs informations confidentielles est la principale raison

⁵⁵⁹ "The Uniform Trade Secrets Act ("UTSA") is a piece of legislation created by the Uniform Law Commission (ULC), a non-profit organization. The USTA defines trade secrets and describes claims related to trade secrets. To date, 47 states and the District of Columbia have adopted the UTSA. Click [HERE](#) for an example of the USTA, as adopted by Florida's legislature", https://www.law.cornell.edu/wex/trade_secret, consulté le 15-08-2018.

⁵⁶⁰ Us Chamber of Commerce, « The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets In Trans-Pacific-Partnership (TPP) Agreement Act », Op. Cit. P. 11.

⁵⁶¹ Aux Etats-Unis d'Amérique, aujourd'hui près de 47 Etats de la fédération américaine et la capitale fédérale, Washington DC, ont adopté l'UTSA. Pour le reste des Etats fédérés qui n'ont pas adopté l'UTSA, ils utilisent le *Restatement first of the Torts* de 1939 dont la définition des secrets commerciaux se trouve dans les annotations de sa section 757⁵⁶¹. L'action du législateur américain ne s'est pas arrêtée à cette législation au niveau des Etats. En 1996, le congrès américain a voté « *The Economic Espionage Act* » (EEA) dans lequel la définition des secrets d'affaires est plus étendue que celle dans l'UTSA et du « *Restatement of Torts* » de 1939. De son côté, la *US Chamber of Commerce* a introduit une contribution intitulée « *The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets In Trans-Pacific-Partnership (TPP) Agreement Act* » pour exhorter les futurs membres de cette organisation à venir à prendre des mesures dissuasives pour décourager les atteintes aux secrets commerciaux sur leurs territoires.

⁵⁶² Résolution législative du parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du parlement européen et du conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (procédure législative ordinaire : première lecture), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0131+0+DOC+XML+V0//FR>. (Consulté le 22-12-16).

du choix d'une procédure confidentielle de résolution des litiges. Cette importance s'illustre dans certaines décisions des tribunaux étatiques⁵⁶³ consacrant la confidentialité des documents issus d'une procédure arbitrale ou même certains aspects de la procédure arbitrale.

Toutefois, il n'y a presque pas de décision sanctionnant les violations des interdits. Dans les règlements, les interdictions sont plus des vœux puisqu'aucun système de sanction n'existe. Selon le Professeur E. GAILLARD⁵⁶⁴, la pratique montre que, bien souvent, une simple présomption de confidentialité n'est d'aucune utilité. Il poursuit en posant la question selon laquelle si une partie parle à la presse d'un arbitrage en cours, quelle sera la sanction. Il ne se passera rien du tout de son point de vue. Pour lui, c'est une fausse protection de se reposer sur la présomption que l'arbitrage est par nature confidentielle⁵⁶⁵. Pour le Professeur Y. DERAIS : « *Les moyens à la disposition des arbitres pour faire cesser les [violations] sont peut efficaces car leurs décisions ne seront probablement pas respectées* »⁵⁶⁶. En matière internationale, la confidentialité ne s'impose toujours pas et, surtout, n'est pas toujours susceptible d'être sanctionnée de manière adéquate par le tribunal arbitral⁵⁶⁷. On sait que lorsqu'une interdiction n'est pas garantie par une sanction, son respect par les usagers n'est pas toujours de mise. Selon un proverbe français : « *La peur du gendarme est le début de la sagesse* ». Une règle qui n'est pas assortie d'une sanction s'apparente plus à une règle morale qu'on respecte par volonté. C'est le cas dans lequel on se retrouve avec les règlements des centres arbitraux internationaux qui dictent des interdictions sans les assortir de sanctions.

384. Au plan jurisprudentiel, la cour suprême de Suède envisage en l'espèce, comme seule sanction à une violation du principe de confidentialité en procédure arbitrale, l'allocation de dommages et intérêts et exclut l'annulation de la sentence. Cette position paraît plus généralement admise au plan international⁵⁶⁸. La France, avant l'entrée en vigueur du décret du 13 janvier 2011, a rendu

⁵⁶³ L'importance de la protection des informations confidentielles peut être déduite des arrêts Dolling-Baker, Ali Shipping qui ont insisté sur le caractère quasi absolu du principe de la confidentialité en arbitrage commercial international.

⁵⁶⁴ E. GAILLARD, « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, préc.

⁵⁶⁵ *Idem*.

⁵⁶⁶ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Op. Cit., note 71, p. 22.

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ <http://blogs.u-paris10.fr/content/adieu-%C3%A0-la-confidentialit%C3%A9-de-la-proc%C3%A9dure-arbitrale-par-lorene-delsaut-0>. (Consulté le 15-12-16).

des arrêts qui évoluaient dans le même sens⁵⁶⁹. Seule la violation plus spécifique du secret du délibéré peut éventuellement entraîner en France un recours en annulation contre la sentence ou pendant l'instance, une procédure de récusation⁵⁷⁰.

385. Cette quasi- inexistence de sanctions de la violation des règles du principe de la confidentialité dans la procédure arbitrale pose un sérieux souci par rapport à la protection. Devant cette inexistence de sanctions, en cas de violation de la confidentialité, des questions légitimes se posent. Que fera une partie qui retrouve ses informations confidentielles ou ses secrets d'affaires produits durant une procédure arbitrale dans les mains du concurrent en raison d'une divulgation illicite? Quelle est la réparation lorsqu'aucune sanction n'est prévue ?

§2 - La divulgation des sentences arbitrales internationales : une exception au principe général de confidentialité attentatoire au régime de la protection des secrets d'affaires

386. La procédure arbitrale s'entend d'une démarche qui consiste à soumettre à une juridiction privée, la résolution d'un litige né entre des parties. Souvent, ce choix de juridiction est fait pour placer la procédure arbitrale loin des yeux du public et permettre aux parties de résoudre en privé le différend qui les oppose. Le droit positif ⁵⁷¹n'a toujours pas donné une idée de ce qu'il faut entendre par le concept d'arbitrage⁵⁷². La justification profonde de la préférence d'une procédure arbitrale en lieu et place d'une juridiction étatique est que la première protège les informations confidentielles et les secrets des parties qui peuvent être partagés ou qui peuvent se retrouver dans la sentence arbitrale rendue. Comme on le sait, la justice d'Etat étant rendue au nom du peuple, les décisions de celle-ci sont logiquement rendues publiques.
387. L'un des documents issus de la procédure arbitrale qui pourrait contenir des informations sensibles pour les parties est la sentence arbitrale⁵⁷³. Document de procédure, il contient les

⁵⁶⁹ Cour d'Appel de Paris, 18 fév. Op. Cit.note 362. p. 118.

⁵⁷⁰ Philippe Guez dans MBDE / Arbitrage et ADR, « Adieu à la confidentialité de la procédure arbitrale ? », <https://blogs.parisnanterre.fr/content/adieu-%C3%A0-la-confidentialit%C3%A9-de-la-proc%C3%A9dure-arbitrale-par-lorene-delsaut-0>, (Consulté le 20-avril 2016).

⁵⁷¹ F. J. POUDRET, S. BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, n° 1, p.1.

⁵⁷² Il y a une exception connue, l'article 1er de la loi mauritanienne portant Code de l'arbitrage (n° 2000-06) stipule que « *L'arbitrage est un procédé privé de règlement de certaines catégories de contestations par un tribunal arbitral auquel les parties confient la mission de les juger en vertu d'une convention d'arbitrage* » *Rev. arb.* 2001, p. 935

⁵⁷³ Article 47, la sentence, règlement arbitral, Convention et règlement du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements, avril 2006, p. 122.

informations sur les parties, résumé de l'affaire tranchée, exposé des faits tels qu'ils sont établis par le tribunal arbitral, les motivations de la décision et le dispositif auquel le tribunal arbitral est arrivé.

388. En principe, la sentence arbitrale est interdite de publication par la plupart des règlements arbitraux des institutions internationales qui traitent des litiges se rapportant au droit commercial international, mais aussi par les décisions de justice des juridictions étatiques qui se sont penchées sur la question. Mais force est de constater que les situations dans lesquelles la sentence arbitrale est divulguée devant les juridictions étatiques sont nombreuses. Bien qu'il ne soit pas contesté le fait que les juridictions arbitrales aient le pouvoir sur les procédures entamées devant elles, il est une réalité, les arbitres n'ont pas l'imperium et le pouvoir de contraindre les parties à respecter leur décision. Ceci explique parfois que les parties saisissent les cours pour voir dire le droit sur certains aspects de la procédure arbitrale ou sur la validité de la sentence arbitrale⁵⁷⁴ (A).

389. Il est donc un fait que, sur la base des cas légion de divulgation, la sentence arbitrale pourrait difficilement être totalement protégée du regard des tiers. Il en va ainsi aussi des informations contenues dans la sentence arbitrale. La sentence arbitrale contient des informations relatives à l'affaire tranchée⁵⁷⁵. Ces informations peuvent être confidentielles ou secrètes et importantes pour les intérêts des parties. Elles sont justement celles que les parties veulent garder loin des yeux des tiers. Cela va sans dire que leur divulgation à travers la publication de la sentence arbitrale peut être source de pertes énormes pour la partie à laquelle elles appartiennent. La publication des sentences arbitrales est donc un risque pour la protection (B).

A. La publication des sentences arbitrales

390. La sentence arbitrale est en général soumise au principe de la confidentialité. L'article 30 de la *London Court of International Arbitration* prescrit la protection de la sentence arbitrale. La HKIAC, dans sa version 2013, le LCIA, en sa version 2014 et le SCC, en sa version 2013,

⁵⁷⁴ Il y a d'autres raisons qui justifient la divulgation de la sentence par les parties. Des obligations qui pèsent sur les parties par exemple dans le cas où elles sont obligées par la régulation en vigueur dans leur juridiction d'informer les organes de régulation de certains secteurs comme les groupes d'actionnaires, les compagnies d'assurance, les organes de régulation du marché boursier ou tout simplement lorsque des obligations judiciaires ou les règlements arbitraux obligent les parties à divulguer le contenu de la sentence.

⁵⁷⁵ *Ibd.*

respectivement dans leur article 42⁵⁷⁶, 30⁵⁷⁷, 46⁵⁷⁸ citent également la sentence arbitrale comme un document à protéger. D'autres règlements, comme celui de la CNUDCI, en son article 34. 5⁵⁷⁹ disposent que la sentence peut être publiée dans des circonstances limitées.

391. Une certaine doctrine⁵⁸⁰ soutient que la divulgation de la sentence arbitrale est d'une part, importante pour la promotion de l'arbitrage international et d'autre part, avantageuse sur le plan éducatif en raison de l'importance du raisonnement contenu. Par conséquent, une divulgation est très souhaitée par certains et très encouragée⁵⁸¹ par d'autres. Une autre doctrine soutient que la publication des sentences arbitrales peut permettre d'établir une jurisprudence arbitrale. Cependant, l'idée même de créer une jurisprudence arbitrale⁵⁸² en publiant les sentences arbitrales n'est pas en concordance avec le principe même de la confidentialité en arbitrage qui procède de l'idée que les informations issues d'une procédure arbitrale sont confidentielles. C'est ce que soutient I. M. SMEUREANU⁵⁸³, auteur du livre « *Confidentiality in International Commercial Arbitration* ». R. H. Smith⁵⁸⁴ auteur des notes de colloque présentées au 20ème Joint AAA/ICC/ICSID Colloquium on International Arbitration (Washington, DC, nov. 14, 2003), va dans le même sens et soutient que : « *Un certain nombre d'auteurs estiment que la divulgation des sentences arbitrales n'est pas en harmonie avec le caractère privé de l'arbitrage* ». Pourtant, il existe dans la pratique de l'arbitrage commercial et dans les règlements arbitraux plusieurs situations dans lesquelles la publication de la sentence arbitrale est autorisée comme nous l'avons souligné.

⁵⁷⁶ 'Awards and any information about the arbitration, disclosure permitted in limited circumstances' Article 42 HKIA rules 2013.

⁵⁷⁷ 'Awards and any materials in proceedings, disclosure permitted in limited circumstances', Article 30, LCIA version v 2014.

⁵⁷⁸ 'SCC and tribunal maintain confidentiality of arbitration and award, unless otherwise agreed by parties', Article 46 SCC, rules 2010.

⁵⁷⁹ 'Award may be made public in limited circumstances' Article 34. 5, CNUDCI ad hoc rules 2013.

⁵⁸⁰ J. TOWNSEND, "Why Not publish Arbitration Awards" Paper presented at IBA San Francisco Conference (september, 16, 2003)

⁵⁸¹ Colin YC Ong, at 175-176 See also, Anjanette H, Raymond, Confidentiality in a Forum of Last Resort: "Is the Use of Confidential Arbitration A Good Idea for Business and Society?" 16 Am. Rev. Int'l Arb. 479, 510 (2005).

⁵⁸² Black law dictionary (West Group, 7th ed. 1999) at 1195.

⁵⁸³ I. M. SMEUREANU Op. Cit. p. 21.

⁵⁸⁴ 'SMITH raises the interesting arguments that the recent call for greater publicity of arbitral awards has come principally from common law countries, most notably from US. The call was inspired by the common law concepts of public access to courts, the role of courts in developing law and the connected need to publish decisions in order to develop law.' R. H. SMITH, *A Case against the Publication of International Arbitration Awards, the Identity of the Arbitrators, and Dissents*, paper presented at the 20th Joint AAA/ICC/ICSID Colloquium on International Arbitration (Washington, DC, nov. 14, 2003).

392. Les institutions arbitrales ne traitent pas de la question de la confidentialité et de la divulgation des informations dans l'arbitrage commercial de la même manière. Toutes les institutions arbitrales ne reconnaissent pas l'existence de la confidentialité. Pour celles qui l'ont mentionnée, la plupart de leurs règlements stipulent que la sentence arbitrale est confidentielle à moins que les parties s'accordent autrement.

D'autres règlements conditionnent la divulgation au consentement des parties⁵⁸⁵. C'est le cas du règlement de la CNUDCI portant sur l'arbitrage, qui en son article 35 al. 5 dispose que : « *La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ; ...* ».

D'autres institutions arbitrales internationales publient la sentence arbitrale avec l'accord explicite des arbitres ou de l'institution arbitrale et des parties⁵⁸⁶. Certaines n'exigent aucun accord sur la publication de la sentence arbitrale. La seule obligation est que la sentence soit retouchée pour dissimuler certaines informations sensibles aux parties avant toute publication. C'est le cas de l'article 30 al 3 de l'AAA qui dispose que : « *... unless otherwise agreed by the parties, may publish selected awards, orders, decisions, and rulings that have been edited to conceal the names of the parties and other identifying details* »⁵⁸⁷.

Par ailleurs, certains règlements sont demeurés silencieux sur le point de savoir si la sentence arbitrale est confidentielle ou pas. Ce silence a été interprété comme signifiant qu'en l'absence d'accord contraire entre les parties, celles-ci sont libres de divulguer les sentences arbitrales⁵⁸⁸.

393. Pour celles qui adressent le principe de confidentialité, les dispositions qui traitent de la question de divulgation des sentences diffèrent en termes de leur rédaction et en termes de leur étendue. Cela va sans dire que le traitement de la confidentialité de la sentence n'est pas non plus envisagé de manière unanime au sein de ces institutions. Toutefois, presque toutes les institutions qui

⁵⁸⁵ Article 35 al. 5 UNCITRAL Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013), Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités .

⁵⁸⁶ A. Winstanley, "The New Rule of the London Court of International Arbitration (LCIA)", 8 Am. Rev. Int'l Arb. 59. 62 (1997).

⁵⁸⁷ 30 al . 3 de l'AAA.Rules Amended and Effective june 1, 2014. Fee Schedule Amended and Effective july 1, 2016.

⁵⁸⁸ Colin Ong notes that publication is sanitized from in an unfortunate, yet a "most workable compromise" between fears of a loss of confidentiality and the interest of the entire arbitral community to learn of the new development in law and draw comparative guidance from awards dealing with similar matters. The author proposes that arbitrations should maintain a repository of award in sanitized form, which could be made available to third parties, an option which in the author's view would bring the parties more certainty and predictability as to the likely outcome of the case". See Ong, at 177. On the practical importance of publication of case; see also Martin Hunter, Publication of Arbitration Awards, 3 Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly 129,142 (1987).

tombent dans cette catégorie, acceptent le principe selon lequel des conditions qui existent rendent la publication ou la divulgation de la sentence arbitrale permmissible. En son article 30 après avoir disposé que la sentence arbitrale ne peut pas être publiée sans l'accord des parties, le règlement AAA poursuit que l'administrateur pourrait publier la sentence arbitrale ou une sélection de ses passages qui sont tombés dans le domaine public par suite de l'exécution de la sentence (*'...except that the Administrator may publish or otherwise make publicly available selected awards, orders, decisions, and rulings that have become public in the course of enforcement or otherwise'*). Cette même disposition poursuit que si la loi ou la réglementation exige un enregistrement auprès de certaines autorités de réglementation, le tribunal arbitral doit veiller au respect de cette procédure (*If applicable law requires an award to be filed or registered, the tribunal shall cause such requirement to be satisfied. It is the responsibility of the parties to bring such requirements or any other procedural requirements of the place of arbitration to the attention of the tribunal'*).

394. Le règlement d'arbitrage de la HKIAC, dans sa version de 2013, en son article 42, dispose que la sentence peut être publiée, soit entièrement soit partiellement sous forme d'extrait ou de résumé (*An award may be published, whether in its entirety or in the form of excerpts or a summary, ...*). Pour publier une sentence sous le règlement HKIAC, il faut une demande adressée au centre, effacer les noms des parties, et qu'il n'y ait pas une objection d'une partie dans le délai imparti (ceci bloquerait toute publication) (*....only under the following conditions :*

(a) a request for publication is addressed to HKIAC;

(b) all references to the parties' names are deleted; and

(c) no party objects to such publication within the time limit fixed for that purpose by HKIAC. In the case of an objection, the award shall not be published).

395. Le règlement de la LCIA et celui du CNUDCI respectivement admettent que la sentence arbitrale et les informations concernant l'arbitrage soient divulguées dans des circonstances limitées. L'article 34.5 de l'UNICITRAL dispose que « *La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente* ». L'article 30.1 de LCIA abonde dans le même sens, (*....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 legal proceedings before a state court or other legal authority*).

396. La CCI, quant à elle, n'énonce pas la confidentialité des informations issues de la procédure arbitrale dans son règlement. Toutefois, elle laisse aux parties le choix de protéger ou non ces informations à travers une demande soumise au tribunal arbitral à cette fin⁵⁸⁹. Cette position de la CCI, bien qu'elle réponde à une certaine logique, laisse présumer que toutes les parties sont sophistiquées et savent distinguer ce qui est information confidentielle, donc très important, et ce qui ne l'est pas. Ce droit de décider est plus reconnu aux arbitres et aux administrateurs dans d'autres institutions⁵⁹⁰.

397. La version de 2013 du règlement arbitral de la *Hong Kong International Arbitration* en son article 42. 3 reprend la formulation de l'article 35. al. 5 du règlement de la CNUDCI :

« The provisions in Article 42.1 do not prevent the publication, disclosure or communication of information referred to in Article 42.1 by a party:

(a) (i) to protect or pursue a legal right or interest of the party; or

(ii) to enforce or challenge the award referred to in Article 42.1; in legal proceedings before a court or other judicial authority;

(b) to any government body, regulatory body, court or tribunal where the party is obliged by law to make the publication, disclosure or communication; or

(c) to a professional or any other adviser of any of the parties, including any actual or potential witness or expert ».

398. En dehors des cas prévus par les règlements des centres d'arbitrage internationaux, après que le tribunal arbitral ait rendu sa sentence, une partie peut contester devant un tribunal national la validité de ladite sentence à travers un recours en annulation. En France, en arbitrage international, lorsqu'une sentence est rendue sur le territoire français, elle ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation⁵⁹¹. Les parties peuvent toutefois y renoncer par une convention

⁵⁸⁹ Article 22. 3 « 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 ... ». ICC Arbitration and ADR Rules, version mars 2017.

⁵⁹⁰ L'AAA dans son article 30 al. 3 reconnaît ce droit aux arbitres et aux administrateurs de l'AAA. Voir aussi article 35 al. 5 UNCITRAL Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau paragraphe 4 à l'article premier, adopté en 2013), Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités«.. ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation ».

⁵⁹¹ Art. 1518. du Code de procédure civil français, « La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire que l'objet d'un recours en annulation ».

spéciale.⁵⁹² Dans ce cas, elles peuvent toujours faire appel⁵⁹³ de l'ordonnance d'*exequatur* pour l'un des motifs de l'article 1520⁵⁹⁴ du code de procédure civil français. Il est clair que ce soit dans le cadre du recours en annulation ou de l'appel de l'ordonnance d'*exequatur* la sentence est exposée. La justice étatique étant rendue au nom du peuple, elle verra probablement certains de ses extraits rendus publique.

399. Les juridictions étatiques⁵⁹⁵ semblent être en accord que malgré l'existence du principe de confidentialité, les sentences arbitrales peuvent être publiées dans certaines circonstances. L'arrêt *Hassneh*⁵⁹⁶ rendu par une juridiction étatique est une illustration de cette position du droit positif.

400. Dans l'affaire *Hassneh*, le défendeur a souhaité utiliser une sentence issue d'un arbitrage passé pour organiser sa défense. La partie perdante dans un arbitrage qui concernait la réassurance, a initié une action pour négligence de l'agence de réassurance et fraude dans la présentation de l'offre d'assurance. Au cours de la procédure devant la cour, le défendeur a exprimé son intention de divulguer certains documents et sentences de l'arbitrage passé. Dans sa réponse, celle-ci a distingué entre les documents et autres matériels préparés, produits et présentés durant la procédure et la sentence arbitrale. Pour le juge Colman qui a rédigé la décision de la cour, le premier groupe d'éléments doit demeurer confidentiel ; par contre la sentence arbitrale répond à un autre régime pour deux raisons essentielles.

D'une part, la sentence arbitrale identifie les droits et devoirs respectifs de chaque partie et a pour finalité d'ordonner à une partie de payer ou de faire quelque chose en faveur de l'autre partie ; elle génère une obligation indépendante de performance (...*it generated an independent*

⁵⁹² Art. 1522. du code de procédure civil français, « *Par une convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* ».

⁵⁹³ Art. 1522. al. 2 du code de procédure civil français, « *Par une convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation* ».

⁵⁹⁴ Art. 1520 « Le recours en annulation n'est ouverte que si :

1. le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou ;
2. le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou ;
3. le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou ;
4. le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou ;
5. la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.

⁵⁹⁵ L'utilisation par l'article 1464 alinéa 4 de « sous réserve des obligations légales » en est une illustration.

⁵⁹⁶ *Hassneh Insurance Co. Of Israel v. Mew* (1993).

*obligation to perform*⁵⁹⁷).

La sentence est un document public potentiel (...*at least potentially public documents*) qui permet à la cour de contrôler l'exécution de la décision. Par conséquent, selon le juge Colman, la sentence peut être annulée par une cour et publiée par celle-ci dans une revue de droit.

401. Pour soutenir son point de vue, le juge Colman a avancé que la sentence arbitrale, pour être exécutée, suit une demande d'*exequatur* qui a lieu durant les audiences publiques des cours anglaises comme le prescrit la section 26 de l'*English Arbitration Act* de 1950. Pour toutes ces raisons qu'il a invoquées, le juge Colman a fermement soutenu que contrairement aux autres éléments utilisés durant une procédure arbitrale, on peut espérer que la sentence arbitrale pourrait être utilisée pour des raisons commerciales pratiques ou des raisons juridiques (*For all these reasons, Judge Coleman ruled firmly that awards, unlike other types of materials circulated in the course of arbitral proceedings were expected to be used in the course of commerce and in the application of law*).

402. Selon, I. M. SMEUREANU, le juge Colman s'est fortement inspiré, d'une part, de la nature des relations entre le banquier et le client et d'autre part, de l'arrêt *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*⁵⁹⁸.

Le juge Colman, soutient que l'étendue de l'obligation de confidentialité en arbitrage doit être strictement maintenue et maîtrisée. Il faut procéder à la divulgation uniquement quand la rétention d'une information secrète va préjudicier les intérêts d'une partie ou va prévenir d'établir ou de protéger des droits légaux de l'autre partie ou d'un tiers. Dans une pareille situation, le juge Colman soutient qu'une sentence arbitrale pourrait être divulguée à une tierce personne sans violer l'obligation de confidentialité et sans le consentement de l'autre partie sous trois distinctes conditions. Si la divulgation était raisonnablement nécessaire pour la défense des droits d'une partie vis-à-vis d'une tierce personne (...*if it was reasonably necessary for the establishment or the protection of an arbitrations party legal rights vis-à-vis a third party*), pour établir une action (...*for the establishment of a cause of action*), ou si c'est pratique pour les affaires (... *as matter of business efficacy*)⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ I. M. SMEUREANU, *Confidentialite in international commercial arbitration* ? p. 66, (2011).

⁵⁹⁸ (1924) 1 K. B. 461. In this case, Justice Lord Justice Bankers, held that banks Banks were allowed to divulge confidential information without infringing the trust and confidential relationship between the bankers and theirs clients in four instances (i) where the disclosure was made under the compulsion of the law, (ii) in the interest of the general public or it was in the interest of the banker to do so, an ultimately (iii) where the disclosure was made by the express or implied consent of the customer.

⁵⁹⁹ Un autre cas de la publication de la sentence se présente lorsque certaines régulations imposent aux parties à une

403. L'analyse de la position du droit français vis-à-vis de la confidentialité en droit international crée une véritable complexité même au sein de son nouveau statut que la doctrine a qualifié de neutre. En effet, une grande partie de la doctrine⁶⁰⁰ estime que la position du droit français de l'arbitrage ne doit être perçue comme un témoignage de l'inexistence d'un principe de confidentialité en droit international de l'arbitrage en France, mais plutôt comme une neutralité de ce dernier. Ceci crée une incertitude au niveau des auteurs, des parties et praticiens, en ce sens que la jurisprudence française, d'après le décret du 13 janvier 2011, n'apporte pas de solution qui puisse vraiment éclairer sur l'attitude à adopter vis-à-vis de la divulgation ou la publication de la sentence internationale. La jurisprudence internationale française d'avant le décret du 13 janvier 2011 a dans sa majorité, crée une position forte en faveur de la confidentialité⁶⁰¹ en droit français de l'arbitrage interne et international. Toutefois, rien ne soutient aujourd'hui que cette jurisprudence survit et qu'elle peut servir de bouclier aux secrets d'affaires.

B. La publication des sentences commerciales, un risque pour la protection des secrets commerciaux

404. Le principe de la confidentialité fait obstacle à ce que les parties rendent publics les documents produits par l'adversaire au cours de l'instance et à la publication de la sentence⁶⁰². Selon le Professeur Th. CLAY, cette obligation perdure même après la reddition de la sentence⁶⁰³. Toutefois, de l'analyse du développement de la pratique, il est clair qu'il existe de nombreuses situations dans lesquelles les sentences arbitrales, par actions des parties, des tiers, ou sur ordre de la justice, se retrouvent divulguées ou publiées. En cas de divulgation, les informations confidentielles contenues dans la sentence arbitrale se retrouvent à la portée des personnes qui sont des tiers à la procédure. Cette liste non exhaustive de situations dans lesquelles la sentence se retrouve divulguée ou publiée, constitue un risque permanent à l'effectivité du principe de confidentialité dans sa mission de protection des informations.

procédure arbitrale de partager avec certains organes de régulation des informations de nature à impacter les affaires d'une partie à l'arbitrage ou dans le cadre de certaines lois qui permettent aux citoyens d'un pays d'avoir accès aux archives publiques (*Freedom Of Information Act* (FOIA)) aux USA par exemple. La publication de sentence constitue un risque pour la protection des secrets d'affaires.

⁶⁰⁰ E. GAILLARD, « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage » *Op. Cit.*

⁶⁰¹ Cour d'Appel de Paris, 18 févr. 1986, *Op. Cit.* note 569, p. 175.

⁶⁰² Trib. Com. Paris (Ord. réf.) 22 févr. 1999, p. 573.

⁶⁰³ Th. Clay, « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l'arbitrage, commentaire article par article », *Op. Cit.* p.443, spéc. P. 493.

405. Pour plusieurs parties, la protection de leurs secrets commerciaux est la principale raison du choix d'une procédure confidentielle de résolution de litiges. Les secrets d'affaires sont des informations confidentielles particulières. Pour les sociétés, ils sont d'une importance sans égale. En général, les secrets commerciaux sont juridiquement définis comme des informations qui ont une valeur parce qu'elles ne sont pas généralement connues. L'article 39 al. 2 de l'ADPIC dispose que : *'Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes'*⁶⁰⁴, sous réserve que ces renseignements:

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne soient pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances destinées à les garder secrets.

406. Il n'est un secret pour personne que de nos jours, les procédures arbitrales portent de plus en plus sur des domaines sophistiqués et confidentiels dans plusieurs secteurs tels que l'industrie, le commerce, le secteur bancaire et financier, etc. Plusieurs secrets d'affaires sont de plus en plus en jeu en raison des prouesses technologiques.

La sentence arbitrale est une synthèse complète des informations de la procédure arbitrale y compris les secrets d'affaires. Il n'y a pas au niveau des règlements des institutions internationales de l'arbitrage des dispositions qui organisent un régime dérogatoire au régime commun de la confidentialité qui traite spécifiquement de la question des secrets d'affaires. Cette matière aussi importante, comme exposé est traitée dans le cadre général du régime du droit commun de la confidentialité en matière arbitrale. Or, ce régime n'est pas effectif pour protéger les informations confidentielles en général et les secrets d'affaires en particulier qui pourraient être exposés par la publication de la sentence.

⁶⁰⁴ Aux fins de cette disposition, l'expression "d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes" s'entendra au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant.

407. Le laxisme perceptible dans la protection de la sentence arbitrale est une source de risques permanents à laquelle font face les auteurs des secrets des affaires.

A ce point du développement, on peut se demander si Monsieur Y. FORTIER n'a pas raison en soutenant que l'existence du principe de confidentialité dans sa forme absolue est plus qu'un truisme⁶⁰⁵. La position de ce dernier conforte l'analyse dans la présente contribution intitulée qui porte sur la protection des secrets commerciaux dans l'arbitrage commercial international

CONCLUSION

408. La protection des informations confidentielles ou des secrets d'affaires est faite en arbitrage commercial par l'entremise du principe de confidentialité. Ce principe est censé placer ces informations à l'abri des personnes non autorisées. Cet attribut est un des principaux facteurs qui justifie l'existence de la procédure arbitrale comme une méthode alternative de résolution des litiges. A sa mise en œuvre, il s'est révélé non effectif dans sa mission et pose un risque sérieux qui serait de nature à exposer les informations confidentielles durant une procédure arbitrale.

Par ailleurs, le principe de la confidentialité est une notion difficilement cernable en ce sens qu'elle n'est pas consacrée par une définition, sa portée est inconnue des usagers et il existe une forte divergence de points de vue quant à sa source. Tout ceci justifie qu'elle soit peu effective surtout durant l'administration de la preuve.

⁶⁰⁵ L. Y. Fortier, C.C., O.Q., C.R., Ad. E, *La nouvelle loi française sur l'arbitrage : vues d'Outre-Atlantique*, Allocution prononcée par L. Yves Fortier lors de la Conférence annuelle de l'Association française d'arbitrage, le 28 septembre 2011, à Paris p.1.

CHAPITRE II : L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES DURANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

409. La confidentialité dans l'arbitrage a été citée comme un des facteurs majeurs qui conduit les hommes d'affaires à faire le choix de l'arbitrage au détriment d'une action devant la justice étatique. Elle assure, dit-on, la protection des informations confidentielles. Aujourd'hui mentionnée dans la plupart des règlements internationaux des centres d'arbitrages, elle vise à protéger les informations préparées pour le compte de l'arbitrage à venir ; elle protège également l'existence de l'arbitrage, la procédure, les informations échangées devant les tribunaux arbitraux et enfin, la sentence arbitrale qui en résulte. La confidentialité justifie que les personnes qui n'ont pas un intérêt dans la procédure en cours ne puissent pas avoir accès aux informations issues de celle-ci.
410. La divergence existant entre la position traditionnelle de la jurisprudence anglaise (*arrêt Ali Shipping*⁶⁰⁶) et celle Esso de la jurisprudence australienne, n'a pas facilité la résolution de la question de l'effectivité de la protection des informations confidentielles. Ces positions jurisprudentielles n'ont pas édifié la pratique arbitrale sur les différentes phases qu'englobe le concept de confidentialité ni sur le traitement à accorder à certaines informations comme les secrets d'affaires en raison de leur spécificité. Comme conséquence de l'absence de différenciation dans le traitement des types d'informations confidentielles, elles sont sans distinction durant l'arbitrage commercial soumises à un même régime de droit, celui du droit commun de la confidentialité.
411. Les inconsistances observées dans la pratique internationale de l'arbitrage commercial au sein des deux systèmes de droit -*common law* et droit civil- dans leur appréhension du principe de la confidentialité ne se limitent pas à la soumission des informations confidentielles à un régime général de la confidentialité. On relève aussi qu'en matière procédurale, chaque système juridique apporte ses propres pratiques procédurales dans la gestion de la procédure. Cette situation affecte profondément la gestion des litiges par les tribunaux arbitraux qui siègent sous leurs auspices.
- Dépendant de l'origine d'une des parties, du système juridique duquel sont issus les arbitres, du site de l'arbitrage, du droit applicable au fond du litige ou du droit de procédure, la procédure

⁶⁰⁶ *Op. Cit.* p. 34.

arbitrale peut se retrouver affecter par certaines règles pas forcément favorables à l'une ou à l'autre des parties. Dans ce contexte, l'arbitrage qui, à ses origines, était purement un produit de la volonté des parties, est devenu une procédure qui a subi une judiciarisation,⁶⁰⁷ c'est-à-dire, qu'il se présente plus comme une procédure judiciaire c'est-à-dire plus proche de la justice étatique.

412. Il a été dit, pour distinguer l'arbitre du juge, que le premier n'a pas l'*imperium*⁶⁰⁸, c'est-à-dire entre autres la force de contraindre des parties à s'exécuter. Le constat est clair de nos jours que l'arbitre est devenu au fil du temps un « juge » en ce sens que de plus en plus, les moyens d'actions coercitifs disponibles par le passé seulement dans la justice étatique ont commencé à se faire une place dans la procédure arbitrale. Cette tendance se remarque plus dans les procédures arbitrales du commerce international où le *discovery* et l'astreinte permettent à une partie de contraindre le détenteur de certaines informations refusant pour certaines raisons qui

⁶⁰⁷ Le concept de juridicisation est cette tendance de la pratique arbitrale surtout internationale qui vise à introduire dans la pratique arbitrale des mécanismes procéduraux qui, au demeurant, étaient essentiellement utilisés en matière de justice d'Etat. C'est le cas par exemple du *discovery* qui est un outil procédural du système judiciaire américain qui, de nos jours, a été consacré par l'arbitrage commercial international surtout en matière d'administration de la preuve. La juridicisation (et non [juridisation]), dérivée du mot juridique, désigne le phénomène alarmant de la propagation du droit et des solutions juridiques à un plus grand nombre de domaines de la vie sociale et économique. Elle conduit notamment, par voie de conséquence, à la judiciarisation, dérivée du mot judiciaire, qui est le prolongement du bras de justice, la multiplication des mécanismes judiciaires, l'intervention accrue des tribunaux dans les différends qu'occasionne nécessairement la vie collective. « *Il s'agit de lutter contre un mal qui prend tantôt la forme de la judicisation, tantôt celle de la judiciarisation de la vie sociale.* » « La judicisation est l'extension du droit et des processus juridiques à un nombre croissant de domaines de la vie économique et sociale (...) et la judiciarisation est la tendance des justiciables à confier au système judiciaire la gestion de tous leurs différends et le règlement de tous les problèmes sociaux ».

L'inflation législative dans plusieurs domaines du droit, dont le droit social et le droit du travail, l'état actuel du droit, l'activisme de certains juges, la montée en puissance du contentieux et l'intervention croissante des juridictions dans des affaires qui pourraient se régler rapidement par les modes extrajudiciaires de règlement des conflits, parmi de nombreuses autres causes, favorisent la juridicisation de la société et provoquent une explosion des recours devant les tribunaux, d'où découle l'engorgement des tribunaux. « La judiciarisation peut se définir comme le processus au cours duquel un traitement juridique et judiciaire se substitue à un autre mode de régulation sociale ». « L'une des dérives de la judiciarisation apparaît lorsque la responsabilité judiciaire, et notamment pénale, tend à se substituer à la responsabilité politique des autorités publiques, comme l'illustre l'affaire du sang contaminé. » Judiciarisation des litiges. http://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-fra.html?lang=fra&lettr=indx_catlog_j&page=9u2A-DRXN8-E.html . (Consulté le 20 avril 1917).

⁶⁰⁸ « L'*imperium* est le pouvoir que le statut de magistrat lui confie et lui permet d'émettre des décisions qui sont coercitives à l'endroit des justiciables. L'Etat investit le juge de deux types de pouvoirs, d'une part, la "juridictio" qui est le pouvoir de rendre des jugements pour résoudre des conflits, compétence qu'il partage avec l'arbitre, et, d'autre part, l' "*imperium*" qui est le pouvoir de donner des ordres de disposer de la force publique, d'ordonner des saisies et des astreintes, pouvoir de nature régaliennne dont ne dispose pas l'arbitre qui tient ses pouvoirs non de l'Etat mais de la seule volonté des parties.

La conséquence de cette différence explique que les sentences arbitrales ne puissent être exécutées sans qu'elles soient munies de l'exequatur et que pour ces actes ressortissant à l'*imperium* l'arbitre doive renvoyer les parties à saisir le juge », <http://www.juritravail.com/lexique/Imperium.html#Ky63AbwH3gygKveC.99>. (Consulté le 20 Fecier 2019).

lui sont propres, de les divulguer (S1).

413. Ces pratiques procédurales en matière arbitrale, posent un sérieux risque aux parties qui considèrent protéger leurs secrets commerciaux ou industriels en faisant le choix de la procédure arbitrale. La vulnérabilité des informations confidentielles et ou secrètes se constate durant toute la procédure arbitrale. Toutefois, elle est plus prononcée durant l'administration des preuves. Le système d'administration des preuves est laissé à l'arbitre qui, le plus souvent, n'a pas d'orientations comme c'est le cas du juge étatique qui dispose d'une procédure civile détaillée. Les règlements internationaux des centres d'arbitrage ne disposent pas d'un régime spécifique de protection des secrets d'affaires, ni d'un code de procédure civile. Ici, l'arbitre improvise le plus souvent en utilisant son bon sens lorsqu'il n'y a pas un accord des parties sur un texte (S2).

SECTION 1: LES EFFETS DE LA JUDICIARISATION DE LA PROCEDURE ARBITRALE SUR LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX

414. Il incombe à chaque partie de produire les éléments de preuves au soutien de ses prétentions « *actori incumbit probatio* »⁶⁰⁹. Cette règle est largement acceptée en droit comparé. Elle est aussi consacrée en arbitrage international⁶¹⁰.

En arbitrage commercial, l'administration de la preuve peut être appréhendée de plusieurs manières. Généralement, on classe les moyens de preuve à la disposition des parties en arbitrage commercial en quatre catégories⁶¹¹ : la preuve documentaire, la preuve par témoin, l'expertise, et la descente sur les lieux.

La preuve par témoin consiste à permettre à toute personne d'être entendue comme témoin. Cela peut être les représentants ou les employés des parties ou une tierce personne. Ce mécanisme permet à l'arbitre d'entendre toutes les personnes dont l'audition lui paraît pertinente, sans avoir à trancher auparavant d'éventuels incidents sur l'admissibilité des témoignages⁶¹².

415. Des quatre méthodes de preuve, la preuve documentaire peut des fois poser des difficultés dans

⁶⁰⁹ V. D. BENSAUDE, « Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve », *Rev. Arb.* 2011, p. 23 ; J. GILL QC, G.-S. TAWIL et R. KREINDLER, « The 2010 Revision to the IBA Rules on taking of Evidence in International Arbitration », *cah. Arb.* 2011, p. 23.

⁶¹⁰ V. REDFERN, « The practical Distinction between the Burden of Proof and Taking of Evidence » *An English Perspective* », *Arb. Int.* 1994, p.317, spec. p. 321.

⁶¹¹ Anne Veronique Schalaepfer and Philippe Bartsch, *A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators*, 2010 Thompson Reuters (legal) Limited and Contributors. p. 213.

⁶¹² A. V. Schalaepfer and Philippe Bartsch, "A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators", 2010 Thompson Reuters (legal) Limited and Contributors. p. 215.

sa mise en œuvre. Généralement dans la pratique de l'arbitrage commercial internationale, les parties à l'appui de leurs demandes produisent des preuves documentaires pour soutenir leurs prétentions. Elles devraient en principe être volontairement produites. En réalité la pratique volontariste est courante dans les arbitrages sous juridictions civilistes.

Aujourd'hui, la pratique qui consiste à demander à l'arbitre d'ordonner la production de documents en possession de la partie adverse semble prendre de l'ampleur. Et dans nombreux contentieux arbitraux internationaux relatifs au commerce, le refus par une partie de divulguer un document dont la production a été ordonnée, peut amener le tribunal arbitral à en tirer les conclusions défavorables⁶¹³ pour la partie récalcitrante ou la contraindre à produire les documents.

- 416.** Dans les traditions de *common law*, la production d'un document par une partie récalcitrante peut être forcée. C'est-à-dire que la partie peut être contrainte à produire ce document qu'elle ne veut pas produire pour une raison quelconque. Dans cette même logique de production forcée de documents nécessaires à la procédure arbitrale, un tiers (représentant, employé ou ancien employé, etc.) peut être contraint de produire un document qu'il a en sa possession. Cette pratique en matière arbitrale qui permet à une partie de contraindre l'autre partie ou un tiers à produire des documents est possible grâce à l'action du *Discovery* (§1).
- 417.** Le *discovery* (d'origine américaine) qui a fait son entrée dans la procédure arbitrale internationale est source de conflit entre les deux systèmes de droit (système de *anglo-saxon* et système *romano-germanique*). Le système américain, bien que protecteur de données personnelles⁶¹⁴, postule que les parties en contentieux doivent avoir accès à toutes les informations nécessaires, détenues par l'autre partie ou un tiers et qui sont de nature à permettre à la partie adverse d'éviter un procès par embuscade⁶¹⁵ et faciliter la résolution juste du litige. De son côté, le système romano-germanique estime qu'il doit y avoir une limite à la poursuite des informations à la disposition de l'autre partie et entités tierces. Toutefois, le système romano-

⁶¹³ A. de L. MCDOUGALL, N. Bouchardie, « L'arbitre international et la preuve documentaire », *RDA*, n°4, 2008, p. 517. Voir aussi Règlement IBA article 9 (5).

⁶¹⁴ Dans le cadre de « *attorney-client privilege* », (secret professionnel en France) les documents remis à l'avocat américain ne sont en général pas accessibles par la procédure du *discovery*. Ils sont protégés par un privilège dont le client est détenteur et le client est le seul à donner son accord pour la divulgation de ces documents.

⁶¹⁵ Ce concept recouvre les situations dans lesquelles l'une des parties au procès n'a pas connaissance de toutes les preuves que peut offrir la partie adverse au soutien de son action avant le jour de l'audience et c'est durant l'audience qu'elle se retrouve devant des preuves brandies par l'autre partie. Ici, il est clair que cela pourra être trop tard.

germanique a son propre mécanisme procédural qui lui permet de contraindre une partie ou un tiers à produire des éléments de preuve qu'il ne souhaite pas produire sur demande de l'autre partie : il s'agit de l'*astreinte* (§2).

§1- Le Discovery dans l'arbitrage commercial

418. La mise en œuvre du discovery permet de poursuivre des informations sous le contrôle de la partie adverse et/ou en possession d'un tiers (A). Cette pratique peut conduire à des abus qualifiés de « *fishing expedition* »⁶¹⁶(B).

A. La mise en œuvre de la procédure du *discovery*

419. La convention⁶¹⁷ de la Haye sur l'obtention de la preuve à l'étranger en matière civile ou commerciale, conclue le 18 mars 1970 a pour finalité l'organisation de l'assistance judiciaire entre Etats. Par voie de commission rogatoire, une autorité judiciaire étrangère a autorité de solliciter de l'autorité judiciaire d'un autre Etat de procéder à tout acte d'instruction. Le requérant devait d'abord procéder à une énumération limitée des documents sollicités dans la commission rogatoire et à son tour l'autorité étrangère requise devrait procéder à un examen portant sur l'existence avérée d'un lien précis et direct avec l'objet du litige avant de s'exécuter. Dans cette optique, le *discovery* n'aurait pas été normalement la solution conventionnellement retenue pour l'accès à des preuves disponibles dans les Etats étrangers dans un contentieux arbitral.
420. Il y a ici une différence nette en terme de procédé de collecte et de présentation de preuves entre le système de droit américain et celui européen. Le système judiciaire américain se réfère peu ou presque pas à la convention de la Haye du 18 mars 1970. Ceci pour une raison légalement fondée. Les USA ont adopté une réserve qui porte sur l'article 23 de la Convention qui dispose que : « *Tout État (dans lequel la procédure de Discovery est en vigueur) un contractant peut*

⁶¹⁶ "Fishing expedition" est une pratique issue du *discovery* qui consiste pour une partie à une procédure contentieuse de demander à faire une demande de documentation qui porte une importante quantité avec le but inavoué de trouver une des informations qui lui permettront de mener une action qui n'est pas nécessairement celle en cours. An open-ended inquiry or investigation, often undertaken on the pretext of a minor or unrelated matter, whose real purpose is to uncover embarrassing or damaging information, as about an opponent. <http://www.thefreedictionary.com/fishing+expedition>. (Consulté le 20 avril 1917).

⁶¹⁷ Convention sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, n° 0.274.132, conclue à La Haye, le 18 mars 1970, article 2.

[...] déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires,... »⁶¹⁸. Dans l'affaire *Aérospatiale c. United States District Court for the Southern District of Iowa*⁶¹⁹, la cour a considéré que le recours à la convention de la Haye était optionnel. Il faut noter qu'*Aérospatiale* est une entreprise française.

421. L'article 26 (b) (1) ⁶²⁰ USC prévoit qu'une partie peut avoir accès à toutes informations nécessaires à son action lorsque celles-ci ne sont pas protégées par un mécanisme de privilège. Selon cet article intitulé « *discovery scope and limits* » disposait : « ...une partie pourrait obtenir divulgation (*discovery*) des informations en rapport avec tout sujet non protégé par un privilège qui ont une relevance avec la demande ou avec la défense et qui sont proportionnelles au besoin du litige, tout en prenant en compte l'importance du litige »⁶²¹.

422. Selon, l'*American Bar Association*, le « *discovery*⁶²² » est une procédure formelle d'échange d'informations entre les parties, relatives aux témoins et aux preuves que les parties présentent durant le procès. La procédure de *discovery* permet aux parties de savoir, avant le début du procès, quelles preuves seront présentées. Cette procédure met les parties à l'abri des surprises. Originellement, elle a été conçue pour éviter le procès par embuscade (*trial by ambush*)⁶²³ dans lequel une partie ne connaît pas par avance les preuves dont dispose l'autre partie ou ne sait rien

⁶¹⁸ Articles 2, 23 et 33 de la Convention sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, n° 0.274.132, conclue à La Haye, le 18 mars 1970.

⁶¹⁹ Cour suprême américaine (*U. S. Supreme Court*), Affaires *Société Nationale Industrielle Aérospatiale c. United States District Court for the Southern District of Iowa*, 15 juin 1987, n°. 85-1695, p. 482 U. S. 522.

⁶²⁰ "A particular benefit, advantage, or Immunity enjoyed by a person or class of people that is not shared with others. A power of exemption against or beyond the law. It is not a right but, rather, exempts one from the performance of a duty, obligation or liability". www.legal-dictionary.thefreedictionary.com/privilege. (Consulté le 11 juin 2016).

⁶²¹ "(b) Discovery Scope and Limits. (1) *Scope in General*. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any non-privileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable". Disponible en ligne sur <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>. (Consulté 11 juin 16).

⁶²² Subpoenaing or requiring the other side to produce books, records or other documents for inspection (a subpoena is a written order issued by a court compelling a person to testify or produce certain physical evidence such as records); "http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html". (Consulté 11 juin 16).

⁶²³ "Discovery enables the parties to know before the trial begins what evidence may be presented. It's designed to prevent "trial by ambush," where one side doesn't learn of the other side's evidence or witnesses until the trial, when there's no time to obtain answering evidence "http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html, (Consulté 11 juin 16)..

des témoins avant le procès. Dans un pareil cas, cette partie ne disposant plus de temps, elle se retrouve devant un fait accompli, une embuscade.

423. La pratique du *discovery* se décline en plusieurs procédures⁶²⁴. Un des aspects du *discovery* est la prise des témoignages sous serment (*deposition*)⁶²⁵. Le « *deposition* »⁶²⁶ est un acte en dehors des tribunaux et cours qui consiste pour un témoin à faire sous serment, des déclarations pour le procès pendant. Habituellement, ces déclarations sont utilisées par les conseils pour préparer le procès et durant celui-ci. La *deposition* ici permet à la partie de savoir par avance ce que le témoin dira durant le procès.

⁶²⁴ «Discovery

To begin preparing for trial, both sides engage in discovery . This is the formal process of exchanging information between the parties about the witnesses and evidence they'll present at trial.

Discovery enables the parties to know before the trial begins what evidence may be presented. It's designed to prevent "trial by ambush," where one side doesn't learn of the other side's evidence or witnesses until the trial, when there's no time to obtain answering evidence.

One of the most common methods of discovery is to take depositions. A deposition.

Other methods of discovery include

- subpoenaing or requiring the other side to produce books, records or other documents for inspection (a subpoena is a written order issued by a court compelling a person to testify or produce certain physical evidence such as records);
- having the other side submit to a physical examination; or
- asking that a document be submitted for examination to determine if it is genuine".
http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html (Consulté 11-juin-16) .

⁶²⁵ "One of the most common methods of discovery is to take depositions. A deposition is an out-of-court statement given under oath by any person involved in the case. It is to be used at trial or in preparation for trial. It may be in the form of a written transcript, a videotape, or both. In most states, either of the parties may take the deposition of the other party, or of any other witness. Both sides have the right to be present during oral depositions.

Depositions enable a party to know in advance what a witness will say at the trial. Depositions can also be taken to obtain the testimony of important witnesses who can't appear during the trial. In that case, they're read into evidence at the trial.

Often a witness's deposition will be taken by the opposing side and used to discredit the witness's testimony at trial if the trial testimony varies from the testimony taken during the deposition. (A lawyer might ask a witness at trial, "Are you lying now or were you lying then?").

Usually depositions consist of an oral examination, followed by cross-examination by the opposing side. In addition to taking depositions, either party may submit written questions, called interrogatories, to the other party and require that they be answered in writing under oath. If one party chooses to use an interrogatory, written questions are sent to the lawyer representing the other side, and that party has a period of time in which to answer.
http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery.html , (Consulté 11 juin 16).

⁶²⁶ *Idem*.

424. Une autre méthode du discovery est qualifiée de « *subpoenaing* »⁶²⁷. Cette pratique permet d'exiger de l'autre partie ou d'une tierce personne de divulguer des supports (registres, base de données, archives, etc.) pour une inspection par la requérante. Le *subpoena* issu de *subpoenaing* est un ordre écrit (une ordonnance) par le juge imposant à une personne de comparaître pour témoigner ou de produire des documents et autres sur lesquels il a un contrôle.

Les deux autres procédures incluses dans la pratique du *discovery* sont les suivantes : dans une procédure du *discovery*, on peut demander à l'autre partie de se soumettre à un examen physique. On peut également exiger d'elle de soumettre un document à un contrôle pour déterminer si celui-ci est original.

425. La procédure américaine du discovery ressemble de près à celle de « *disclosure* » britannique mais cette dernière est limitée dans la production documentaire et dans la contrainte exercée sur les parties et tiers. C'est le *Civil Procedure Rules (CPR)*⁶²⁸ *Part 31* et les *Practice Directions*

⁶²⁷ A written order that commands someone to appear in court to give evidence; <http://www.merriam-webster.com/dictionary/subpoena>, consultée 22 juillet 2016.

628 *Disclosure*

“31.5

(1) In all claims to which rule 31.5(2) does not apply –

(a) an order to give disclosure is an order to give standard disclosure unless the court directs otherwise;

(b) the court may dispense with or limit standard disclosure; and

(c) the parties may agree in writing to dispense with or to limit standard disclosure.

(2) Unless the court otherwise orders, paragraphs (3) to (8) apply to all multi-track claims, other than those which include a claim for personal injuries.

(3) Not less than 14 days before the first case management conference each party must file and serve a report verified by a statement of truth, which –

(a) describes briefly what documents exist or may exist that are or may be relevant to the matters in issue in the case;

(b) describes where and with whom those documents are or may be located;

(c) in the case of electronic documents, describes how those documents are stored;

(d) estimates the broad range of costs that could be involved in giving standard disclosure in the case, including the costs of searching for and disclosing any electronically stored documents; and

(e) states which of the directions under paragraphs (7) or (8) are to be sought.

(4) In cases where the Electronic Documents Questionnaire has been exchanged, the Questionnaire should be filed with the report required by paragraph (3).

(5) Not less than seven days before the first case management conference, and on any other occasion as the court may direct, the parties must, at a meeting or by telephone, discuss and seek to agree a proposal in relation to disclosure that meets the overriding objective.

(6) If –

(a) the parties agree proposals for the scope of disclosure; and

(b) the court considers that the proposals are appropriate in all the circumstances,

qui règlementent la procédure de « *disclosure* » en droit britannique. En *disclosure* comme en *discovery*, les conseils instruisent l'affaire principalement avant le commencement du procès. Par contre, le *disclosure* porte exclusivement sur la production documentaire. Elle s'éloigne en cela de la *discovery*. En *disclosure*, les parties, après avoir effectué des recherches, déterminent quels seront les documents pertinents pour l'issue de l'affaire et rédigent par la suite une liste qui se présente comme une déclaration sur l'honneur (*affidavit*). Une déclarante engage sa responsabilité pour parjure si elle présente une réponse fausse. Le destinataire de la *disclosure* a le droit d'inspecter les documents figurant sur la liste et d'en faire des copies. Il y a une exception à cette obligation au destinataire par le requis:

- *la partie ayant fourni ladite liste déclare qu'elle n'a plus de documents requis en sa possession, ou*
- *elle déclare que le document est hors du champ de la « disclosure » en raison d'un privilège légal, enfin ; ou*

the court may approve them without a hearing and give directions in the terms proposed.

(7) At the first or any subsequent case management conference, the court will decide, having regard to the overriding objective and the need to limit disclosure to that which is necessary to deal with the case justly, which of the following orders to make in relation to disclosure –

(a) an order dispensing with disclosure;

(b) an order that a party disclose the documents on which it relies, and at the same time request any specific disclosure it requires from any other party;

(c) an order that directs, where practicable, the disclosure to be given by each party on an issue by issue basis;

(d) an order that each party disclose any documents which it is reasonable to suppose may contain information which enables that party to advance its own case or to damage that of any other party, or which leads to an enquiry which has either of those consequences;

(e) an order that a party give standard disclosure;

(f) any other order in relation to disclosure that the court considers appropriate.

(8) The court may at any point give directions as to how disclosure is to be given, and in particular –

(a) what searches are to be undertaken, of where, for what, in respect of which time periods and by whom and the extent of any search for electronically stored documents;

(b) whether lists of documents are required;

(c) how and when the disclosure statement is to be given;

(d) in what format documents are to be disclosed (and whether any identification is required);

(e) what is required in relation to documents that once existed but no longer exist; and

(f) whether disclosure shall take place in stages.

(9) To the extent that the documents to be disclosed are electronic, the provisions of Practice Direction 31B – Disclosure of Electronic Documents will apply in addition to paragraphs (3) to (8).

- *la divulgation du document serait disproportionnée par rapport aux questions que soulève le litige.*

426. Généralement, les parties dans une procédure civile américaine, sans attendre une demande de discovery, divulguent à la partie adverse les informations nécessaires pour le procès. C'est la règle (rule) 26⁶²⁹ : « *Duty to Disclose* » qui réglemente cette pratique de la divulgation volontaire. Les parties sont tenues (puisque la règle utilise « must ») entre autres de remettre volontairement :

- *le nom, adresse, et numéro de téléphone de toutes personnes qui sont susceptibles de détenir les informations qui peuvent être divulguées ;*
- *une copie ou une description par catégorie et localisation de tous les documents, données électroniques, et objets tangibles que la partie qui est tenue de divulguer à sa possession, garde sous son contrôle et qu'elle peut utiliser pour soutenir sa plainte ou organiser sa défense ;*
- *le calcul de chaque catégorie de dommages demandés par la partie qui divulgue ; celle-ci doit aussi divulguer et mettre à disposition pour inspection et copie les documents ou d'autres preuves matérielles.*

⁶²⁹ a) *Required Disclosures.*

(1) *Initial Disclosure.*

(A) *In General.* Except as exempted by Rule 26 (a) (1) (B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties:

- (i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
- (ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;
- (iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and
- (iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment.

Pour ces documents ci-dessus mentionnés, les parties doivent les divulguer ou les échanger entre elles sans attendre une demande de *discovery*. Par conséquent, il ne semble pas se poser des difficultés particulières avec cet aspect de la procédure civile généralement.

427. Dans la procédure judiciaire américaine du *discovery*, la « *deposition* »⁶³⁰, qui est la demande formulée à une partie de se soumettre à un examen médical ou de soumettre un document à une expertise pour déterminer son originalité ne semble pas poser des difficultés particulières même en les considérant par rapport aux autres systèmes de droit. Des difficultés naissent seulement lorsque la partie qui désire avoir accès à des informations qu'elle estime nécessaires pour monter son dossier judiciaire, se trouve confrontée au refus de l'autre partie ou d'une tierce personne qui a la possession de ces documents. La partie se trouve donc dans la position de contraindre l'autre partie ou la tierce personne à lui remettre ces documents. Pour ce faire, elle s'adresse à l'autorité judiciaire compétente qui prend une ordonnance pour forcer la partie récalcitrante à s'exécuter. Cette procédure du *discovery*, comme mentionné plus haut, s'appelle le *subpoenaing*⁶³¹. Le *discovery*, à travers le *subpoenaing*, permet de forcer la remise des documents entre les mains des tiers et ou des parties à la procédure judiciaire. C'est l'introduction et la pratique de cette procédure judiciaire américaine en arbitrage commercial qui entrent en conflit avec la pratique civiliste de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial en particulier. Il est une source des « *fishing expeditions* ».

B. L'atteinte à la confidentialité par la Discovery

428. Selon un célèbre auteur en arbitrage⁶³², plusieurs institutions internationales d'arbitrage et règles internationales d'arbitrage ont généralement adopté des procédures qui permettent aux tribunaux d'ordonner aux parties de divulguer les documents et autres matériels à l'autre partie. Sous le règlement de l'*American Arbitration Act* (AAA) et celui de la CNUDCI, le tribunal arbitral pourrait ordonner à une partie de lui divulguer à lui ou à une partie adverse une synthèse des documents et autres preuves. L'AAA permet au tribunal arbitral, à tout moment durant la procédure, d'ordonner à une partie de produire des documents et autres preuves que le tribunal

⁶³⁰ *Idem.*

⁶³¹ Les documents sous contrôle de la partie désignent le cas où la partie au procès n'a pas la possession physique des documents sollicités par la partie adverse. Mais ces documents sont en possession d'une personne qui est contrôlée par la partie qui refuse la production. Ceci est différent du cas de *discovery* des informations entre les mains d'une tierce personne sur laquelle la partie au procès n'a aucun contrôle.

⁶³² G. Born, "International Commercial Arbitration" (The Hague: Kluwer Law International, 2009). 2 vols. p. 1892.

estime nécessaires et appropriés⁶³³. La CNUDCI dispose de la même règle dans son règlement arbitral en son article R., art. 24⁶³⁴.

429. Dans le règlement de la *London Court of International Arbitration* (LCIA) en son article art. 20.1⁶³⁵, un tribunal pourrait exiger d'une partie de donner les informations relatives à l'identité des témoins, le sujet sur lequel celui-ci ou ceux-ci vont témoigner et pourrait ordonner aux parties de mettre à disposition une propriété ou/et des documents liés à la procédure pour inspection.
430. Selon le règlement de la Chambre de Commerce International : « *tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés* »⁶³⁶. Selon la section 7 de la *Federal Arbitration Act* (FAA), 9 U.S.C &7, l'arbitre ou la majorité des arbitres peuvent ordonner à n'importe quelle personne de : « *comparaître par devant eux ou n'importe lequel d'eux comme témoin et si la procédure en cours l'exige, d'apporter avec lui, livre, enregistrement ou papier, lequel peut être considéré comme matériel à la procédure en cours* ».
431. Comme on peut le constater, le *discovery* est devenu une réalité dans l'arbitrage commercial. Les grandes institutions d'arbitrage permettent le *discovery*. La règle AAA⁶³⁷ permet au tribunal arbitral, quand cela est autorisé par la loi applicable, de prendre une ordonnance contraignante (*subpoenas*⁶³⁸) qui oblige le destinataire à s'exécuter.
- La section 7 de la *Federal Arbitration Act* (FAA), 9 U.S.C &7 dispose que si la personne qui a reçu l'ordre de comparaître pour témoigner venait à refuser ou à négliger un tel ordre, cette personne pourrait être contrainte à comparaître devant les arbitres ou à défaut être punie dans les mêmes conditions prévues par la loi pour non respect des ordres de l'autorité judiciaire. Ces deux

⁶³³ Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre le mémoire en demande et le mémoire en défense, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter ; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées. Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010).

⁶³⁴ AAA Int'l. Arb. R., art. 20 (2-3).

⁶³⁵ 20.1 "Before any hearing, the Arbitral Tribunal may require any party to give notice of the identity of each witness that party wishes to call (including rebuttal witnesses), as well as the subject matter of that witness's testimony, its content and its relevance to the issues in the arbitration." http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia_arbitration_rules.aspx#article13.

⁶³⁶ Article 25. 1 du règlement arbitral de la CCI, version 2017.

⁶³⁷ "R-34-(d) –evidence- An arbitrator or other person authorized by law to subpoena witnesses or documents may do so upon the request of any party or independently; AAA Int'l Arb. R., art. 3a (d).

⁶³⁸ *Idem*.

dispositions de l'AAA et de la FAA créent la base légale qui permet aux parties dans l'arbitrage américain d'avoir accès aux documents détenus par une autre partie qui, pour des raisons souvent légitimes, refuse de les transmettre volontairement sur demande. Cette pratique américaine n'est point sans conséquence dans sa mise en œuvre⁶³⁹.

432. Le système judiciaire américain a une réputation établie quand il s'agit de l'aide qu'il accorde aux tribunaux étrangers⁶⁴⁰ dans l'obtention de preuves auprès des personnes vivant aux USA. Dans le cadre de l'assistance judiciaire américaine, c'est le titre 28 U.S.C. & 1787⁶⁴¹ de la loi fédérale portant assistance judiciaire (*Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals*) qui est d'application lorsqu'une partie est en procédure devant un tribunal étranger ou international et sollicite une assistance auprès des juridictions judiciaires américaines pour une production de preuve ou un témoignage auprès d'une personne ou entité résidant aux Etats-Unis. Par contre, c'est le 9 U.S.C Code & 7⁶⁴² du Fédéral Arbitration Act

⁶³⁹ Ch. O. VERRILL Jr. "Discovery from Non-Parties (Third-Party Discovery) in International Arbitration", p. 113, Reprinted from (2010) 76 Arbitration 113-124.

⁶⁴⁰ Ici, il faut entendre juridiction étatique et juridiction arbitrale international siégeant à l'extérieur des USA.

⁶⁴¹ 28 U.S. Code § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals

a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1782>. (Consulté le 20 avril 1916).

⁶⁴² 9 U.S. Code § 7 - Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance :

"The arbitrators selected either as prescribed in this title or otherwise, or a majority of them, may summon in writing any person to attend before them or any of them as a witness and in a proper case to bring with him or them any book, record, document, or paper which may be deemed material as evidence in the case. The fees for such attendance shall be the same as the fees of witnesses before masters of the United States courts. Said summons shall issue in the name of the arbitrator or arbitrators, or a majority of them, and shall be signed by the arbitrators, or a majority of them, and shall be directed to the said person and shall be served in the same manner as subpoenas to appear and testify before the court; if any person or persons so summoned to testify shall refuse or neglect to obey said summons, upon petition the United States district court for the district in which such arbitrators, or a majority of them, are sitting may compel the attendance of such person or persons before said arbitrator or arbitrators, or punish said person or persons for contempt in the same manner provided by law for securing the attendance of witnesses or their punishment for neglect or refusal to attend in the courts of the United States.

(FAA) intitulé « *Witnesses before arbitrators; fees; compelling attendance* » qui est d'application pour les témoins en dehors des Etats-Unis.

433. Les praticiens en zone civiliste ont plusieurs griefs contre l'outil du *discovery*. Les praticiens civilistes de l'arbitrage commercial trouvent très intrusive cette judiciarisation de l'arbitrage international à travers le *discovery* américain surtout dans le cadre de la protection des données personnelles des parties et des tiers⁶⁴³. Les juristes civilistes trouvent l'attitude proactive du système judiciaire américain très agressive sur un autre point : ils n'apprécient pas la pratique qui consiste pour les conseils américains d'organiser la gestion des preuves en anticipation et avant l'audience. La pratique anglaise du *disclosure* est moins intrusive.
434. La méfiance vis-à-vis du *discovery* ne se limite pas aux pays pratiquant le système civiliste. Le système anglais aussi a également cette méfiance vis-à-vis du *discovery* américain qui consiste à faire des enquêtes sur les faits après le dépôt de la plainte. De plus, le système anglais ne partage pas la pratique américaine de « *deposition* » et l'étendue de la demande de documents

(July 30, 1947, ch. 392, [61 Stat. 672](#) ; Oct. 31, 1951, ch. 655, § 14, [65 Stat. 715](#).)"; <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/7>. Consulté le 20 avril 1916.

⁶⁴³ « L'introduction d'une injonction de produire. Le droit anglais étant, depuis l'entrée en vigueur des *Civil Procedure Rules*, revenu sur une procédure de *disclosure stricto sensu* en permettant au juge de limiter la divulgation des pièces, il est apparu indispensable de pouvoir désormais forcer les parties à produire certains documents considérés comme indispensables à l'issue du procès. L'article 31.12 dispose à cet effet que : « La Cour peut ordonner une '*specific disclosure*'. Il s'agit, comme l'explique l'article 31.12 (2), d'une injonction imposant à une partie de (a) divulguer certains éléments de preuve dont elle dispose, (b) faire une recherche spécifique ou (c) produire tous les documents obtenus dans le cadre de la recherche. Nous remarquons que l'hypothèse inscrite à l'article 31.12 (2) (a) rejoint très nettement notre production forcée des pièces de l'article 11 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile.

La preuve détenue par un tiers. La difficulté que pose la divulgation d'un élément de preuve détenu par un tiers à l'instance est réglée par les deux systèmes de droit d'une manière similaire. En droit français, ce sont les articles 138 à 141 du Nouveau Code de procédure civile qui donnent la règle applicable. Le premier dispose que « Si une partie entend faire état d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la production de la pièce ». L'article 139 poursuit : « Le juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de la pièce, au besoin sous astreinte ». En droit anglais, la Chambre de Lords a affirmé dans un arrêt *Norwich Pharmacal v. Customs and Excise Commissioners* de 1973 (2 All E. R 943 à 973c) que « le principe d'accès aux pièces n'est pas confiné aux seules parties à l'instance mais peut être étendu aux tierces personnes détenant un document essentiel ». Cette règle a été reprise par l'article 31.17 des *civil Procedure Rules*. Notons que les deux textes français et anglais exigent que la demande soit « fondée » (article 139 du Nouveau Code de procédure civile). L'article 31.17 des *Civil Procedure Rules* dispose en effet que : « *The application must be supported by evidence* ». Nous savons qu'en droit français, cette condition est remplie dès lors que « la production est indispensable, du moins utile à la solution du litige » (G. COUCHEZ, *Procédure civile*, 14ème édition, 2006, p. 328). L'article 31.17 (3) des *Civil Procedure Rules* retient lui que : « La Cour ne peut imposer une telle divulgation que lorsque (a) les pièces demandées sont susceptibles d'apporter leur soutien aux prétentions du demandeur ou d'aller à l'encontre de celles d'une partie à l'instance, et lorsque (b) la production est nécessaire à la réalisation d'un procès équitable ou pour éviter certains frais », <http://blogs.u-paris10.fr/content/une-proc%C3%A9dure-de-discovery-simplifi%C3%A9e-par-l%E2%80%99introduction-en-angleterre-des-%C2%AB-civil-procedure>, (Consulté le 22 juillet 2016).

après de la partie adverse et des personnes tierces⁶⁴⁴.

435. S'opposer à la mise en exécution du *discovery* américain est risqué surtout dans les contentieux internationaux. Les sanctions⁶⁴⁵ encourues sont dissuasives. Selon, la lettre de Prometheus, dans sa publication de mai 2011, les sanctions sont : « *jugement défavorable, sanctions pécuniaires contre celui qui refuserait de se soumettre à la procédure, poursuites pour obstruction qui constituent une infraction pénale. Enfin, le refus d'exécuter une procédure de Discovery peut être suivi de menaces de se voir interdire toute activité sur le territoire de l'État d'origine de la procédure judiciaire, et de pertes importantes de marché* »⁶⁴⁶.
436. Face à la situation d'impuissance, il y a eu des tentatives de certains États européens visant à limiter l'accès aux informations et données à caractère personnel (qui ne sont pas des secrets d'affaires). En France, par exemple, la loi de 1980⁶⁴⁷ relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, vise à restreindre la divulgation d'informations considérées comme stratégiques à une entreprise soumise à la procédure du *discovery* et protéger l'intérêt de la société. Toutefois, dans les faits, cette loi de blocage, qui menace de sanctions pénales celui qui refuse de s'y soumettre, est rarement invoquée. La cour de cassation française l'a invoquée en 2007 uniquement, pour sanctionner une société pour sa violation⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ The European bias against discovery, however, is not limited to civil law practitioners. The English also, do not share the American zest for uncovering facts after filing suit. They generally disapprove both of our method of deposition taking and the breadth of our document requests. For example, the English courts view particularly described documents as the only ones suitable for document requests. General words in a request for "any memoranda, correspondence or other.

Documents" are deemed far too broad. The request must be for actual documents shown by evidence to have existed as opposed to conjectural documents, which may or may not exist. See *Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.* A.C. 547 (1978); *In re Asbestos Ins. Coverage Cases*, 1 W.L.R. 331 (1985).

⁶⁴⁵ Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery; Sanctions www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_37, (Consulté 16 Juin 16).

⁶⁴⁶ <http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201105/la-proc%C3%A9dure-dite-de-discovery/>, (Consulté le 16 juin 16).

⁶⁴⁷ Loi (française) n° 80-538 du 16 juillet 1980 *relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, modifiant la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 *relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*. <http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201105/la-proc%C3%A9dure-dite-de-discovery/>, consulté le 20 avril 2015.

⁶⁴⁸ <http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201105/la-proc%C3%A9dure-dite-de-discovery/>, (Consulté le 20 avril 2015).

437. Dans une publication, la fondation Prometheus soutient que « *La procédure de Discovery trouve son origine dans la volonté de délimiter l'objet du litige, de multiplier les sources d'éléments de preuves, de réduire les coûts et d'accélérer la résolution des litiges* »⁶⁴⁹. Mais force est de constater que le résultat obtenu ne semble pas conforter ces nobles intentions originelles. L'auteur de l'article sur le site de la fondation Prometheus partage cet avis lorsqu'il soutient qu'il : « *...s'est ainsi développé la pratique de « fishing expedition »* » d'une part et que d'autre part, « *... la demande de Discovery est vague et générale, moins les éléments de preuves recherchés sont liés à l'objet du litige. Cela augmente le risque de demandes d'éléments d'informations sensibles à caractère stratégique pour l'autre partie (procédés de fabrication, savoir-faire, fichiers commerciaux), voire une atteinte à l'intérêt économique national adverse* ».
438. Le 14 avril 2016 à Strasbourg, le parlement européen a adopté une directive portant protection des secrets d'affaires (Secrets d'affaires : protéger les entreprises et le droit à l'information)⁶⁵⁰. Le communiqué de presse en date du même jour précise que : « *De nouvelles règles visant à faciliter les recours juridiques des entreprises pour obtenir réparation suite au vol ou à l'abus des données relevant du secret d'affaires ont été adoptées par le Parlement ce jeudi.*»
439. A ce jour, il paraît trop prématuré de prédire l'interprétation que la pratique fera de cette directive européenne quand des entreprises européennes recevront dans une procédure contentieuse arbitrale ou non une demande de discovery. Au-delà de ce qui a pu être dit, ce qu'il faut retenir

⁶⁴⁹<http://www.fondation-prometheus.org/wsite/publications/newsletter/201105/la-proc%C3%A9dure-dite-de-discovery/>. (Consulté le 20 avril 2017).

⁶⁵⁰ « De nouvelles règles visant à faciliter les recours juridiques des entreprises pour obtenir réparation suite au vol ou à l'abus des données relevant du secret des affaires ont été adoptées par le Parlement ce jeudi. Les députés ont obtenu que la liberté d'expression et d'information soit protégée et que ces règles n'entravent pas le travail de la presse.

Une entreprise sur cinq est victime d'un vol de ses secrets d'affaires chaque année. Un cadre juridique harmonisé doit permettre aux entreprises d'évoluer dans un environnement sûr et fiable, où leurs actifs et leur savoir-faire seront protégés", a déclaré le rapporteur Constance Le Grip (PPE, FR). "Nous nous sommes battus pour que ce texte protège également le travail des journalistes et les lanceurs d'alerte d'une façon aussi claire que possible", a-t-elle ajouté.

La directive, qui fait l'objet d'un accord politique avec les ministres des 28, introduit une définition commune de la notion de "secret d'affaires", à savoir, les informations qui sont secrètes et qui ont une valeur commerciale en raison du fait qu'elles sont secrètes, et qui ont été soumises à des mesures raisonnables pour être gardées secrètes.

Le texte contraindra les États membres à garantir que les victimes d'une utilisation abusive des secrets d'affaires puissent défendre leurs droits et demander réparation devant les tribunaux. Le texte conclu prévoit également des règles sur la protection des informations confidentielles pendant le procès... », <http://www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/20160407IPR21787/Secrets-d'affaires-prot%C3%A9ger-les-entreprises-et-le-droit-%C3%A0-l'information..>, (Consulté le 16 Juin 16).

est que la procédure judiciaire d'origine américaine pose aux sociétés étrangères, surtout européennes qui ont un lien économique fort avec les Etats-Unis, un souci en matière contentieuse.

En arbitrage commercial, cette pratique laissée aux bons soins du tribunal arbitral qui est chargé de la mettre en œuvre, lorsque les parties l'adoptent ou ne se prononcent pas sur la règle de procédure, pose en réalité une difficulté majeure en matière de protection de données à caractère personnel.

§2- Le caractère invasif des mécanismes de l'astreinte et du *discovery*

440. Les centres arbitraux les plus importants autorisent le *discovery* américain. Plusieurs centres l'ont même accepté dans les pays civilistes. C'est le cas par exemple de la Chambre de Commerce Internationale localisée à Paris.

L'*astreinte* et le *discovery* sont des mécanismes de procédures voisins à la différence que ce dernier est plus invasif (A). Appréhendée sous cet angle, l'astreinte aussi constitue une véritable menace à la protection des secrets d'affaires en matière d'arbitrage (B).

A. Le caractère « péremptoire » du *discovery*

441. En Europe continentale, la procédure de *discovery* en matière contentieuse se heurte aux exigences de protection des données à caractère personnel. Elle est contraire au texte de l'Union européenne (UE) sur la protection des libertés fondamentales. L'article 8⁶⁵¹ de la charte des droits fondamentaux de l'UE et de l'article 8 de « la Convention de Sauvegarde des Droits et des Libertés Fondamentales »⁶⁵² respectivement dans leurs visés disposent que « *la protection*

⁶⁵¹ Article 8 : Protection des données à caractère personnel

1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.

2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.

3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT> . (Consulté le 20 avril 1916).

⁶⁵² Article 8 – Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des*

des données à caractère personnel a une vocation universelle et elle a été érigée au rang de liberté fondamentale »⁶⁵³.

442. En général, dans les procédures contentieuses, le *discovery* est une cause de divulgation d'information que l'autre partie souhaiterait garder secrète ou n'aurait pas aimé communiquer si elle en avait le choix. C'est particulièrement la pratique du *discovery* caractérisée de *subpoena*, qui impose aux parties en procédure contentieuse l'obligation de divulgation d'informations non produites par avance. L'Europe est méfiante vis-à-vis de cette pratique américaine qui peut ouvrir la voie à des excès durant l'administration de la preuve. Ici, très souvent, la loi permet aux demandeurs d'exiger la production de tous les documents qui, d'une manière ou d'une autre, peuvent permettre d'éclairer la partie ou qui peuvent aider la partie à mieux cerner le litige et mieux se préparer pour l'audience. Dans nombre de cas, ce sont des milliers de documents qui sont sollicités. Ceci pourra mettre en péril les secrets commerciaux.

D'autre part cette pratique porte aussi atteinte à la protection des données des sociétés et menace la vie privée des salariés. Par rapport aux salariés, c'est le cas par exemple lorsque ces données sont liées à leurs informations personnelles. S'exprimant dans sa chronique sur les effets de l'*e-discovery*⁶⁵⁴ sur les données à caractère personnel, Maître Ch. F. SCHUHL a estimé que :

infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. <http://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680063776>. (Consulté le 20 avril 2017).

⁶⁵³ C. BURTON et O. PROUST, « Le conflit de droits entre les règles américaines de *e-discovery* et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume », *RLDI* 2009/46 n° 1531, p.80-81 ; La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental. L'article 8, paragraphe 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « Charte ») et l'article 16, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne disposent que toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant, règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>, (Consulté le 08-06-2019).

⁶⁵⁴ « La procédure américaine de *discovery* permet à une partie, dans le cadre de la recherche de preuves pouvant être utilisées dans un procès civil ou commercial, de demander à la partie adverse tous les éléments d'information pertinents (faits, actes, documents...), quand bien même ceux-ci lui seraient défavorables. Cette procédure a été renforcée en 2006, lors d'un changement législatif qui contraint les entreprises à conserver et produire également tous les documents et informations sous forme électronique tels que les courriels des salariés, disques durs, logs de connexion, etc. Cette dématérialisation de la procédure permet l'accès à un nombre encore plus important de données. Pour satisfaire à ces exigences, certaines entreprises américaines n'hésitent pas à mettre en place un système d'archivage automatique qui copie les documents et communications électroniques conservés sur le réseau informatique de l'entreprise puis les archivent pour une durée indéterminée sur les serveurs de l'entreprise en vue de litiges potentiels.

Or, dans le contexte actuel de mondialisation, le *Discovery* ne touche pas seulement les Etats-Unis puisqu'il implique la collecte d'informations auprès d'entreprises françaises ou européennes qui sont des filiales de sociétés américaines, ou qui ont une activité outre-atlantique. Une telle procédure est donc particulièrement intrusive. » <http://www.journaldunet.com/solutions/expert/41552/e-discovery---la-cnll-se-prononce.shtml>. (Consulté le 27 août 1916).

« d'une part, la divulgation du disque dur ou des messages d'un employé peut porter atteinte à son droit au respect de la vie privée ou au secret des correspondances. D'autre part, le Discovery porte atteinte aux dispositions de la loi Informatique et Libertés, notamment celles relatives aux droits d'information et d'opposition des personnes concernées, à la proportionnalité du traitement de données, ainsi qu'aux règles en matière de transfert de données hors Union européenne »⁶⁵⁵. Pour O. PROUST et C. BURTON⁶⁵⁶, sous le titre '*Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume*'⁶⁵⁷, « *Le conflit entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de protection des données à caractère personnel met en exergue une différence de conception de la protection des données personnelles entre les deux continents* ».

Bien que les données à caractère personnel ne soient pas *per se* des secrets d'affaires ni au sens de la directive européenne, ni au sens des autres textes nationaux ou multinationaux, ni au sens de la conception doctrinale dominante, l'exposé de leur traitement par le *discovery* démontre à suffisance le caractère très invasif de ce mécanisme doctrinal. En effet, le 24 octobre 1995, le parlement et le conseil de la *Communauté Economique Européenne* (Union européenne (UE) aujourd'hui) avaient pris la directive 95/46/CE⁶⁵⁸ adoptée à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Depuis le 27 avril 2016, la directive 95/46/CE a été abrogée et remplacée par le règlement (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil relatif à la protection des

⁶⁵⁵ <http://www.journaldunet.com/solutions/expert/41552/e-discovery---la-cnll-se-prononce.shtml>, Consulté le 20 avril 2017.

⁶⁵⁶ O. PROUST & C. BURTON "Le conflit de droits entre les règles américaines de *e-discovery* et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume », n° 46, fevr. 2009 • *Revue de la propriété intellectuelle* 79, <https://www.wsgr.com/attorneys/BIOS/PDFs/burton-ediscovery-0209.pdf>, (Consulté le 20 février 2017).

⁶⁵⁷ Le *e-discovery* est la procédure de *discovery* dématérialisée. La procédure américaine de *Discovery* permet à une partie, dans le cadre de la recherche de preuves pouvant être utilisées dans un procès civil ou commercial, de demander à la partie adverse tous les éléments d'information pertinents (faits, actes, documents...), quand bien même ceux-ci lui seraient défavorables. Elle incite les entreprises à archiver automatiquement tous les documents et communications électroniques. Elle dématérialise la procédure et permet l'accès à un nombre encore plus important de données. Pour satisfaire à ces exigences, certaines entreprises américaines n'hésitent pas à mettre en place un système d'archivage automatique qui copie les documents et communications électroniques conservés sur le réseau informatique de l'entreprise puis les archivent pour une durée indéterminée sur les serveurs de l'entreprise en vue de litiges potentiels.

⁶⁵⁸ Directive 95/46/CE du parlement européen et du conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=13580>. (Consulté le 20 avril 2017).

personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et règlement général sur la protection des données (RGPD). Le présent texte a ses objectifs déterminés comme suit : « 1. *Le présent règlement établit des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données.*

2. *Le présent règlement protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, et en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel.*

3. *La libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel »*⁶⁵⁹. Trois points⁶⁶⁰ essentiels résument le nouveau Règlement UE 2016/679, le renforcement des droits des personnes, la responsabilisation des acteurs traitant des données et la crédibilisation de la régulation.

443. Selon le point 2 du préambule du RGPD, « *Les principes et les règles régissant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel les concernant devraient, quelle que soit la nationalité ou la résidence de ces personnes physiques, respecter leurs libertés et droits fondamentaux, en particulier leur droit à la protection des données à caractère personnel. Le présent règlement vise à contribuer à la réalisation d'un espace de liberté, de sécurité et de justice et d'une union économique, au progrès économique et social, à la consolidation et à la convergence des économies au sein du marché intérieur, ainsi qu'au bien-être des personnes physiques.* »⁶⁶¹ Pour l'UE, le traitement des données à caractère personnel devrait être conçu pour servir l'humanité.

444. Le règlement (UE) 2016/679 incorporé dans les législations nationales des pays membres est en conflit avec les exigences du *discovery* américain. Ceci met en exergue une différence de conception de la protection des données à caractère personnel entre l'Europe et les États-Unis.

⁶⁵⁹ Règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. (Consulté le 08-06-2019).

⁶⁶⁰ <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-sur-la-protection-des-donnees-ce-qui-change-pour-les-professionnels> (Consulté le 08-06-2019).

⁶⁶¹ Point 2 du préambule, règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. (Consulté le 08-06-2019).

Au sein de l'Union européenne, la protection des données à caractère personnel a une vocation universelle et est reconnue comme une liberté fondamentale⁶⁶². Vu du point de vue européen, le traitement⁶⁶³ des informations et de documents sur la base du *discovery* américain constitue un traitement de données à caractère personnel qui tombent sous le champ d'application du règlement (UE) 2016/679 et des différentes lois nationales de transposition. La notion de « *données à caractère personnel* »⁶⁶⁴, telle que définie dans le règlement, peut s'appliquer à toute communication de documents tels que contrat, courriel, fichier d'adresses et autres.

445. Pour Maître Ch. F. SCHUHL⁶⁶⁵, dans la pratique de l'*e-discovery*, les sociétés sont parfois contraintes de remettre le disque dur qui contient les données des salariés durant la procédure de *discovery*. En Europe, l'accès aux disques durs ou au dossier d'un salarié se heurte aux principes du respect de la vie privée⁶⁶⁶ et celui des secrets de correspondances⁶⁶⁷ et communication électronique⁶⁶⁸.

Aux USA, l'accès par l'employeur aux courriels électroniques et aux fichiers contenus sur le disque dur d'un ordinateur attribué à un salarié est souvent considéré comme un droit de l'employeur, car ces documents par nature relèvent du « *business documents* ». Dans le cadre

⁶⁶² Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=13580>. (Consulté le 20 Avril 2016).

⁶⁶³ «traitement», toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction; règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. (Consulté le 08-06-2019).

⁶⁶⁴ Article 4 « données à caractère personnel», toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée «personne concernée»); est réputée être une «personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale », règlement (ue) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>. Consulté le 08-06-2019.

⁶⁶⁵<http://www.journauldunet.com/solutions/expert/41552/e-discovery---la-cnll-se-prononce.shtml>. <http://www.feral-avocats.com/en/lawyer/christiane-feral-schuhl/>. (Consulté 20 avril 2016).

⁶⁶⁶ <https://www.wsgr.com/attorneys/BIOS/PDFs/burton-ediscovery-0209.pdf>. (Consulté le 20 avril 2017).

⁶⁶⁷ *Idem*.

⁶⁶⁸ *Idem*.

des États-Unis, la protection des données à caractère personnel est sectorielle et il n'y a pas une loi fédérale à vocation universelle en matière de protection des données à caractère personnel. Exemple le « *attorney-client privilege* »⁶⁶⁹ protège les informations du client que détient son avocat. Celui-ci ne peut les divulguer sauf accord de son client. Tandis qu'en Europe, le privilège est aux mains du conseil et non de son client. Ce contraste illustre une fois de plus les divergences qui existent entre les positions américaines et celles de l'UE en matière de protection des données à caractère personnel.

A ce point du développement, on peut s'accorder avec O. PROUST et C. BURTON qui soutiennent dans leur contribution⁶⁷⁰ qu'il y a un conflit de droits entre les règles américaines d'e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel.

B. L'astreinte, une autre menace pour la protection des secrets d'affaires

446. L'astreinte⁶⁷¹ est une condamnation pécuniaire prononcée par le juge et destinée à vaincre la résistance d'un débiteur récalcitrant; elle est appréhendée comme un accessoire d'une condamnation principale dont elle tend à forcer l'exécution. Ici le juge constate le droit du demandeur et prononce contre le défendeur une injonction. Puis il décide que, faute pour le condamné de déférer à l'injonction, ce dernier devra payer au créancier une somme donnée par jour, mois, de retard, ou par infraction à la défense incorporée dans l'injonction. Pour caricaturer l'astreinte, le doyen Carbonier a écrit « *On frappe le portefeuille pour contraindre la volonté* »⁶⁷². En droit français, sur le fondement de l'article L.131-1⁶⁷³ du code des procédures civiles

⁶⁶⁹ "The attorney-client privilege, sometimes referred to as the testimonial privilege, is a concept from the law of evidence and is present in the common law or statutes of the fifty states. The client, acting through the lawyer, may claim the privilege. As stated in Model Rule 1.6, Comment [3]: "The attorney-client privilege and work product doctrine apply in judicial and other proceedings in which a lawyer may be called as a witness or otherwise required to produce evidence concerning a client."
http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/confidentiality_or_attorney_authcheckdam.pdf. (Consulté le 20 avril 2017).

⁶⁷⁰ O. PROUST & C. BURTON "Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume », N 0 46 • FÉVRIER 2009 • *revue la mydroit de l'immatériel* 79, *Op. Cit.* note 653, p. 204.

⁶⁷¹ « L'astreinte est la condamnation à une somme d'argent à raison de tant par jour ou par semaine ou par mois prononcée par un juge à l'encontre d'un débiteur récalcitrant en vue de l'amener à exécuter en nature son obligation. L'astreinte est toujours provisoire, sauf si le juge a précisé qu'elle était définitive. Une astreinte définitive ne peut être prononcée qu'après une astreinte provisoire et pour une durée déterminée par le juge. », <http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/astreinte.html>. (Consulté le 09-06-2019).

⁶⁷² Thomas Kadner Graziano, *Comparative Contract Law*, Second Edition: Cases, Materials and Exercises, §75.

⁶⁷³ Article L131-1 Code des procédures civiles d'exécution français «*Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision.*

d'exécution, tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision. Dans le code des procédures civiles d'exécution, l'astreinte figure sous le titre "*La prévention des difficultés d'exécution*" (articles L421-1 et s). L'astreinte a été incorporée dans le droit français de l'arbitrage issu de la réforme du 13 janvier 2011. Il a été consacré dans deux articles, notamment l'article 1467 alinéa 3 et l'article 1469 alinéa 4 du Nouveau code de procédure civile (NCPC)⁶⁷⁴. L'article 1469 alinéa 4⁶⁷⁵ NCPC se réfère à une partie qui souhaite voir un document que detient une tierce personne produit. Il est applicable en matière d'arbitrage international en vertu de l'article 1506 3°. Il donne autorité à un juge de droit commun d'ordonner à des tiers de produire des documents susceptibles d'éclairer le tribunal arbitral. Il est fait uniquement sur invitation. Plus précisément, la partie requérante s'adresse au tribunal arbitral qui l'autorise à introduire une action à cette fin auprès d'un juge de droit commun en l'occurrence, le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. Pour le Professeur E. GAILLARD, « *la*

Le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge si les circonstances en font apparaître la nécessité ».

⁶⁷⁴ « Art. 1469.-"Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

« La compétence territoriale du président du tribunal de grande instance est déterminée conformément aux articles 42 à 48.

« La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

« Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

« Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

« Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision. », JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777 texte n° 9, décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR: JUSC1025421D, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/texte> eAlias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte> . (Consulté le 20 avril 2016).

⁶⁷⁵ « Art. 1469.-Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce.

« La compétence territoriale du président du tribunal de grande instance est déterminée conformément aux articles 42 à 48.

« La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

« Le président, s'il estime la demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait, selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte.

« Cette décision n'est pas exécutoire de plein droit.

« Elle est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision. », JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777 texte n° 9, **Décret n° 2011-48** du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR: JUSC1025421D

ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/texte>

Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>. (Consulté le 05 janvier 2019).

philosophie de soutien de l'arbitrage, sans aucun risque d'immixtion du juge étatique dans la conduite de l'arbitrage, est, là encore très explicite »⁶⁷⁶.

La pratique de l'astreinte est coercitive en ce sens qu'elle contraint dans l'esprit de cet article une tierce personne à produire un document qu'il ne désire pas produire forcément pour une raison légitime qui porte forcément sur le contenu. Ce document peut aussi être un qui à de l'intérêt pour la partie adverse dans l'arbitrage et qui est détenu par un tiers. Forcément la partie adverse ne souhaiterait pas sa production. L'utilisation de l'astreinte pour produire ce document se justifie du fait que le détenteur du document ne veut pas volontairement le produire et pour cause.

Plus loin, l'alinéa 3 de l'article 1469 NCPC précise que « *La demande est formée, instruite et jugée en matière de référé* ». Ceci pose un risque pour les informations confidentielles ou secrètes contenues dans le document. Le référé, bien qu'il ne soit pas une procédure de fond à proprement parler, il est quand même contradictoire et public. Il conduit à l'échange de preuves. Cela va sans dire qu'il est de nature à exposer le contenu de l'acte à une audience qui n'est pas qualifiée. Mieux, l'exposition à un public étranger n'est pas ponctuelle ; elle peut être répétitive puisque l'alinéa 5 de l'article 1469 précise que la procédure n'est pas exécutoire de plein droit, elle est susceptible d'appel.

- 447.** L'article 1467 du NCPC, en son alinéa 3, traite des éléments de preuve que pourrait detenir une partie. Il dispose que « *si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte.* »⁶⁷⁷ Dans cet article, autorité est donnée au tribunal arbitral d'enjoindre une autre partie à produire un élément de preuve qu'il détient. Ceci peut être fait par ordonnance du tribunal arbitral. Cette pratique est conforme à la pratique du *discovery* en droit américain qui permet également à une partie d'exiger de l'autre partie la production d'éléments de preuve qu'il détient.

Que se passera-t-il dans le cas présent si la partie sollicitée par le tribunal refuse de s'exécuter ? Y a-t-il possibilité pour le tribunal arbitral de se référer au juge d'Etat ? Cette question demeure sans réponse à mon sens. La formulation de l'article 1467, en son alinéa 3, ne précise pas non plus si cette astreinte est faite dans l'intérêt du tribunal qui souhaite éclairer sa lanterne ou dans

⁶⁷⁶ E. GAILLARD, *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage*, *Op. Cit.*

⁶⁷⁷ Article 1467 alinéa 3 JORF n°0011 du 14 janvier 2011, page 777, texte n° 9, Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage NOR: JUSC1025421DELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/te> xte Alias: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>. (Consulté le 20 avril 1917)

l'intérêt d'une partie qui souhaite avoir accès à un élément de preuve. Il est important que la jurisprudence française éclaire la pratique sur ces questions qui relèvent de la procédure civile et que ne traitent pas directement la loi portant protection des secrets des affaires.

448. Toujours est-il que dans la pratique internationale de l'arbitrage, il est accepté qu'une partie qui souhaite recevoir des éléments de preuve détenus par les autres parties ou un tiers puisse le faire en sollicitant l'appui du juge. C'est un droit qu'elle peut faire prévaloir et être autorisée par le juge si elle prouve que la non-production de ces éléments est de nature à préjudicier ses droits. Le droit français de l'arbitrage international est ancré dans cette logique et il est acceptable dans cet esprit qu'une partie en arbitrage international puisse utiliser le *discovery* à défaut de l'astreinte à ses fins.

SECTION 2 : L'ABSENCE D'UN RÉGIME PROTECTEUR DES SECRETS D'AFFAIRES

449. L'arbitrage international, comme on le sait, est devenu la voie par excellence utilisée par les sociétés et autres entités pour résoudre leurs litiges. Les difficultés perceptibles et manifestes d'un procès international devant des juridictions nationales existantes ont fait la preuve de leurs limites. D'autres secteurs comme le droit commercial international n'ont pratiquement pas de juridictions compétentes⁶⁷⁸ (cour internationale) sur le plan international qui pourraient connaître de leur litige. Le plus simple est aujourd'hui la voie arbitrale. Elles peuvent l'organiser dans une large mesure. Elles peuvent choisir la loi de fond, le règlement de procédure qui doit s'appliquer à la résolution de leur litige. Toutefois, cette affirmation mérite un assouplissement tant aujourd'hui l'arbitrage est devenu sophistiqué et très souvent il est difficile de tout prédire même lorsque les parties se confient aux meilleurs spécialistes en la matière. Fort heureusement, à moins que les parties fassent le choix d'une procédure *ad hoc*, elles peuvent résoudre leur litige en se plaçant sous l'égide d'un centre international d'arbitrage comme la CCI, ou la LCIA, etc. Ces centres internationaux, tout en respectant l'autonomie des parties dans l'organisation de la résolution de leur litige, leur offrent une alternative. Les centres internationaux d'arbitrage disposent de règlements arbitraux formels qui sont mis à disposition de qui le souhaite.

⁶⁷⁸ Devant une juridiction classique, la justice est rendue au nom du peuple et doit rendre public. Ce principe aussi vieux que le monde est répulsif pour les sociétés commerciales et/ou industrielles qui ont un intérêt certain à ne pas voir leurs secrets commerciaux et industriels dans le domaine public.

450. L'analyse du régime de l'administration de la preuve durant la procédure de l'arbitrage commercial démontre la vulnérabilité des secrets d'affaires (§1).

Dans une recherche de solution à cette situation préoccupante, la communauté arbitrale, certaines institutions internationales ont exclusivement laissé au tribunal arbitral sans standards, le choix de protéger les secrets d'affaires des parties. Ceci est une grande responsabilité sans véritable moyen pour l'assumer. Dans ce schéma, l'arbitre se retrouve à décider sans une véritable orientation. Il revient donc seul au tribunal arbitral ou avec le concours des parties, de trouver la meilleure méthode de protection des secrets d'affaires durant l'administration des preuves (§2).

§1- Un régime d'administration de la preuve peu protecteur des secrets d'affaires

451. Le régime de droit commun de la confidentialité tel que développé et pratiqué, offre peu ou presque pas une protection aux secrets d'affaires. Que ce soit, au niveau de la formulation des principes ou de leur mise en œuvre, de graves carences exposent les secrets commerciaux. Le régime manque de rigueur dans son application ; il connaît trop d'exceptions et ne prévoit aucune sanction contre ceux qui ne le respectent pas. Ces éléments combinés exposent les secrets d'affaires et rendent inefficace le régime de droit commun de la confidentialité (**A**).

En réalité, le régime du droit commun de la confidentialité ne traite pas spécifiquement des secrets d'affaires. Il offre des solutions hétérogènes non adaptées. Il est peu effectif (**B**).

A. L'ineffectivité du régime de droit commun de la confidentialité

452. De nombreux universitaires et praticiens de l'arbitrage s'accordent sur l'existence d'une présomption de confidentialité entre les parties dans une procédure arbitrale commerciale. Selon, le dictionnaire juridique⁶⁷⁹ de Gérard Cornu, le concept de la confidentialité est ce « *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 confidence)* » ou bien « *qui doit être accompli en secret* ».

⁶⁷⁹ B. Alexis C., "Presumption Meets Reality: An exploration of the Confidentiality Obligation in *International Commercial Arbitration* Op. cit. note 64, p. 20.

Pour l'article 52 (a) de l'OMPI, sous la rubrique divulgation des secrets de fabrique et d'affaires et autres informations confidentielles : « *Aux fins du présent article, on entend par information confidentielle toute information, quel qu'en soit le moyen d'expression, qui: i) est détenue par une partie; ii) n'est pas accessible au public; iii) a une importance financière, industrielle ou commerciale; et iv) est traitée comme confidentielle par la partie qui la détient* ».

453. Une procédure judiciaire confidentielle est celle *in-camera* dans la conception anglo-américaine. Elle se déroule en secret. 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 secret⁶⁸⁰. Ce n'est pas un état de fait mais plutôt une obligation légale qui porte sur les informations et les documents. Elle est souvent considérée comme un des plus grands avantages de l'arbitrage⁶⁸¹. Selon la formule de L. Y. FRONTIER, c'est l'un des plus grands avantages de l'arbitrage et l'une des principales raisons pour lesquelles les hommes d'affaires dans le monde entier ont fait de l'arbitrage leur forum de choix pour la résolution des litiges relatifs au commerce international (*The principle that arbitration [......] confidential as between the parties would seem to be self-evident. Is this not one of the most important of the perceived advantage of arbitration and one of the main reasons why business people around the world have made arbitration the forum of choice for the resolution of their international commercial arbitration*)?
454. Pourtant, les institutions qui administrent l'arbitrage commercial international traitent la confidentialité de manière hétérogène et ceci fragilise la protection des secrets d'affaires. Certains règlements internationaux et non des moindres ne la mentionnent même pas. C'est le cas parmi tant d'autres du règlement arbitral de la Chambre Commerciale Internationale qui précise, en sa récente version, en son article 6⁶⁸², que « *Les travaux de la Cour ont un caractère*

⁶⁸⁰Plusieurs études confirment l'importance de la confidentialité pour les usagers de l'arbitrage commercial international. Une étude non scientifique du docteur Christian Buhring-Uhle entre novembre 1991 et Juin 1992 confirmera cette perception. Une autre étude réalisée en 1992 pour la London Court of International Arbitration (LCIA) par *the London Business School* a aussi retenu la confidentialité comme le plus important avantage de l'arbitrage. Pour plusieurs parties, la protection de leurs secrets commerciaux est la principale raison du choix d'une procédure confidentielle de résolution de litiges.

⁶⁸¹<http://arbitration.oxfordjournals.org/content/21/2/211>;
<http://apps.americanbar.org/intlaw/calendar/spring2005/papers/41.09.pdf> . (Consulté le 20 avril 2017).

⁶⁸² Les travaux de la cour ont un caractère confidentiel, que toute personne participant à un titre quelconque à ces travaux est tenue de respecter. 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, Confidentialité Article 6, règlement d'arbitrage de la cci appendice i – statuts de la

confidentiel ». Pour les Institutions Arbitrales Internationales qui ont adopté le concept, il y a une grande divergence sur leur traitement de la confidentialité qui ne rassure pas les auteurs des secrets d'affaires. Pour celles des institutions qui ont opté pour une confidentialité inhérente, les règles sont imprécises et vagues pour servir adéquatement la protection des secrets d'affaires.

455. Sous le règlement de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), la règle arbitrale prescrit une obligation générale de confidentialité, en particulier, la confidentialité de tout document qui est préparé pour le compte de la procédure arbitrale. Cependant, les textes ne planchent pas en profondeur sur le concept de confidentialité. Dans le règlement de la loi suisse relative à l'arbitrage international, la règle est similaire à celle sous la LCIA. A moins que les parties s'accordent sur le contraire par écrit, elles s'engagent à garder confidentielle toute sentence arbitrale, ordonnance, aussi bien que tous les matériaux soumis par l'autre partie -qui ne sont pas encore dans le domaine public- dans le cadre de la procédure arbitrale. Ces dispositions s'imposent également aux autres personnes impliquées dans la procédure arbitrale.
456. Pour les règlements des institutions, comme le règlement de la Chambre Internationale de Commerce (ICC), les dispositions de la procédure d'arbitrage ne contiennent pas une règle de confidentialité automatique, mais le tribunal arbitral peut ordonner l'application de la confidentialité sur demande d'une partie. Dans le règlement de la CNUDCI (UNCITRAL) la loi-type portant sur l'arbitrage commercial, il n'y a pas une disposition sur la confidentialité. La règle dispose seulement que la sentence arbitrale ne doit pas être publiée, sauf avec l'accord des deux parties⁶⁸³.
457. Ce traitement hésitant se retrouve aussi au niveau des lois arbitrales. La nouvelle loi arbitrale française sur l'arbitrage interne et international⁶⁸⁴ réaffirme le caractère confidentiel de l'arbitrage domestique mais cette présomption de confidentialité ne peut s'appliquer en matière

cour internationale d'arbitrage, règlement d'arbitrage Règlement de médiation édition, Chambre de commerce internationale 2011, 2013.

⁶⁸³ La sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise d'une partie en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente, forme et effet de la sentence, Article 34(5). Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, (version révisée en 2010).

⁶⁸⁴ E.I GAILLARD et P. DE LAPASSE, « *Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage* » (2011) 2 *Cahiers de l'Arbitrage* 263 au para 2 [GAILLARD et de LAPASSE].

d'arbitrage international. Le Professeur E. GAILLARD⁶⁸⁵ soutient que de nombreux arbitrages internationaux concernent des traités d'investissements et qu'il existe une forte aspiration à la transparence en cette matière, comme l'illustrent notamment les travaux actuels de la CNUDCI. Ensuite, il considère que même en matière commerciale, la confidentialité ne s'impose pas toujours et qu'il vaut donc mieux laisser les parties le stipuler expressément, ou encore, laisser le tribunal décider de cette question « *lorsque les circonstances l'exigent* ».

458. Au plan international, les Etats sont très divisés sur la conduite à tenir vis-à-vis de la confidentialité. Elle fait plus l'objet d'une présomption dans une large majorité. Et pourtant la pratique a démontré qu'une simple présomption de confidentialité n'est d'aucune utilité⁶⁸⁶. En exemple le Professeur E. GAILLARD soutenait que : « *Si une partie parle à la presse d'un arbitrage en cours, quelle sera la sanction ? Au pire, le tribunal arbitral va lui demander de ne pas recommencer. Il ne se passera rien de plus. C'est une fausse protection que de se reposer sur la présomption que l'arbitrage est par nature confidentielle* »⁶⁸⁷.

459. A ce point, il n'y a pas un régime unique, conventionnel de la confidentialité en arbitrage commercial, mais des régimes qui sont divers. Ceci rend incertaine l'administration de la preuve durant une procédure arbitrale internationale. Cette situation, pas très explicite et précise du régime du droit commun de la confidentialité, limite considérablement l'effectivité du régime du droit de la confidentialité en arbitrage international. Pour une partie qui fait le choix de la procédure arbitrale commerciale, il est pratiquement impossible de dire quelle information elle peut garder confidentielle.

460. Les décisions de justice sur la matière ne s'accordent pas sur l'existence même de cette confidentialité. Certains pensent qu'elle existe du fait de la présence de la convention arbitrale⁶⁸⁸. D'autres soutiennent qu'elle n'existe pas si les parties ne s'accordent pas sur elle⁶⁸⁹. Les acteurs de l'arbitrage ne s'accordent pas non plus sur quelles informations étendre au principe dans une

⁶⁸⁵ Sur l'ensemble de la question : *Traité de l'arbitrage international* par Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, Litec, 1996.

⁶⁸⁶ E. GAILLARD, « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, Op. Cit.

⁶⁸⁷ *Idem*.

⁶⁸⁸ 1 *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.

⁶⁸⁹ *Esso Australia Resources Ltd et consorts v. The Honourable Sidney James Plowman* (The Minister for Energy and Minerals), 7 avril 1995, Arb. Int. (1995) à p. 235 ss.

procédure arbitrale. Cela pose alors un problème de prédictibilité en matière arbitrale quand il s'agit surtout de la protection des informations confidentielles. Ceci constitue un risque sérieux à la protection des secrets d'affaires et une source d'insécurité pour leurs auteurs.

B. L'hétérogénéité des solutions à la question de la protection des secrets d'affaires

- 461.** Le traitement de la question de la confidentialité en arbitrage commercial est divers et les approches sont multiples. En termes de traitement, certaines institutions ne le traitent pas directement et n'en font même pas mention. C'est le cas, par exemple, de l'arbitrage international français qui laisse aux parties la charge de se protéger. On peut dire sans hésiter que la protection des secrets commerciaux, dans l'arbitrage commercial international, est à l'image du régime défaillant de la confidentialité mieux dans un état pire. Et pourtant, l'importance des secrets d'affaires pour l'essor économique et l'entrepreneuriat international n'est nulle part contestée. La *US Chamber of Commerce* a qualifié les secrets d'affaires « *d'éléments les plus importants de la propriété intellectuelle* »⁶⁹⁰.
- 462.** Pour mieux cerner cette préoccupation par rapport au traitement des secrets d'affaires en matière d'arbitrage international, il convient de faire une comparaison avec le traitement que font les droits internes des Etats⁶⁹¹ composant la communauté internationale. Au plan interne, certains Etats ont très tôt pris conscience de l'importance des secrets des affaires et de la nécessité de les protéger⁶⁹².
- 463.** Sur le vieux continent, c'est l'Union européenne qui avait commandité une étude d'experts pour évaluer l'opportunité d'une législation communautaire protectrice des secrets d'affaires. Le processus a abouti. Le conseil et la commission de l'UE ont adopté une Directive le 14 avril 2016 à Strasbourg. Cette directive organise la protection des secrets d'affaires au sein de la

⁶⁹⁰ US chamber of commerce « The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific-Partnership Agreement » at 3 (2013). *Op. Cit.* notec12, p. 11.

⁶⁹¹ Economic Espionage. US Code, Section 1831 et seq., Title 18, 1996; Defend Trade Secrets Act of 2016, 18 U.S.C. §1836.

⁶⁹² Au niveau des Etats-Unis, les Etats ont procédé par le vote des législations spéciales pour protéger les secrets commerciaux. Près de quarante-six (46) Etats ont adopté l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA) qui définit ce qu'il faut entendre par secret d'affaires et crée un système de protection. L'attention du législateur américain ne s'est pas arrêtée à cette législation au niveau des Etats. Il y a des législations fédérales. En 1996, le Congrès américain a voté « *The Economic Espionage Act* », (EEA) dans laquelle la définition des secrets d'affaires est plus large que celle de l'UTSA et du « *Restatement of Torts* » de 1939. De son côté, la US Chamber of Commerce a introduit une contribution intitulée « *The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets In Trans-Pacific-Partnership (TPP) Agreement Act* » pour exhorter les futurs membres à prendre des mesures dissuasives pour décourager les atteintes aux secrets commerciaux sur leurs territoires.

communauté à travers une définition du concept de secrets d'affaires et la formalisation d'un régime de protection. Par une loi de transposition, la France a intégré la directive européenne sur la protection des secrets d'affaires au plan interne. Elle offre un cadre de protection très effectif et moderne qui définit ce qu'il faut entendre par secret d'affaires, les méthodes licites d'obtention, d'utilisation ou de divulgation, les méthodes illicites, les limites à la protection, etc.

- 464.** Sur le plan international, on a l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui a, à travers l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle liés au Commerce (ADPIC) établi des règles de protection applicables aux secrets commerciaux⁶⁹³. En ce sens, l'ADPIC tout entier couvre donc des biens intangibles qui sont la "propriété" de leurs auteurs ou de leurs créateurs et de leurs ayants droit, c'est-à-dire des actifs au sens de la théorie comptable. L'article 39⁶⁹⁴ de l'ADPIC qui est placé sous la section 7 intitulée «*Protection des Renseignements non Divulgués* » protège les secrets de fabrication et les secrets commerciaux.
- 465.** Cette conscience manifeste au niveau des Etats et de la Communauté européenne semble trancher avec le traitement des secrets commerciaux au niveau international. Il n'y a pas une convention internationale de protection⁶⁹⁵ des secrets d'affaires. Ce vide engendre des effets qui se ressentent sur la protection des secrets d'affaires en arbitrage commercial international. Le traitement protectif réservé aux secrets d'affaires est hétérogène et ceci pose un problème de sécurité⁶⁹⁶ et de prédictibilité⁶⁹⁷ lorsque les parties s'engagent dans une procédure arbitrale. Elles ne savent pas en réalité comment s'assurer de la protection des secrets d'affaires qu'elles pourraient être amenées à divulguer durant la procédure. Ceci est une conséquence du fait que le traitement des secrets d'affaires varie d'une institution à une autre, d'un arbitre à un autre, tout, dépendant parfois aussi du système juridique dont il est issu.

⁶⁹³ Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Op. Cit.* p. 37.

⁶⁹⁴ *Idem.*

⁶⁹⁵ Nous considérons que l'ADPIC n'est pas une convention internationale contraignante.

⁶⁹⁶ Ici, les secrets d'affaires en raison de solutions diverses qu'offre la pratique de l'arbitrage commercial international aux problèmes que pose leur protection dans le cadre de l'arbitrage, avec toutes les exceptions, aux divers scénarios de cas par cas qu'on lui connaît, il est donc difficile pour les parties de protéger leurs informations sensibles. Se pose alors un problème majeur de protection.

⁶⁹⁷ L'hétérogénéité des solutions dans la pratique de l'arbitrage commercial international vis-à-vis de la protection pose un problème de prédictibilité. Les parties ne peuvent pas prédire comment seront protégés leurs secrets d'affaires quand elles s'engagent dans la procédure. La prédictibilité est un élément essentiel en droit.

466. Quand aux institutions internationales consacrées à l'arbitrage commercial, il n'y a quasiment pas de régime juridique spécifique de protection des secrets commerciaux qui serait fondé sur leur caractère particulier. Toutefois, une certaine tentative existe et elle peut être subdivisée en deux sections : il y a des institutions arbitrales internationales qui font un traitement léger de la protection des secrets commerciaux en les mentionnant comme des informations à protéger et celles qui n'en ont pas du tout fait mention dans leurs règlements arbitraux. Pour celles qui, exceptionnellement en font mention, le plus souvent, latitude est laissée au tribunal arbitral d'organiser la protection des secrets commerciaux sur l'initiative ou sur demande des parties. C'est le cas du nouveau règlement de la CCI qui, en son article 22 (3)⁶⁹⁸ dispose que, '*sur demande des parties*', le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires, etc. Dans sa version de 1988, en son article 20 al. 7, il est simplement indiqué que le tribunal arbitral pourrait prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles. La version du règlement de la CCI de 2017 en fait l'affaire des parties.

467. L'*American Arbitration Association*, dans le cadre de son règlement consacré à l'arbitrage international, traite de la protection des informations confidentielles en deux temps. En son article 21 al. 5, le règlement permet au tribunal arbitral de conditionner l'échange d'informations commerciales ou techniques lorsqu'une partie soutient que des informations confidentielles sont impliquées, à la prise de mesures protectrices. Plus loin, dans le règlement, il reprend la formulation de la protection des secrets d'affaires utilisées par la CCI dans son règlement de 1998. En effet, l'AAA, en son article 37 al. 2, intitulé '*Confidentialité*'⁶⁹⁹, dispose que, à moins que les parties ne s'y opposent, le tribunal arbitral pourrait prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires. Ici, l'initiative peut venir du tribunal arbitral et non des parties comme le retient le nouveau règlement de la CCI en date de 2012.

468. Dans la pratique du discovery en arbitrage commercial, l'*American Arbitration Association* en

⁶⁹⁸ « A 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 », Article 22, ICC, https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/SSJ_FSA.pdf. (Consulté le 20 avril 2016).

⁶⁹⁹https://www.adr.org/aaa/faces/rules/searchrules/rulesdetail?doc=ADRSTG_004130&_afLoop=761382951158623&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afWindowId%3Dnull%26_afLoop%3D761382951158623%26doc%3DADRSTG_004130%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D84kkcrxkg_41, (Consulté le 24 juillet 2016).

son article 21. 2, version en vigueur, donne autorité au tribunal arbitral de prendre des mesures nécessaires et appropriées pour protéger les documents qu'une des parties estime contenir des informations confidentielles de nature commerciale ou technique.

469. La *London Court of International Arbitration*, en son article 30, dispose que les parties s'engagent, en général à garder confidentielles, toutes les sentences arbitrales, avec tous les matériels et autres documents produits par l'autre partie qui ne sont pas dans le domaine public. Aucune mention du concept des secrets d'affaires.

Les autres institutions internationales classées dans la même catégorie sont dans la même logique. Les règlements arbitraux de *Stockholm Chamber of Commerce*, de *Singapore International Arbitration Center*, de *Hong Kong International Arbitration Center*, de la *Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International*, pour ne citer que ceux-ci, ne font pas une mention du concept des secrets des affaires ni ne consacrent une quelconque protection.

470. Les arrêts portant sur la protection des secrets d'affaires sont rares en matière d'arbitrage. L'arrêt *Trade Finance Inc. V. Bulgarie Foreign Trade Bank Ltd (Bulbank)*⁷⁰⁰ semble être l'une des rares illustrations judiciaires de la protection des secrets commerciaux.

En matière de protection des secrets d'affaires au niveau des institutions arbitrales en général, le règlement arbitral⁷⁰¹ de l'OMPI se révèle être un modèle.

Pour le reste, dans la plupart des règlements institutionnels, la question de la protection des secrets d'affaires est traitée dans le cadre de la confidentialité générale. Il n'y pas, par conséquent, une protection dérogatoire des secrets des affaires clairement établie.

A l'analyse de ces faiblesses connues à la protection des secrets d'affaires, il est indéniable que le rôle du tribunal arbitral dans leur protection est trop limité.

§2- Le caractère limité du rôle de l'arbitre dans la protection des secrets d'affaires

471. La procédure du *discovery* expose les secrets des affaires des parties. Il revient normalement donc à l'arbitre disposant d'un pouvoir étendu, la responsabilité d'organiser et de superviser

⁷⁰⁰ Case No. Y 1092-98, SVEA Court of Appeal. 14 MEALEY's INT'L ARB. REP.

⁷⁰¹ L'OMPI, il faut le rappeler, est l'organisme mondial qui organise la protection de la propriété intellectuelle. Le règlement arbitral de l'OMPI offre un cadre concret et complet de protection des secrets d'affaires de l'avis de la doctrine.

l'échange des informations entre les parties et d'être un véritable protecteur de leurs intérêts. Toutefois, il se pose des difficultés insoupçonnées qui peuvent trouver leur origine dans le mode de nomination de l'arbitre. Ce dernier est dans la plupart des cas choisi par les parties et dans peu de cas par les institutions arbitrales (A). Mais ceci seul ne peut expliquer les limites constatées dans la prestation de certains arbitres durant les travaux du tribunal arbitral. Alors se pose la question du guide, une boussole (un code de procédure civile pour ainsi dire) qui permettrait à l'arbitre, à l'instar du juge, de s'orienter (B).

A. Le pouvoir de l'arbitre dans la protection des secrets d'affaires

472. En arbitrage commercial, il y a une grande liberté en matière de procédure reconnue aux arbitres⁷⁰². Ils sont toutefois tenus de se conformer à la mission et de respecter certaines règles de procédure strictes⁷⁰³. Mais pour l'essentiel, ils peuvent prendre des mesures de procédure qu'ils jugent appropriées⁷⁰⁴.

Selon, la loi-type de la CNUDCI, en son article 19. 2, l'arbitre a le pouvoir de conduire l'arbitrage de la manière qu'il considère appropriée. L'article 15.1 du règlement arbitral du CNUDCI reprend la même règle. Les règlements de l'*American Arbitration Association*, celui de la CCI et celui de la *London International Arbitration Act*, respectivement en leurs articles 16.1, 15.1 et 14.2 vont également dans le même sens.

473. Il y a un consensus parmi les praticiens et universitaires de l'arbitrage commercial que les arbitres ont le pouvoir d'ordonner la divulgation de documents qui sont en possession ou sous contrôle des parties ou des tiers.

En arbitrage commercial, la divulgation suivant les règles du droit civil ou du *common law* est normalement sous le contrôle de l'arbitre qui s'assure que les intérêts des différentes parties sont respectés.

Il n'est pas exagéré de dire que l'arbitrage commercial suit une règle de procédure propre qui pourrait ne pas relever des règles nationales⁷⁰⁵. Elle est définie au cas par cas, ceci dans l'esprit

⁷⁰² Jean-Baptiste Racine, « Le nouvel arbitre », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextensoéditions, 2011, p.117.

⁷⁰³ L'arbitre, préface Ph. Fouchard, Nouvelles Bibliothèque de thèses. 2001.

⁷⁰⁴ W. W. Park. Arbitration of International Business Dispute: Studies in Law and Practice 459-62 (2006) (a critical examination of arbitral discretion and procedural flexibility).

⁷⁰⁵ Les procédures nationales bénéficient d'un arsenal juridique fourni qui organise la procédure civile, les lois de fond et autres dispositions sur lesquelles pourrait s'appuyer l'arbitre pour mieux exécuter sa mission. Ce n'est pas

d'accommoder les parties aux litiges. En général, la procédure arbitrale en matière internationale est soumise aux règles de l'institution arbitrale internationale choisie et la loi de procédure retenue par le tribunal arbitral après consultation avec les parties durant la signature de l'acte de mission. Il faut aussi noter que malgré l'existence des règles propres applicables, la procédure arbitrale est aussi influencée par la culture procédurale des pays d'origine des parties et des arbitres⁷⁰⁶.

474. Les parties peuvent aussi, dans le cadre d'une procédure arbitrale internationale, faire le choix d'une procédure arbitrale *ad hoc*. Si elles le désirent, elles peuvent elles-mêmes composer toutes les règles (choisissent les lois nationales ou pas qui vont régir leur arbitrage) auxquelles elles seront assujetties. Dans ce schéma, il y a des risques certains plus prononcés. Les parties et leurs conseils peuvent, par erreur ou défaut d'expertise, ne pas prévoir toutes les situations comme, par exemple, la protection des secrets commerciaux.

tout le temps le cas de l'arbitre dans l'arbitrage international où l'arbitre doit faire souvent preuve de précaution et d'ingéniosité dans l'exécution de la mission que les parties lui confient soit entièrement ou partiellement.

⁷⁰⁶ "The discrepancies in the legal systems in the field of document production and rules applicable in international arbitration have generated a wealth of scholarly commentary, see specifically the contributions published in the ICC International Court of Arbitration Bulletin 2006 Special Supplement, Document Production in International Arbitration; Teresa Giovannini/Alexis Mourre (eds.), Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, Dossier VI of the ICC Institute of World Business Law, 2009; see also Gabrielle Kaufmann-Kohler/Philippe Bärtsch, Discovery in International Arbitration: How Much Is Too Much?, *SchiedsVZ*, 2004, p. 13 ff; Klaus Sachs, Use of Documents and Document Discovery: "Fishing Expeditions" versus Transparency and Burden of Proof, *SchiedsVZ*, 2003, p. 193 ff; Hilmar Raeschke-Kessler, The Production of Documents in International Arbitration – A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence, *Arbitration International*, Vol. 18, No. 4, 2002, p. 411 ff, also printed in Robert Briner et al. (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum in honor of Karl-Heinz Böckstiegel*, 2001, p. 641 ff; Brian D. King/Lise Bosman, Rethinking Discovery in International Arbitration: Beyond the Common Law/Civil Law Divide, *ICC Bulletin*, Vol. 12, No. 1, 2001, p. 24 ff; Sigvard Jarvin, Die Praxis der Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren – Ein einführender Beitrag zum Thema Disclosure of Documents, in Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, 2001, p. 87 ff; Karl-Heinz Böckstiegel, Optionen und Kriterien der Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren, in Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, 2001, p. 1 ff; Bernardo M. Cremades, Powers of the Arbitrators to Decide on the Admissibility of Evidence and to Organize the Production of Evidence, *ICC Bulletin*, Vol. 10, No. 1, 1999, p. 49 ff; Fabio Bortolotti/Calvin A. Hamilton, Discovery and Civil Law Systems, *International Arbitration Report*, Vol. 21, No. 10, 2006, p. 23 ff; Paolo Michele Patocchi/Ian Meakin, Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, in *International Business Law Journal*, No. 7, 1996, p. 884 ff; Martin Hunter, Modern Trends in the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration, in *The American Review: Essays in honor of Hans Smit*, Vol. 3, 1992, p. 204 ff; Andrew Rogers, Improving Procedures for Discovery and Documentary Evidence, in Albert Jan van den Berg (ed.), *ICCA Congress Series No. 7, Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*, 1996, p. 131 ff; Paul D. Friedland, A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration, *Mealey's International Arbitration Review*, 1996, p. 133 ff; Christopher Staughton, Common Law and Civil Law Procedures: Which is More Inquisitorial? A Common Lawyer's Response, *Arbitration International*, 1989, Vol. 5, No. 4, p. 352 ff. See also generally Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., 2014, p. 1875 ff; Nigel Blackaby/Constantine Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., 2009, no. 6-82 ff; W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3rd ed., 2000, p. 449 ff; Yves Derains/Eric A. Schwartz, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd ed., 2005, p. 281 ff; Emmanuel Gaillard/John Savage, Fouchard, Gaillard, Goldmann on International Commercial Arbitration, 1999, no. 1272 ff; Robert Merkin, *Arbitration Law*, 2004, p. 578 ff.

475. Une grande majorité de centres d'arbitrage internationaux, à travers leurs règlements, donnent latitude aux tribunaux arbitraux siégeant sous leurs auspices le pouvoir d'administration de la preuve. Ainsi, ces derniers ont le pouvoir de décider de toutes les questions relatives à la gestion de la preuve⁷⁰⁷. L'article 22.1 de LCIA donne au tribunal arbitral le pouvoir de conduire les recherches qui lui paraissent nécessaires et aussi le pouvoir d'ordonner aux parties de produire n'importe quel document. Les articles 19. 2 et 19. 3 de l'AAA et les articles 24. 2 et 24. 3 de la CNUDCI, accordent aussi ce pouvoir aux tribunaux arbitraux.
476. L'arbitrage commercial se présente comme un carrefour où les règles de procédures civilistes et du *common law*, les différentes règles et lois de procédure nationales, les cultures procédurales de diverses origines se croisent. Dans cet univers, l'arbitre est le chef d'orchestre. La manière dont il exerce cette mission prend tout son sens surtout en matière d'administration des preuves. Toutefois, la diversité des règles de procédure qui peuvent être conflictuelles pose un véritable problème aux arbitres qui souvent, ne savent pas clairement quel choix il faut opérer quand il s'agit surtout de la protection des secrets d'affaires. Les difficultés auxquelles font face les arbitres dans ce domaine sont encore plus grandes quand nous sommes en matière de *discovery* où l'étendue des divulgations n'est pas cernée, où les parties peuvent être contraintes de produire une quantité illimitée et non clairement identifiée de documents. Dans pareil cas, le risque que la protection des secrets d'affaires soit mise en cause est grand. Un secret d'affaires doit son existence et sa valeur au seul fait qu'il demeure secret. Une divulgation des informations confidentielles durant la procédure arbitrale peut les exposer, les détruire.
477. Bien que le tribunal arbitral ait le pouvoir de déterminer l'étendue de la divulgation, très souvent elle ne semble pas le faire. Une certaine doctrine a développé une théorie qu'elle a qualifiée de « *other regarding behavior* »⁷⁰⁸ qui peut influencer son comportement en matière de *discovery*.

⁷⁰⁷ Le règlement arbitral version 2012 de la Cour International d'Arbitrage de Chambre de Commerce International en son article 20.1 dispose que : « *le tribunal arbitral devrait procéder dans un court délai que possible à l'établissement des faits par tous les moyens appropriés* ».

⁷⁰⁸ Ceci n'est pas forcément le cas pour un arbitre nommé par une partie quand la partie a nommé l'arbitre plusieurs fois et s'est développée une relation entre eux. Quand l'arbitre a été nommé plusieurs fois par la même partie, la prédiction selon la théorie dite "rational choice theory" est que l'arbitre dans sa décision prendra en compte la possibilité qu'il sera encore nommé s'il accède à la demande de la partie qui l'a nommé. Il paraît logique que dans une situation pareille, il n'est pas exclu que l'arbitre accède à la demande de *discovery* de la partie qui l'a nommé dans l'intention inavouée d'être de nouveau nommé dans un arbitrage futur, see George J. Mailath & Larry Samuelson, *Repeated Games and Reputations: Long-Run Relationships* (2006).

Cette théorie étudie le comportement d'un arbitre ou du tribunal arbitral durant la procédure. Selon G. J. MAILATH & L. SAMUELSON, auteurs de cette théorie, en principe, il est attendu des arbitres d'adopter un comportement rationnel en limitant l'étendue du *discovery*. C'est la théorie du choix rationnel (*rational choice theory*).

Le *discovery* ne doit pas être aussi étendu en arbitrage international comme c'est le cas devant les tribunaux d'Etat. Toutefois, dans la pratique, le comportement des arbitres n'est pas conforme au « *rational choice theory* ». On constate que des arbitres très souvent décident de ne pas restreindre les demandes de *discovery* des parties à la procédure arbitrale et d'honorer sans limitation réelle les demandes des parties.

Il est vrai, la plupart des règlements arbitraux internationaux d'arbitrage prescrivent l'impartialité et l'indépendance des arbitres vis-à-vis des parties. Mais la décision du tribunal arbitral d'autoriser une demande de *discovery* n'est pas forcément et tout le temps justifiée par le désir de s'assurer que les parties sont traitées de manière impartiale et égale mais peut être sur la base d'autres motivations. Selon ces auteurs précités, une des situations non soupçonnées est l'influence que pourrait indirectement avoir sur l'arbitre le fait pour lui d'être nommé par l'une ou l'autre des parties.

- 478.** La recherche sur la littérature expérimentale du comportement de l'homme suggère que dans certains contextes sociaux, les individus prennent des décisions sous l'influence de la perception de ce qu'ils pensent que les autres personnes attendent d'eux (*Experimental literature on human behavior has shown that in some social contexts, individuals make decisions influenced by their perceptions of what others expect and desire from them, as opposed to self-serving motives* ⁷⁰⁹). Les arbitres ne sont pas à l'abri de ces influences. Un arbitre intéressé qui souhaiterait être nommé de nouveau par la partie pourrait accéder aux demandes de *discovery* de cette dernière même si ses ordonnances de divulgation ne respectent pas le « *rational choice theory* ». Qu'en sera-t-il par exemple si c'est la partie qui l'a nommé qui demande une divulgation très étendue en matière de *discovery* ? Pourra-t-il s'opposer à cette demande sachant qu'il court le danger de ne plus être retenu par cette dernière dans le futur ? Qu'en sera-t-il, s'il accorde cette divulgation à laquelle s'oppose l'autre partie ?

- 479.** Le droit français de l'arbitrage avec sa dernière réforme se distingue de l'aperçu général que

⁷⁰⁹Voir L.A. STOUT, "Social Norms and Other-Regarding Preferences", in *Norms and the Law* 13-34 (John N. Droback ed., 2006) (providing overview of the other-regarding preferences).

présente le pouvoir de l'arbitre en droit international. Selon le rapport adressé au Premier ministre à l'entrée en vigueur du décret, celui-ci visait entre autre « à *assembler l'autorité du tribunal arbitral* »⁷¹⁰. L'objectif a été de reconnaître à l'arbitre certains pouvoirs du juge d'Etat. La réforme de 2011 tant à consacrer un véritable *imperium* à l'arbitre en lui reconnaissant la pouvoir de prononcer des mesures⁷¹¹ provisoires ou conservatoires au même titre que le juge d'Etat. Selon l'article 1468 du NCPC : « Art. 1468.-*Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires. Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée* ». De telles mesures représentent en effet une mise en œuvre de l'*imperium* que les tribunaux étatiques possèdent au titre des voies d'exécution forcées et que l'arbitre ne possédait pas antérieurement,⁷¹²

480. Aujourd'hui, avec le décret français, tant au plan national qu'international, l'arbitre a des pouvoirs⁷¹³ plus étendus. Pour le Professeur Th. CLAY, la réforme de 2011 est venue combler « l'insuffisance » constatée en droit français⁷¹⁴. En qualité de « juge », l'arbitre dispose d'une parcelle d'*imperium* qui est attaché à sa juridiction connue dans la pratique arbitrale. Le Professeur Th. CLAY qualifie ce nouveau pouvoir d'*imperium mixtum* par opposition au juge d'Etat qui a l'*imperium merum*. Désormais, les arbitres siégeant sous l'autorité du décret français de l'arbitrage tireront directement du code de procédure civil le pouvoir d'ordonner toute mesure provisoire ou conservatoire⁷¹⁵. Pour le Professeur J.-. RACINE, « *L'arbitre est donc pleinement un juge* ».

481. La réforme du droit de l'arbitrage français, apporte une lumière surtout en droit international de

⁷¹⁰ Rapport du Premier ministre relatif au décret du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁷¹¹ V. Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage international*, Op. Cit. note 61, p. 24.

⁷¹² D. VIDAL, *Droit français de l'arbitrage interne et international*, lextensoéditions, 2012, p.57.

⁷¹³ Th. CLAY, « *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre* », in *les mesures provisoires dans l'arbitrage international*, Evolution et innovation, J.-M. Jacquets et E. Jovilet (dr.), Litec, 2007, p. 9, spéc. n° 26, p. 15. V. aussi F. LNOEPFLER, « *Les mesures provisoires et l'arbitrage* », in *Médiation et arbitrage*, Alternative dispute resolution.

⁷¹⁴ Th. CLAY, « *Les mesures provisoires demandées à l'arbitre* », Op. Cit. note 713,

⁷¹⁵ J.-B. RACINE, « *Le nouvel arbitre* », le nouveau droit français de l'arbitrage, @lextensoéditions, 2011, p. 131.

l'arbitrage. Elle accorde au chef d'orchestre d'une procédure arbitrale qu'est l'arbitre les moyens de conduire une procédure dans l'intérêt des parties et du droit. Le droit français est un exemple courageux qui donne une chance à une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage international. Désormais, l'arbitre n'est plus un « *tigre en papier* ». Il a le pouvoir d'ordonner sous peine d'astreinte.

482. En général, l'arbitre en arbitrage international est incertain dans ses pouvoirs. Ce doute qui entoure le pouvoir de l'arbitre en droit international de l'arbitrage est un risque majeur pour la protection des secrets d'affaires. Les parties dans l'arbitrage ne savent pas vraiment l'étendue des divulgations qui peuvent être exigées d'elles. Cette situation dans cet univers entrepreneurial fortement dépendant des secrets d'affaires crée l'incertitude dans leur protection. Il se pose à ce point la question de l'absence d'une procédure civile détaillée consensuelle aux mains des arbitres. Le tribunal arbitral n'a pas d'orientation dans l'administration de la preuve.

B. L'absence de règles encadrant l'action de l'arbitre dans l'administration de la preuve

483. Considéré du point de vue de la protection des secrets d'affaires, le rôle des parties est important mais celui du tribunal arbitral est déterminant. Il dispose du pouvoir de faire exécuter les compromis des parties sur la procédure arbitrale, mais également de celui de protéger la procédure contre les abus. Véritable chef, il a un réel pouvoir que lui reconnaissent la plupart des règlements arbitraux internationaux et nationaux. En rappel, selon la loi-type du CNUDCI, en son article 19. 2, l'arbitre a le pouvoir de conduire l'arbitrage de la manière qu'il considère appropriée. L'article 15.1 du règlement arbitral de la CNUDCI reprend la même règle. Les règlements de l'*American Arbitration Association*, ceux de l'CCI et de la *London International Arbitration Association*, en leurs articles 16.1, 15.1 et 14. 2, vont également dans le même sens.
484. L'importance de l'arbitre se fait plus remarquer surtout pendant la période d'administration de la preuve. Contrairement à l'arbitrage national qui se passe au niveau des Etats, où très souvent les parties et le tribunal arbitral ont à leurs dispositions des lois et un code de procédure civile qui détaillent la manière dont l'arbitre procèdera en la matière, les institutions arbitrales internationales ne disposent presque pas d'instruments internationaux conventionnels propres sur la protection des secrets d'affaires. Ils ont préféré sous-traiter avec l'arbitre en lui donnant le pouvoir d'improviser⁷¹⁶. Par exemple, en matière de confidentialité, plusieurs règlements

⁷¹⁶ Article 22.3 « *A 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*

institutionnels reconnaissent au tribunal arbitral, de manière implicite ou explicite, un rôle central dans la sauvegarde et la protection des informations sensibles.

Il est dans bon nombre de cas tenu de prendre des mesures pour protéger les informations confidentielles des parties. Mais ce pouvoir reconnu à l'arbitre dans la sphère internationale n'est pas en détail règlementé. Il repose essentiellement sur l'improvisation de celui-ci, des fois sur son expérience, mais presque jamais sur un instrument disponible qui l'oriente sur comment administrer les preuves, comment protéger les informations sensibles durant la procédure arbitrale en général et durant l'administration des preuves en particulier.

- 485.** Dans la justice étatique par contre, le juge comparé à l'arbitre, est un professionnel qui, dans la plupart des pays, reçoit une formation formellement qui le prépare à son rôle de juge. Bien qu'il ait toute cette formation et même cette expérience avérée que lui apporte la gestion des litiges, il a été considéré qu'il est indispensable de ne pas lui faire aveuglément confiance. Pour bien dire le droit, l'organisation judiciaire met à sa disposition un code de procédure civile, l'aide du moins en ce qui concerne la gestion de la preuve.
- 486.** L'arbitre est un acteur privé qui n'a pas forcément reçu une formation pour officier comme un juge étatique. Toutefois, dans son rôle d'arbitre, il a la même mission que celle du juge du moins en droit civil : il dit le droit et administre les preuves. Pourtant, il n'a pas un code qui lui sert de guide. La pratique internationale de l'arbitrage compte sur le jugement de l'arbitre en lui donnant, comme dans la loi-type du CNUDCI, en son article 19. 2⁷¹⁷ et dans plusieurs autres règlements arbitraux internationaux⁷¹⁸, le pouvoir de conduire l'arbitrage de la manière qu'il considère appropriée. C'est donc sans véritable guide que l'arbitre international entreprend cette mission importante pour les parties. Il se pose alors la question de savoir comment, dans cet univers improvisé, l'arbitre pourra s'assurer qu'il prend les mesures adaptées et légales pour l'égalité de traitement entre les parties et essentiellement pour la protection de leurs secrets d'affaires.

protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles », règlement d'arbitrage En vigueur à compter du 1er mars 2017 règlement de médiation En vigueur à compter du 1er janvier 2014.

⁷¹⁷ Article 19. 2 : « *Faute d'une telle convention, le tribunal arbitral peut, sous réserve des dispositions de la présente loi, procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. Les pouvoirs conférés au tribunal arbitral comprennent celui de juger de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance de toute preuve produite* ». Loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006.

⁷¹⁸ *Idem*.

CONCLUSION

- 487.** La protection en arbitrage commercial des informations confidentielles en général et des secrets d'affaires en particulier par le canal du principe de la confidentialité s'est révélée peu effective. Ceci se remarque particulièrement durant l'administration de la preuve. La phase de l'administration de la preuve est celle durant laquelle les parties échangent et débattent entre elles des documents qui appartiennent, soit à l'autre partie, soit à un tiers. Que ce soit volontairement ou par contrainte, les parties échangent des documents qui peuvent contenir des informations confidentielles. Dans cet environnement, abandonnées aux assauts de tous les genres, aux demandes des parties, à l'exequatur, au *discovery*, etc ces informations sont sujettes à des divulgations qui peuvent exposer les secrets d'affaires importants aux parties.
- 488.** L'arbitre qui se devait normalement d'être le gardien du temple, s'est révélé plusieurs fois incapable d'assumer son rôle. Cette moindre effectivité du principe de la confidentialité en arbitrage commercial rend toute tentative de protection peu rassurante pour les parties qui, de nos jours, savent très peu sur les meilleures options disponibles pour garder leurs secrets confidentiels. Ces secrets d'affaires ont une existence fragile en raison du fait qu'une simple divulgation pourrait les détruire. Ils ne disposent pas d'une protection effective et spécifique à leur nature.

CONCLUSION DU TITRE II

- 489.** La différence la plus notable entre le contentieux devant une juridiction étatique et celui qui est conduit devant une juridiction privée arbitrale est le principe de la confidentialité. En général, dans un contentieux qui se déroule devant une juridiction étatique, le caractère confidentiel n'est qu'une exception en ce sens que la divulgation des décisions et l'accès à la salle d'audience sont permis. Le juge disant le droit au nom de la société, les membres de cette société, contributeurs en impôts sont en droit de savoir le contenu de la décision. En contraste, les audiences arbitrales surtout commerciales, sont par principe confidentielles. Les parties en optant pour un contentieux arbitral ont fait le choix d'une procédure privée et surtout confidentielle. Cette recherche de confidentialité par les parties est justifiée par la recherche d'une protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires qui peuvent être impliqués dans un contentieux.
- 490.** Le principe de la confidentialité dans une procédure arbitrale est censé protéger les informations confidentielles. Toutefois, dans les faits, la réalité est tout autre. Trop de circonstances exposent les informations des parties. D'une simple demande d'exequatur, à l'action en annulation d'une sentence arbitrale en passant par l'administration de la preuve avec ses différentes étapes de divulgation volontaire ou forcée, le principe de la confidentialité peut être caractérisé de peu effectif dans sa mission. Les informations confidentielles en général et les secrets d'affaires en particulier, sont exposés. Tout ceci va à l'encontre des intérêts des sociétés qui recherchent dans l'arbitrage un refuge contre la divulgation de leurs informations sensibles.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

- 491.** La théorie du droit des secrets d'affaires a été difficilement intégrée au droit de la propriété. Leur forme immatérielle ou intangible a rendu la tâche difficile. Les partisans de la théorie des secrets d'affaires à cette époque avaient toutes les difficultés à convaincre les esprits qui étaient dans la conception d'une théorie matérielle ou d'une conception physique des biens qui pouvaient seuls faire l'objet d'un droit de propriété. Aujourd'hui, ce débat s'est estompé. Malgré quelques résistances qui subsistent, la conception des secrets d'affaires comme propriété est acquise.
- 492.** Les secrets d'affaires ont acquis beaucoup d'importance comme en témoigne leur contribution aux patrimoines des sociétés. Cette importance aussi se remarque par l'adoption presque partout des textes législatifs, qui non seulement les définissent, mais également établissent un régime de leur protection. Il est constant dans les textes portant protection des secrets d'affaires, notamment la directive européenne de 2016, les textes de l'UTSA, de l'OMPI, de l'ADPIC, la loi française du 20 juillet 2018 qu'un secret d'affaires, pour exister, doit tirer sa valeur du fait qu'il est et demeure secret, qu'il a une valeur économique du fait qu'il est secret et afin que son auteur prenne des dispositions objectives pour le préserver d'une quelconque divulgation.
- 493.** L'analyse de la protection des informations confidentielles et des secrets d'affaires dans la plupart des instruments de l'arbitrage commercial international nous amène à une conclusion : cette protection au plan international n'est adaptée, ni à la protection des informations confidentielles génériques, ni à celles des secrets d'affaires dans un arbitrage commercial. Le système de protection est peu effectif. Il expose les informations si chères aux parties. L'importance des informations confidentielles ne semble pas être prise en considération par le régime général du principe de la confidentialité en arbitrage commercial. Cela doit changer.

PARTIE II : LES PARAMETRES D'UN REGIME JURIDIQUE POUR UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

- 494.** Trop d'obstacles empêchent le principe de confidentialité en arbitrage commercial de jouer pleinement son rôle en termes de protection effective des informations confidentielles, plus particulièrement en termes de protection des secrets d'affaires. Ce constat assure dans la conviction que, ce projet qui vise la proposition de voies visant à assurer une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage commercial est important et d'actualité.
- 495.** La pratique de la protection des informations confidentielles est caractérisée par l'hétérogénéité de ses solutions. Qu'elles soient minutieusement organisées ou mal organisées par les parties, les procédures arbitrales convergent vers un point : indépendamment du système juridique des parties, des pays d'origine des arbitres, de la *lex arbitri* de l'origine des parties, de ou des arbitres ou du site de l'arbitrage, *etc*, lorsque les parties ne l'ont pas clairement exprimé, il y a divergence sur son caractère inhérent.
- 496.** Le principe de confidentialité connaît plusieurs limites. Lorsqu'il est établi que la confidentialité existe entre les parties dans une procédure arbitrale donnée, on n'est pas certain de la portée de cette dernière, ni des éléments qu'elle couvre (l'on ignore quels types de documents sont protégés par la confidentialité). Même pour les documents vis-à-vis desquels il y a un consensus auprès des auteurs, de la jurisprudence ou dans les textes réglementaires sur le fait qu'ils sont couverts par le principe de confidentialité, les parties ne sont pas sûres que cette protection est absolue et que rien ne les obligerait à divulguer ces informations. Ce n'est pas exagéré de dire qu'avec l'application du principe de confidentialité en arbitrage commercial, on est sur un territoire instable.
- 497.** Des spécialistes de renom en arbitrage commercial international ont estimé qu'il n'y a pas une convention internationale⁷¹⁹ qui contienne des dispositions générales contraignantes dans l'arbitrage commercial. Ils ont estimé également qu'il n'y a pas d'obligations générales ou

⁷¹⁹ BROWN, p. 990; see also MÜLLER, p. 217 n° 8. FURRER, p. 802, rightly states that this applies all the more because of the diverse legal backgrounds and the different relationships of the participants of arbitration towards each other, an aspect which is thoroughly explored by Furrer in his cited article (*id.*, pp. 802-818).

uniformes de confidentialité⁷²⁰ dans les règlements arbitraux des institutions internationales. Ces dernières ne donnent même pas une définition de ce qu'il faut entendre par confidentialité⁷²¹.

498. Ce constat cumulé avec tout ce qui précède nous amène à déduire qu'il faut, pour une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage commercial, d'une part, 'séparer le futile de l'utile'⁷²², ceci en focalisant la protection accordée par le principe de confidentialité sur les informations de la procédure dont la régulation et la protection sont commercialement et économiquement justifiées, et d'autre part, inclure dans les instruments arbitraux internationaux, les dispositions ou paramètres conventionnels applicables à la protection dérogatoire des secrets d'affaires. Les parties qui font le choix d'arbitrer leur litige, ont besoin de prévisibilité. Elles ont besoin d'être sûres que les informations qu'elles détiennent et qu'elles souhaitent protéger le seront effectivement.

⁷²⁰ See, e.g., MÜLLER, p. 221 et seq.; FURRER, p. 802; BORN, p. 2252; KLAUS LIONNET/ ANNETTE LIONNET, pp. 453-457. For a broader discussion of the confidentiality provisions in international arbitration rules, see How to protect business secrets in international commercial arbitration. F. Wyss, (2009) Int. ALR. "*Protection of Business secrets in international commercial arbitration*". Lukas sect. III,

⁷²¹ Ceci peut être vérifié au niveau des règlements internationaux de toutes les institutions arbitrales commerciales notamment la CCI, la LCIA, etc.

⁷²² L'arbitrage de nos jours offre une protection incertaine des informations confidentielles. Les parties ne savent pas réellement quand leurs secrets d'affaires sont protégés. Même quand elles prennent le soin d'inclure une clause de confidentialité dans leur contrat. La prévisibilité, un élément important dans la pratique et la sécurité juridique, n'existe pas. On ne peut pas dire à coup sûr qu'un secret ou une information confidentielle est protégée durant une procédure arbitrale. D'un autre côté on s'interroge sur la justification de la protection accordée à certains éléments durant une procédure arbitrale ; par exemple, pourquoi de nos jours, certains règlements maintiennent la confidentialité de l'existence d'un arbitrage entre parties ; pourquoi on soutient que les éléments de la procédure arbitrale doivent être protégés. Tant de questions méritent d'être posées sur la portée de la confidentialité, sur la justification de certaines exceptions et limitations, etc qui fragilisent la protection par le principe de la confidentialité dans la pratique arbitrale. Tout ceci contribue à la pensée de L. Yves Fortier qui estime que « *Dans les faits, le principe selon lequel le principe de la confidentialité existe-du moins dans la forme absolue telle que perçue par les parties-est plus un truisme qu'une réalité,...* ». L. Yves Fortier, "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality", 15, *ARB. INT'L* 131 (1998).

TITRE 1 : SEPARER LE FUTILE DE L'UTILE POUR UNE APPLICATION EFFECTIVE DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL

- 499.** L'une des approches des problèmes que pose l'hétérogénéité des solutions qui caractérisent l'application du principe de confidentialité passe forcément par une conceptualisation⁷²³ détaillée du principe de confidentialité, tant dans les règlements arbitraux internationaux, qu'au niveau des cours des Etats qui éventuellement connaîtront des litiges. L'objectif sera de parvenir à un développement de ce concept en ce qui concerne son fondement, son contenu, sa portée, la régulation de ses acteurs, les personnes associées et les non acteurs, et les sanctions applicables en cas de sa violation. Ceci doit être fait de sorte que l'application du principe ne soit pas trop différente en fonction des systèmes, des pays, des règlements arbitraux, des acteurs et non acteurs. Il s'agit de développer une conceptualisation conventionnelle qui organisera le principe de confidentialité de manière identique tant au niveau de sa définition que de son contenu, de la nature des responsabilités et de sa mission.
- 500.** La conceptualisation du principe de confidentialité permettra de mieux organiser la protection des informations confidentielles dans le cadre transnational de manière à transcender les barrières juridiques que connaît son application. L'objectif sera d'aboutir à un régime transnational de protection des secrets d'affaires dont les différences ne sont pas trop accentuées au niveau des procédures arbitrales. Aussi, cette réorganisation ne saurait être faite sans une prise en compte des différentes violations du principe de confidentialité, qu'elles soient contractuelles ou extracontractuelles.
- 501.** Une conceptualisation du principe de confidentialité sera aussi utile et indispensable pour la

⁷²³ Il y a une définition générale du principe de la confidentialité. Il n'est pas question pour nous, à travers la notion de la conceptualisation, de donner juste une définition à la confidentialité. Il s'agit pour nous à travers cette notion de proposer une idée constante à laquelle ramène cette notion de confidentialité en arbitrage commercial international, c'est-à-dire un fondement, un contenu, une porte, une régulation des membres, une sanction des violations dans l'application de la confidentialité en arbitrage commercial international.

sécurité juridique⁷²⁴, indispensable à la prévisibilité⁷²⁵ et à la clarté⁷²⁶ dans une procédure arbitrale. Les parties dans une telle procédure ont besoin de savoir si leurs informations sont protégées par le principe de confidentialité. Si elles ne seront pas contraintes de divulguer ces informations qui leur sont confidentielles en raison de la pratique du *discovery* ou *sous astreinte* par exemple, ou en raison des exceptions et limitations qui sont légion.

- 502.** En dehors de la conceptualisation, il faut renforcer les piliers qui sous-tendent le principe de confidentialité en arbitrage commercial. Ceci se fera en renforçant la prévisibilité en arbitrage dans l'intérêt des parties. Le débat sur la source de la confidentialité n'est pas clos. Une certaine pratique soutient que la source de la confidentialité est la convention d'arbitrage. Une autre soutient que, pour que la confidentialité existe, il faut forcément un accord des parties à son sujet. Cette divergence de conception des sources affecte l'effectivité du principe de confidentialité.
- 503.** De même, la question de la portée du principe de confidentialité doit être prise en compte dans la recherche d'une protection effective des secrets d'affaires. Il n'y pas de consensus sur le plan international sur sa portée. Certains l'étendent de l'existence de la procédure au rendu de la sentence en estimant que ce principe couvre toutes les étapes : la procédure et les informations y compris. Ce point de vue est discutable.
- 504.** La raison qui justifie la présence de la clause de confidentialité dans les contrats est la protection des informations confidentielles. Malheureusement, la nécessaire pratique de l'administration de la preuve durant les procédures les expose forcément lorsque l'une des parties est contrainte de les produire, sur la base du *discovery* ou de *l'astreinte en droit français* par exemple.
- 505.** Ces différentes faiblesses handicapent l'effectivité de la protection des informations confidentielles. Agir sur elles contribuera à renforcer la fiabilité du principe de confidentialité et partant, renforcer la sécurité juridique des usagers. C'est pourquoi, il paraît important de voir

⁷²⁴ J.-G. HUGLO - Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 11 (dossier : Le principe de sécurité juridique) - décembre 2001, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-11/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique.52121.html> #hautDePage. (Consulté le 20 avril 2017).

⁷²⁵ La prévisibilité en droit peut être appréhendée dans notre cas comme la possibilité pour les usagers ou les praticiens de l'arbitrage commercial international de pouvoir anticiper ou prédire certains aspects ou dans une certaine mesure la décision de la juridiction arbitrale internationale saisie en se basant sur la pratique qui est devenue avec le temps relativement constante.

⁷²⁶ La clarté s'appréhende ici comme la formulation d'une règle ou d'un principe de manière que sa compréhension ne nécessite une interprétation plus que celle nécessaire pour sa compréhension.

dans quelle mesure, malgré les difficultés recensées, développer une conceptualisation internationale du principe de la confidentialité (**chapitre 1**). Et partant renforcer les piliers du principe de la confidentialité afin de rendre effective la protection des informations confidentielles et particulièrement celle des secrets commerciaux (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA NECESSITE D'UNE CONCEPTUALISATION CONVENTIONNELLE DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE AU PLAN INTERNATIONAL

- 506.** Pour une protection effective des informations confidentielles et particulièrement des secrets d'affaires, il est important que la communauté internationale des praticiens, les usagers, les Etats et autres entités intéressés conviennent d'une conceptualisation du principe de la confidentialité (**section 1**).
- 507.** La violation du principe de confidentialité est permanente et fragilise tout effort de protection des informations. Il est donc important que toute action de conceptualisation du principe de confidentialité prenne en compte l'aspect sanction. La sanction des violations contractuelles et extracontractuelles sera de nature à apporter la sérénité tant voulue par les usagers (**section 2**).

SECTION 1 : LA NECESSITE D'UNE CONCEPTUALISATION CONVENTIONNELLE DU PRINCIPE

- 508.** La conceptualisation du principe de la confidentialité applicable dans l'arbitrage commercial s'entend, entre autres d'une homogénéité des solutions dans l'application du principe au plan international. La définition qui sera issue de cette conceptualisation fournira les paramètres d'une protection effective des informations confidentielles en arbitrage commercial (§1).
- 509.** Pour être effective, cette conceptualisation doit être accompagnée d'une politique étatique limitative des nombreuses exceptions. La myriade d'exceptions et les nombreuses limitations sont comme des termites qui rongent le principe de confidentialité. Les Etats à travers leur pouvoir souverain, peuvent agir pour limiter ces atteintes aux principes de confidentialité (§2).

§1- La recherche d'une homogénéité dans l'application du principe de confidentialité à la procédure et aux acteurs

- 510.** Une conceptualisation conventionnelle du principe de confidentialité permettra aux institutions internationales de l'arbitrage commercial, aux parties, aux arbitres et autres utilisateurs de s'entendre sur les éléments qui devraient être protégés. Ceux-ci, devaient être des secrets d'affaires, des éléments commercialement sensibles impliqués dans la procédure arbitrale et qui sont dignes de protection (A).

511. Une conceptualisation conventionnelle du principe de confidentialité permettra aussi la régulation des acteurs impliqués dans la procédure arbitrale en cours. Faudrait-il le rappeler, ces différentes personnes (acteurs ou non acteurs) sont des vecteurs principaux de la divulgation des informations confidentielles. Conceptualiser le principe de confidentialité sans réguler les vecteurs de la divulgation reviendrait à une entreprise inachevée (**B**).

A. La nécessaire protection des informations commercialement sensibles durant la procédure arbitrale

512. La confidentialité est un facteur important dans plusieurs secteurs surtout celui du commerce et de l'industrie. L'arbitrage commercial est une procédure dans laquelle plusieurs informations sont partagées ou exposées. Certaines de ces informations, par leur nature, sont souvent considérées par leurs auteurs comme étant confidentielles. Par conséquent, ces auteurs souhaitent, en choisissant la procédure arbitrale internationale, avoir leurs informations confidentielles protégées par le principe de confidentialité⁷²⁷. Mais la difficulté réelle pour ces parties est que personne n'est sûr que ces informations soient effectivement protégées durant une procédure arbitrale.

513. Dans le règlement arbitral de CCI en vigueur, il est précisé que les travaux de la Cour⁷²⁸ sont confidentiels⁷²⁹. L' *'Appendix II – Internal Rules of the International Court of Arbitration'* en son *'Article 1 – Confidential Character of the Work of the International Court of Arbitration of the ICC'* du règlement de 1998 de manière très détaillée consacre le caractère confidentiel des

⁷²⁷ Les règlements internationaux de l'arbitrage se subdivisent en deux méthodes de traitement de la protection des documents durant la procédure arbitrale. Il y a certaines institutions qui ne traitent pas du tout de la question de la confidentialité durant la procédure arbitrale à proprement parler. Le cas de la Chambre de Commerce International (CCI), à travers son règlement arbitral est éloquent. L'analyse de ses différents règlements depuis 1998 jusqu'à nos jours en témoigne.

⁷²⁸ Article 1, règlement CCI 2017. La Cour internationale d'arbitrage « 1. La Cour internationale d'arbitrage (ci-après la « Cour ») de la Chambre de commerce internationale (la « CCI ») est l'organisme d'arbitrage attaché à la CCI. Les statuts de la Cour figurent à l'Appendice I. Les membres de la Cour sont nommés par le Conseil de la Chambre de commerce internationale. La Cour a pour mission de permettre la solution par voie d'arbitrage des différends ayant un caractère international, intervenant dans le domaine des affaires, conformément au Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ci-après le « Règlement »). (...) » <http://www.intracen.org/Reglement-darbitrage-de-la-Chambre-de-commerce-internationale-1998/>. (Consulté le 17 juin 2017).

⁷²⁹ Article 6 - Confidentiality "The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by every one who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to the materials submitted to the Court and its Secretariat". www.trans-lex.org/127620/_ortscheidt-jérôme-la-réparation-du-dommage-dans-larbitrage-commercial-international-paris-2001/. (Consulté le 17 juin 2017).

travaux de la cour. Cet encadrement porte notamment sur les personnes impliquées dans les travaux de la Cour et également sur les documents⁷³⁰.

514. Par contre, le traitement des informations durant la procédure arbitrale, après l'établissement du tribunal arbitral, n'est pas du tout obligatoire. Son traitement est très limité.

En son article 22. 3, « Conduites de l'arbitrage »⁷³¹, le règlement de 2017 précise que, le tribunal arbitral pourra prendre des mesures pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles. Toutefois, rien n'est dit sur ce qui est considéré comme informations confidentielles ou secrets d'affaires ou comment les déterminer. Le tribunal arbitral aussi est livré à lui-même quand il s'agit de décider de protéger ou non ces informations.

515. Dans sa version de 2017, le règlement arbitral de la CCI place sur les parties la responsabilité de la demande de protection des informations. Cette version récente du règlement, n'apporte aucun changement à la confidentialité qui porte sur les travaux de la cour, ni sur celle qui porte sur la procédure arbitrale. Elle a gardé le *statu quo*. Ce qui semble encore rendre plus ineffective cette

⁷³⁰ 'Appendix II - Internal Rules of the International Court of Arbitration 214 of the ICC

Article 1 - Confidential Character of the Work of the International Court of 215 Arbitration :

1. The sessions of the Court, whether plenary or those of a Committee of the Court, 216 are open only to its members and to the Secretariat.

2. However, in exceptional circumstances, the Chairman of the Court may invite other 217 persons to attend. Such persons must respect the confidential nature of the work of the Court.

3. The documents submitted to the Court, or drawn up by it in the course of its pro- 218 ceedings, are communicated only to the members of the Court and to the Secretariat and to persons authorized by the Chairman to attend Court sessions.

4. The Chairman or the Secretary General of the Court may authorize researchers un- 219 dertaking work of a scientific nature on international trade law to acquaint themselves with awards and other documents of general interest, with the exception of memoranda, notes, statements and documents remitted by the parties within the framework of arbitration proceedings.

5. Such authorization shall not be given unless the beneficiary has undertaken to re- 220 spect the confidential character of the documents made available and to refrain from any publication in their respect without having previously submitted the text for approval to the Secretary General of the Court.

6. The Secretariat will in each case submitted to arbitration under the Rules retain in 221 the archives of the Court all Awards, Terms of Reference, and decisions of the Court, as well as copies of the pertinent correspondence of the Secretariat.

7. Any documents, communications or correspondence submitted by the parties or the 222 arbitrators may be destroyed unless a party or an arbitrator requests in writing within a period fixed by the Secretariat the return of such documents. All related costs and expenses for the return of those documents shall be paid by such party or arbitrator" <http://www.intracen.org/Reglement-darbitrage-de-la-Chambre-de-commerce-internationale-1998/>. Consulté le 20 avril 2017.

⁷³¹ Article 22. 3 "conduct de l'arbitrage" « A 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 confidentielle ». Règlement arbitrale de la CCI version 2017.

protection en arbitrage de la CCI, c'est l'utilisation de « *pourra* » (*may*⁷³²) dans l'article 22. 3. Ceci s'interprète dans le sens que l'arbitre a toujours un pouvoir discrétionnaire sur la décision de protéger les informations. Il semblerait, à première vue, que les parties détenaient avec les règlements de 2012 et 2017 (contraires à la version de 1998), le pouvoir de décider sur l'opportunité de protéger ou non leurs informations. Mais cela ne semble pas être le cas. Le « *may* » utilisé dans les versions de 2012 et 2017 pourrait indiquer que même lorsqu'une partie est l'auteur d'une information et estime que cette information est confidentielle, l'arbitre a le dernier mot.

516. Pour la procédure devant les tribunaux arbitraux siégeant à Londres sous le règlement de la LCIA, les choses sont légèrement différentes. En effet, le nouveau règlement arbitral de la LCIA entré en vigueur le 1^{er} octobre 2014 reprend presque textuellement et dans le même article (30.1) la disposition contenue dans le règlement arbitral de la LCIA datant de 1988. Comme principe général, cet article dispose que les parties s'engagent à garder confidentiels tous les matériels produits pour la procédure et les autres documents apportés dans la procédure par les autres parties, (*The parties undertake as a general principle to keep confidential (...) together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain...*⁷³³).

L'avantage de cette position en comparaison avec les dispositions de la CCI sur le même point est qu'elle a le mérite de nous donner une piste de ce qui peut être considéré comme informations confidentielles'(*(...) all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain*). Cela s'entend de tous les documents créés pour l'arbitrage et de tous les autres documents produits par l'autre partie dans la procédure qui ne sont pas dans le domaine public. Comme on peut le constater, le règlement de la LCIA, retient la confidentialité en raison de l'objet « *produit pour l'arbitrage* » et de l'origine du document (document apporté par les parties dans la procédure). Cette formulation est juste indicative et ne permet pas à une partie de savoir exactement et entièrement ce qu'elle doit entendre par information confidentielle en procédure arbitrale. De même, le formalisme de cette disposition de la LCIA nous fait penser à un filet de

⁷³²Article 22.3 "Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matters in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information". https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_a6.

⁷³³ Article 30. 1 lcia arbitration rules, effective 1 october 2014, http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 30. Consulté le 20 avril 2017.

pêche qui prend tous les poissons qui passent, contrairement au désir du pêcheur qui aurait souhaité éviter certains types de poissons.

517. Il a été exposé dans les développements, la difficulté qu'a la jurisprudence à s'accorder sur les informations qu'il faut considérer ou pas comme confidentielles. L'*arrêt Dolling-Baker* des cours anglaises est la première décision qui donne une idée des éléments arbitraux, qui peuvent être couverts par la confidentialité durant une procédure. Il est mentionné dans cet arrêt que tous les documents utilisés, apprêtés ou produits dans l'optique ou durant un arbitrage sont confidentiels ; de même les minutes, les notes, les mémoires, les preuves, ou la sentence et toutes les preuves obtenues d'un témoin (*all documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award* ⁷³⁴).

518. Fonder la confidentialité d'une information sur le seul fait qu'elle a été créée ou produite pour l'arbitrage répond au formalisme juridique entretenu par les centres d'arbitrage et une certaine doctrine. Toutefois, cette position crée une situation non pratique pour les usagers en ce sens que plusieurs procédures d'arbitrage protégeront des matériels qui n'ont aucune consistance ou intérêt pour leurs auteurs. Quand les parties parlent du besoin de confidentialité, elles expriment la nécessité pour elles de voir protéger des informations de leurs industries qui leur sont commercialement ou économiquement sensibles. Une information commercialement sensible sera toute information appartenant à son auteur et à laquelle celui-ci attache une valeur commerciale et qu'il protège comme telle.

Pour ceux qui ont eu l'expérience de la préparation d'une procédure arbitrale internationale, il est clair qu'ils savent que beaucoup d'informations sont aussi obtenues par internet, donc du domaine public. Il y a aussi des informations qu'on obtient qui n'ont aucun caractère commercial ou secret : par exemple une liste de noms de témoins, d'experts durant l'audience d'un arbitrage. Protéger ces informations ne mérite pas l'effort. Quel dommage peut réellement être engendré du fait de la connaissance par un tiers d'une telle liste ?

519. La pratique arbitrale internationale doit restaurer la vivacité de la confidentialité en l'orientant vers la protection des matériels commercialement sensibles pour les parties. Il ne suffira plus pour les informations d'être produites pour l'arbitrage ou créées pour l'arbitrage pour être

⁷³⁴ Arrêt *Dolling-Baker*, *Op. Cit.*, p. 25.

confidentielles. Elles doivent être commercialement sensibles. Toutefois, une information commercialement sensible⁷³⁵ n'est pas forcément un secret d'affaires⁷³⁶. C'est pourquoi nous proposons de susciter le débat autour de la question lors de la conférence préparatoire ou même au moment de la demande d'arbitrage pour que les parties et la cour arbitrale ou le tribunal arbitral plus tard discutent des informations commercialement sensibles, donc des secrets d'affaires qui méritent d'être protégés.

520. Il faut donc ajouter au principe général de protection de tous les matériels dans l'administration de la preuve, la condition « *commercialement sensible* » qui recouvrera à ce point des secrets d'affaires des parties ou des tiers. Cette précaution aura l'avantage de focaliser la protection sur des matériels dont la protection se révèle être d'un intérêt pour les parties. Pour ce faire, pour une protection plus effective, en plus des critères de protection définis dans certains règlements des institutions internationales de l'arbitrage, il faut incorporer le critère du « *commercialement sensible* ». La preuve de l'intérêt commercial donc du caractère secret de cette information doit être produite par la partie qui l'amène dans la procédure. Dans le cas d'un tiers, par la partie qui amène le témoin ou l'expert dans la procédure. Le témoin peut également établir ce caractère sur sa propre pièce.

521. Les exemples de documents qui peuvent contenir des informations commercialement sensibles sont les preuves apportées par les parties ou les témoins, qu'elles soient orales ou matérielles, les mémoires des parties, les rapports d'experts, les notes et transcrits durant l'audience. Dans cette logique, ces documents ci-dessus cités ne sont pas protégés de *facto* dans une procédure arbitrale. Pour qu'ils le soient, ils doivent non seulement être préparés ou issus de l'arbitrage mais aussi être des informations commercialement sensibles. La conséquence de ce raisonnement est double.

Une procédure arbitrale ne sera pas sous le couvert du principe de confidentialité de plein droit. Elle le sera si les parties estiment que les documents qui y seront impliqués sont

⁷³⁵ Le droit français fait aussi référence aux « informations sensibles » qui devraient être distinguées des secrets d'affaires. Selon une publication de la délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information⁷³⁵ de la république française, intitulé protection des informations sensibles, les informations sensibles sont des informations ne relevant pas du secret défense, mais dont la destruction, la falsification, le détournement ou l'utilisation frauduleuse porterait atteinte aux intérêts nationaux, au patrimoine scientifique, ou à la vie privée et professionnelle des individus, République Française, premier ministre, Délégation interministérielle pour la sécurité des systèmes d'information, protection des informations sensibles ne relevant pas du secret défense, service central de la sécurité des systèmes d'information ; édition mars 1993.

⁷³⁶ Les secrets d'affaires respectent un régime qui fonde et justifie leur existence. Ils sont des informations confidentielles d'un genre particulier. Contrairement aux autres, ils sont détruits quand ils ne sont plus secrets ou tombent dans le domaine public. Ceci n'est pas le cas des autres informations confidentielles.

commerciallement sensibles. La deuxième conséquence est que les parties auront la maîtrise des documents qu'ils souhaitent protéger durant leur procédure.

Cette proposition va contribuer à créer la prévisibilité dans les procédures arbitrales au profit des parties et autres acteurs. Dans ce schéma, il sera obligatoire pour les parties de se prononcer à un certain moment de la procédure ou même dans le contrat qui donne lieu au litige sur le caractère confidentiel ou non de leurs matériels. La conséquence de cette proposition, sera d'exclure la confidentialité inhérente dans les clauses arbitrales soutenues par les juridictions anglaises⁷³⁷. Celle-ci est source de doute dans la pratique arbitrale. La protection des informations doit s'étendre également à la protection de la sentence arbitrale. On ne peut pas vouloir protéger les informations introduites dans la procédure arbitrale en raison de leur caractère confidentiel et offrir une protection approximative à la sentence.

B. L'importance de la protection de la sentence arbitrale

522. L'un des documents les plus importants de la procédure arbitrale est la sentence arbitrale⁷³⁸. La sentence arbitrale se présente comme la synthèse de la procédure arbitrale en ce qu'elle reproduit l'essentiel des faits, les prétentions et les décisions. Il va sans dire qu'elle peut contenir des informations commerciales de nature sensible, des informations commerciales confidentielles, surtout durant un arbitrage qui porte sur la technologie ou durant un litige concernant la recherche et le développement, le transfert de technonologie, etc. Il est par conséquent très important qu'elle soit protégée contre toute divulgation.

523. La plupart des règlements arbitraux internationaux qui traitent de la confidentialité, sont unanimes sur la nécessité de protéger la sentence arbitrale. Tel est le cas dans le règlement arbitral de la LCIA, en son article 30⁷³⁹. Cependant, elle est soumise au droit général du principe de confidentialité et non à une *lex specialis*. Plusieurs cours internationales qui travaillent sur l'arbitrage évoluent dans le même sens. La HKIAC prescrit la non-publication de la sentence arbitrale sauf autorisation des parties⁷⁴⁰. La SCC, en sa version 2013, va dans le même sens.

⁷³⁷Dolling Baker *Op. Cit.* P. 205.

⁷³⁸Article 47, la sentence, règlement arbitral, convention et règlement du Centre International pour le Règlement des différends relatifs aux investissements, Convention et Règlements du cirdi avril (2006).

⁷³⁹Article 30.1 "*The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards...()*", LCIA arbitration rules, effective october 1^{er} 2014.

⁷⁴⁰Article 42 « 42. 1 Unless otherwise agreed by the parties, no party may publish, disclose or communicate any information relating to:

Dans la procédure du Centre International pour le Règlement des Disputes relatives aux Investissements (CIRDI), « *le centre ne publie aucune sentence sans le consentement des parties* »⁷⁴¹. La LCIA, en son article 30 portant sur la confidentialité, dispose que les parties s'engagent à garder confidentielle toute sentence arbitrale⁷⁴². Elle ajoute dans le même article que la sentence ne saurait partiellement ou entièrement être publiée sans un consentement écrit des parties et du tribunal arbitral.

524. La jurisprudence également traite de la question de la confidentialité en retenant dans l'arrêt *Dolling-Baker v. Ierre*⁷⁴³ que la confidentialité couvre les documents apprêtés pour être utilisés durant la procédure arbitrale comme les transcrits, les notes, preuves et également la sentence arbitrale (*documents prepared for and used in the arbitration, or disclosed or produced in the course of the arbitration, or transcripts or notes of the evidence in the arbitration or the award*" »⁷⁴⁴). La jurisprudence française avait longtemps considéré que la confidentialité était de la nature de l'arbitrage.⁷⁴⁵
525. Cependant, ce principe de non publication de la sentence arbitrale affiché par plusieurs règlements arbitraux internationaux et la jurisprudence n'est pas absolu. Les règlements arbitraux et la jurisprudence⁷⁴⁶ reconnaissent qu'un certain nombre de faits ou d'éléments peuvent conduire une partie ou un tiers à divulguer la sentence de manière légale. Ce sont des exceptions au principe de confidentialité qui couvrent donc la sentence arbitrale en droit commercial international.

(a) the arbitration under the arbitration agreement(s); or

(b) An award made in the arbitration. 42.2 The provisions of Article 42.1 also apply to the arbitral tribunal, any Emergency Arbitrator appointed in accordance with Schedule 4, expert, witness, secretary of the arbitral tribunal and HKIAC." HKIA rules 2013.

⁷⁴¹ Article 48, convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, CIRDI.

⁷⁴² Article 30. 1 confidentialite, [http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article 30](http://www.lcia.org/dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030) (accédé le 14 août 2016).

⁷⁴³ *Dolling Baker Op. Cit.* p. 205.

⁷⁴⁴ 1 W.L.R. (Eng. C.A. 1990).

⁷⁴⁵ Paris, 18 févr. 1986, Rev.arb. 1986, p. 583, note G. FECHEUX ; D.1987, p. 339, note. GAILLARD. V. aussi Trib. Com. Paris (Ord. réf.) 22 févr. 1999, et Paris 17 sept. 1999, Rev. Arb. 2006, p.573.

⁷⁴⁶ Paris 22 janv.2004, *société National Company for fishing and Marketing Nafimco v. société Foster Wheeler Trading Company AG*, Revue de l'arbitrage 2004, p.657-664, note E. Loquin. Avec cette jurisprudence, le droit français a mis du bémol sur sa position longtemps considérée comme extrême dans la jurisprudence du 18 févr. 1986 (Aita).

526. Ces exceptions qui se retrouvent en jurisprudence, dans les règlements internationaux et dans la doctrine viennent fragiliser la protection de la sentence arbitrale. Ceci s'explique par le fait que la confidentialité, telle que mise en oeuvre dans les procédures arbitrales commerciales, est purement formelle. Elle ne répond pas à une nécessité, une réalité économique ou commerciale. Elle est juste décrétée surtout, dans les règlements internationaux. Cette conception de la confidentialité semble à notre sens découler des effets du caractère privé de la procédure arbitrale qui est de manière unanime accepté par la doctrine, la jurisprudence, les règlements et normes de l'arbitrage qu'ils soient nationaux ou internationaux.

527. Le caractère privé de l'arbitrage est le droit qu'ont les parties à une procédure arbitrale d'exclure une personne étrangère durant leur procédure. Mais doit-on déduire que juste parce que la procédure arbitrale a un caractère privé, qu'elle est confidentielle ? Il y a des clubs privés qui organisent des événements exclusivement pour leurs membres mais cela ne voudrait pas pour autant dire que les organisateurs ont voulu une confidentialité ou que ce qui s'est passé durant la soirée est confidentiel. Le juge Jason de la haute cour australienne partage cet avis dans son opinion dans l'affaire *Esso*⁷⁴⁷.

Il faut veiller à ce que la confidentialité dans l'arbitrage commercial ne tire pas sa légitimité du seul caractère privé de la procédure arbitrale. Ceci trahira le motif et la logique qui justifient le principe de confidentialité dans le commerce et l'industrie. Il faut donc redéfinir cette confidentialité dans l'arbitrage commercial pour qu'elle corresponde à une réalité commerciale qui ait un intérêt pour les parties.

Dans sa pratique actuelle, il est constant que des informations dans le domaine public deviennent, par leur simple utilisation dans une procédure arbitrale, des informations confidentielles. Il y a plusieurs procédures arbitrales qui n'ont rien de confidentiel qu'on s'évertue à traiter comme telles. Cette attitude alourdit l'application du principe et le rend peu effectif. Le principe de la confidentialité embrasse trop. Qui trop embrasse, mal étreint.

528. Les sentences arbitrales qui ne sont pas confidentielles pour la simple raison qu'elles ne contiennent en réalité aucune information confidentielle, peuvent être divulguées. Ceci sous-entend qu'on aura deux types de sentences en fonction des arbitrages. Une sentence qui peut être publiée sans formalités et une autre qui nécessite des formalités avant d'être publiée. Ce faisant, on sépare la protection de l'utile de celle futile et on réorganise la protection de la sentence

⁷⁴⁷ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others* (1995), *Op. Cit.* p.20.

comme une exigence de la pratique des affaires.

529. Les sentences arbitrales qui contiennent des informations confidentielles ne peuvent pas être totalement exclues de la divulgation. Une telle attitude ne sera pas pratique pour une raison d'efficacité de la protection exposée plus haut. Au contraire, il faut organiser un régime de la divulgation qui impose à la partie qui souhaite avoir accès à cette sentence certaines obligations rigoureuses. Par exemple : obligation d'informer l'autre partie dont le consentement est nécessaire, obligation de donner les raisons pour lesquelles la partie souhaite divulguer la sentence, obligation de démontrer qu'il n'y a pas un moyen moins coûteux et moins attentatoire au droit de l'autre partie que la divulgation de la sentence⁷⁴⁸.
530. Au cas où l'autre partie refuse de divulguer malgré la réalisation de toutes les conditions précitées, la partie requérante peut demander au tribunal arbitral, si cette dernière n'est pas encore frappée par la « *functus officio* »⁷⁴⁹, qu'un expert soit nommé pour écouter la partie qui sollicite la divulgation pour être sûr du caractère confidentiel de l'information sollicitée dans la sentence, l'extraire et procéder à sa divulgation. Au cas où la personne qui désire divulguer est une tierce personne (témoin ou expert), elle doit avoir l'accord des deux parties qui ne peuvent refuser sans un fondement valable.
531. Le règlement de l'arbitrage international de la *New-Zeland International Arbitration Center* (NZIAC), en sa section VII, art. 36. 5, version du 5 octobre 2016, se révèle être une véritable inspiration pour la protection des informations confidentielles et particulièrement de la sentence arbitrale. Dans un premier temps, l'art. 36. 4⁷⁵⁰ dispose que malgré les dispositions 36.1⁷⁵¹,

⁷⁴⁸But in reaching a conclusion, the court should consider amongst other things whether there are other and possibly less costly ways of obtaining the information which is sought which do not involve any breach of the implied undertaking', 1 W.L.R. (Eng. C.A. 1990).

⁷⁴⁹« Lat Having fulfilled the function, discharged the office, or accomplished the purpose, and therefore of no further force or authority. Applied to an officer whose term has expired, and who has consequently no further official authority; and also to an instrument, power, agency, etc.. which has fulfilled the purpose of its creation, and is therefore of no further virtue or effect". <https://thelawdictionary.org/functus-officio/>, (Consulté le 16-10-18).

⁷⁵⁰Notwithstanding Rules 36.1-36.3, NZIAC, a Party, a Representative, the Arbitral Tribunal, or a non-party involved in the Arbitration, may disclose Confidential Information to the extent necessary to: (a) prosecute or defend the Arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or to pursue a legal right; (b) respond to a legitimate subpoena, governmental request for information, or other compulsory process; (c) seek legal, accounting, or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors, or lenders, provided that in each case the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information; or (d) comply with the order of a court of competent jurisdiction, or the law of any State which is binding on the Party making the disclosure' NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 October 2016.

⁷⁵¹Art. 36.1 'The Arbitral Tribunal must conduct the Arbitration in private', NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 october 2016.

36.2⁷⁵² et 36.3⁷⁵³ du NZIAC, une partie ou son représentant, le tribunal arbitral ou une tierce personne impliquée dans la procédure arbitrale pourrait divulguer des informations confidentielles dans la proportion nécessaire pour accuser ou se défendre dans un arbitrage ou une procédure y relevant (a) pour répondre à un mandat de la justice , (b) à une demande d'information par le gouvernement, pour solliciter un service légal, comptable...etc. (c) ou se conformer à un ordre de la cour...etc. (d).

Cependant, tout candidat à la divulgation sous l'art. 36.4 précité doit, dans un temps raisonnable avant la divulgation projetée, informer le tribunal arbitral, les parties et le centre d'arbitrage (NZIAC).

Le règlement poursuit en son article 36. 6⁷⁵⁴ que l'information à laquelle est tenu le candidat à la divulgation doit inclure un détail complet des informations à divulguer et la raison justifiant cette divulgation.

532. Le règlement international de l'arbitrage commercial de la Nouvelle Zélande donne à l'arbitre l'autorité de prendre des mesures durant la procédure arbitrale contre une partie qui viole les dispositions précitées avant la reddition de la sentence (*if a party breaches the provisions of Rules 36. 2-36. 6 before a final award is made, ...*⁷⁵⁵). Il pourra prendre à l'encontre de la partie contrevenante, des mesures appropriées non exclusives (*....take any appropriate measure*

⁷⁵²Art. 36. 2 'The Parties, their Representatives, the Arbitral Tribunal, NZIAC, and any other person involved in the Arbitration, must keep confidential and not disclose confidential information to any non-party. Confidential information includes: (a) all non-public materials and information provided in the Arbitration by a Party, including documents used or generated for the purpose of a Representative or advisor in the Arbitration; and (b) orders or Awards made in the Arbitration', NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 october 2016.

⁷⁵³Art. 36.3 'If a Party seeks, or is required to involve in the Arbitration a non-party including a fact or expert witness, a translator, an interpreter, or any other person, that Party must secure the non-party's advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. This agreement must be recorded in the form provided at Appendix 4 to these Rules and a copy of the agreement signed by each non-party must be provided to the Arbitral Tribunal by that Party as a condition of that person's participation in the Arbitration' 36.3 If a Party seeks, or is required to involve in the Arbitration a non-party including a fact or expert witness, a translator, an interpreter, or any other person, that Party must secure the non-party's advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. This agreement must be recorded in the form provided at Appendix 4 to these Rules and a copy of the agreement signed by each non-party must be provided to the Arbitral Tribunal by that Party as a condition of that person's participation in the Arbitration,..." NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 october 2016.

⁷⁵⁴Art. '36.6 "This notification must include full details of the intended disclosure and an explanation of the reason for it. Where such a question arises in the course of an Arbitration, the Arbitral Tribunal must determine whether the disclosure meets the requirements of Rule 36.4 after each Party has been given an opportunity to be heard", NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 october 2016.

⁷⁵⁵ 36.8 "If a Party breaches the provisions of Rules 36.2-36.6 before a Final Award is made, the Arbitral Tribunal may, after giving the Parties notice and a reasonable opportunity to be heard, take any appropriate measure including, without limitation: (a) issuing orders requiring the defaulting Party to act or refrain from acting in a particular way; and (b) making an award of damages."

including, without limitation »⁷⁵⁶). Il peut prendre une ordonnance pour demander à la partie responsable de la violation de cesser la violation ou d'adopter un comportement responsable⁷⁵⁷. Il peut aussi condamner la partie à des dommages et intérêts (*making an award of damages*⁷⁵⁸). Cet article est en soi une révolution dans les règlements d'arbitrage commerciaux parce qu'il n'y a presque pas de règlement arbitral du commerce qui aille aussi loin. Ce règlement donne le pouvoir au tribunal arbitral d'ordonner à une partie de cesser ou d'adopter une attitude, ou condamner la partie au versement de dommages et intérêts. Il peut être déduit de ceci que ces dispositions sont uniquement applicables durant la procédure arbitrale. Cette interprétation ressort du fait que le règlement stipule que lorsqu'une telle question se pose « durant la procédure arbitrale » (*where such a question arises in the course of an Arbitration, (...)* ⁷⁵⁹), cette disposition s'applique.

533. En termes de loi traitant de l'arbitrage tant interne qu'international, la loi française fait figure de révolution dans la protection des informations confidentielles en arbitrage. L'élite française de l'arbitrage national et international, s'est réunie, elle a pris le temps qu'il fallait pour bien faire et après plus de dix(10) ans de travaux acharnés, elle a produit un droit dual de l'arbitrage en France.

Dans l'arbitrage international, et à la différence du national, l'option du droit français est la neutralité. Cette option, selon le Professeur E. GAILLARD⁷⁶⁰ permettra aux parties d'organiser leur protection des informations confidentielles ou de décider de ne pas le faire. Il précise qu'il appartient aux parties qui souhaitent voir leur arbitrage soumis au principe de la confidentialité de le stipuler expressément et, dans le cas où cela paraît important, d'assortir de sanction la violation de la confidentialité. Il pense qu'en l'absence même de toute stipulation de la confidentialité, il demeure loisible à une partie de saisir le tribunal arbitral d'une demande de constater que la matière litigieuse appelle le traitement de l'affaire dans le respect d'une certaine confidentialité.

Il faut reconnaître que le droit de l'arbitrage en France est en reconstruction surtout après le décret de 2011. Les juridictions ont encore à reconstruire une jurisprudence pour éclairer le

⁷⁵⁶ *Idem.*

⁷⁵⁷ *Idem.*

⁷⁵⁸ *Idem.*

⁷⁵⁹ *Idem.*

⁷⁶⁰ E. GAILLARD, *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextenso éditions, 2011, p.69.

monde de l'arbitrage sur les conséquences de la neutralité choisie par la France.

Toutefois la justification du choix de la neutralité en arbitrage international français a du mérite. Elle se rapproche plus de la position des juridictions australiennes dans l'affaire *Esso*. Les auteurs pensent qu'il faut laisser aux parties le choix de décider au sujet de la confidentialité et sur son étendue. Cette position respecte le principe de la liberté contractuelle.

534. Par ailleurs, on pourrait se demander si ces exigences prescrites à la charge d'une personne qui souhaite la divulgation des documents s'appliquent également à la divulgation de la sentence arbitrale après sa reddition. La question ne se pose pas en droit français⁷⁶¹ qui l'a reconnu au plan interne et a laissé le choix aux parties au plan international.

Rien en général ne nous permet d'exclure cette possibilité au plan international puisque la sentence arbitrale est une synthèse des informations impliquées dans une procédure arbitrale.

Toutefois, il faut le reconnaître, il se pose une question de « *timing* » ; le tribunal arbitral aurait été sûrement dissout.

Il pourrait être envisagé dans l'intérêt des parties, la possibilité de constitution ponctuelle d'un tribunal arbitral pour traiter la question de la violation de la sentence arbitrale qui survient plus tard. Ceci permettra aux parties d'éviter la publicité probable à laquelle les juridictions étatiques exposent.

535. L'article 37. 4⁷⁶² du règlement du NZIAC traite spécifiquement de la protection de la sentence arbitrale après qu'elle soit rendue. En effet, cet article dispose qu'après que la sentence arbitrale soit devenue définitive, le NZIAC, ses agents, le tribunal arbitral et les experts nommés par le tribunal arbitral ne pourront pas être légalement tenus de divulguer à une quelconque personne une information quelconque issue de l'arbitrage. De même, il interdit que ces personnes précitées puissent témoigner dans une procédure légale en connexion avec la procédure arbitrale. Cette disposition est une véritable protection pour les informations issues de l'arbitrage et plus particulièrement la sentence arbitrale.

Toutefois, il aurait été souhaitable que cette disposition soit étendue aux témoins et experts des parties. Mais cela n'aurait pas été utile puisque ce même règlement arbitral, en son article 36. 3,

⁷⁶¹ Selon le professeur Th.CLAY, « L'obligation perdure tout au long de l'arbitrage et après le prononcé de la sentence », Th CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 773, p. 597

⁷⁶² Art. 37. 4 “ *After the Final Award is made and all possibilities of correction, interpretation or Additional Awards have expired, NZIAC, its agents and employees, the Arbitral Tribunal, and any expert appointed by the Arbitral Tribunal, will not be under any legal obligation to make any statement to any person about any matter concerning the arbitration, nor shall any Party seek to call any of these persons to give evidence in any legal proceedings arising out of or in connection with the Arbitration.*” NZIAC International Arbitration Rules, vers. 5.0 october 2016.

oblige une partie à obtenir des personnes qui sont dans la salle d'audience de son fait, un engagement de confidentialité (*if a party seeks, or is required to involve in the arbitration a non-party including a fact or expert witness, a translator, an interpreter, or any other person, that party must secure the non-party's advance agreement to preserve the Confidentiality of the confidential Information*). Ceci peut être interprété comme une garantie de la protection de la sentence arbitrale vis-à-vis de ces personnes. Rien dans cet article ne semble exclure cette interprétation.

- 536.** Le règlement de l'arbitrage international du NZIA innove également en obligeant les parties à prendre un engagement pour protéger l'arbitrage après la procédure arbitrale. Il leur impose à s'engager après la procédure arbitrale à conduire toutes les procédures qui pourraient exposer les informations de la procédure arbitrale antérieure entre elles en privé (*be conducted in private*). Cette disposition est une véritable mesure de protection de la sentence arbitrale. Bien que non détaillée et insuffisante, elle est une mesure spécifique qui permet de mettre les informations commerciales confidentielles à l'abri des regards indiscrets.
- 537.** Pour que la sentence arbitrale soit entièrement protégée, il faut accepter l'idée que la protection globalement acceptée et pratiquée dans les centres d'arbitrage a de sérieuses lacunes. La difficulté est que la conception actuelle de la confidentialité détermine la protection des informations en raison de leur origine et non en fonction de leur nature ou de leur importance pour leurs auteurs. Le temps est venu d'organiser une protection effective de la sentence arbitrale. Pour cela, il faut accepter l'idée que la protection d'une sentence doit être développée autour de la nature des informations qu'elle contient et de leur importance pour leurs auteurs. Ceci parce que, les parties, en choisissant l'arbitrage, en réalité, souhaitent protéger les informations commerciales confidentielles qu'elles détiennent. Il est important que la communauté de l'arbitrage international accepte qu'il existe des sentences arbitrales qui, en raison de leur nature, ne contiennent aucune information confidentielle⁷⁶³ et doivent, de ce fait, être publiées sans autres formes de précautions. Autrement dit, la protection de ces sentences qui ne véhiculent pas des informations confidentielles à valeur économique sera sans intérêt.

⁷⁶³Nous pensons qu'il revient aux parties de notifier au tribunal arbitral la présence d'information commerciale confidentielle qu'elles aimeraient protéger. Ceci, bien dès la constitution du tribunal arbitral. Si elle manque de le faire, ceci constitue un aveu que les parties n'entendent pas se prévaloir d'une quelconque confidentialité durant la procédure. Ceci va sans dire que les documents ne seront pas confidentiels et la sentence arbitrale pourra être publiée. Nous partons du fait que l'arbitrage est une fabrique des parties ; on ne peut pas leur imposer ce qu'elles n'ont pas demandé.

538. Le régime de la confidentialité dans l'arbitrage commercial manque de précision. La plupart des règlements internationaux se contentent de poser une présomption de confidentialité. La protection des informations confidentielles développées dans le règlement arbitral international de la Nouvelle Zélande, et la neutralité adoptée en droit français de l'arbitrage international peuvent constituer une base d'une protection de la sentence arbitrale sur le plan international. Ceci imposera au requérant des informations confidentielles de remplir certaines conditions. Toutefois, la protection de la sentence arbitrale par le principe de la confidentialité seule ne suffira pas ; il faut que les Etats développent au plan national une politique favorable à l'arbitrage commercial.

§2- Une politique étatique favorable à l'arbitrage commercial international

539. Il existe une évidence partagée de nos jours au niveau de la communauté internationale de l'arbitrage commercial qui est que les différents acteurs qui participent aux diverses procédures arbitrales, sont diversement réglementés. Ceci pose un souci pour la protection effective des informations confidentielles. Il n'y a pas un consensus ni au sein des règlements internationaux de l'arbitrage, ni au niveau de la jurisprudence, ni au niveau de la doctrine sur les personnes qui, dans une procédure arbitrale, sont tenues de ne point divulguer les informations confidentielles (A).

540. L'autre handicap à la protection des informations confidentielles durant une procédure arbitrale est le nombre non limité des exceptions impliquées dans la procédure arbitrale internationale. Face à cette liste non exhaustive d'exceptions, les parties dans une procédure arbitrale, ne savent pas laquelle de leurs informations confidentielles pourrait se retrouver divulguée en raison de ces exceptions. La myriade d'exceptions qui entrent en jeu durant une procédure arbitrale internationale est aussi diversement réglementée (B).

A. L'urgence d'un consensus dans la détermination conventionnelle des acteurs soumis à l'obligation de confidentialité

541. Le caractère incertain du statut de la confidentialité amène à s'interroger sur le - *ratione personae*⁷⁶⁴- en arbitrage c'est-à-dire les personnes soumises à l'obligation de confidentialité dans un arbitrage.

Les acteurs soumis à l'obligation de confidentialité dans une procédure arbitrale sont identifiés

⁷⁶⁴ C. SERAGLINI, J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat, n° 49, p. 53.

de diverses manières dans les règlements internationaux de l'arbitrage et ceci pose un sérieux problème pour une organisation effective de la protection des informations confidentielles et plus précisément des secrets d'affaires. Il faut entendre par acteurs dans le présent projet les membres de l'institution arbitrale qui administrent la procédure arbitrale et ceux qui dans la procédure arbitrale, résolvent le litige ou participent à la procédure arbitrale en cours sous une qualité donnée. Les institutions arbitrales internationales administrent les litiges qui sont portés devant elles en fournissant le cadre, la logistique nécessaire pour permettre la constitution du tribunal arbitral, l'organisation administrative et logistique adaptées aux travaux des tribunaux arbitraux qui siègent sous l'égide de leurs règlements⁷⁶⁵.

La CCI par exemple indique dans l'article 1 al.1 de son règlement que la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale est l'organisme indépendant d'arbitrage de la CCI⁷⁶⁶. Dans l'al. 2 de ce même article, il est mentionné que « *La Cour ne résout pas elle-même les différends. Elle en administre la résolution par les tribunaux arbitraux, conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI (le « Règlement »). La Cour reste le seul organisme autorisé à administrer les arbitrages soumis au Règlement, et notamment à examiner et approuver les sentences rendues conformément au Règlement. Elle établit son règlement intérieur, qui figure à l'Appendice II (le « Règlement intérieur)*⁷⁶⁷ ».

- 542.** Il est clair que ces institutions et tribunaux arbitraux ont besoin de personnel pour exécuter ces différentes fonctions afférentes à la reddition d'une décision. Comme il apparaît dans l'article 1.2 du règlement CCI, les employés des centres d'administration des arbitrages ont accès aux informations qui portent sur le litige. Ils reçoivent en premier lieu la demande d'arbitrage avec les pièces la soutenant. Il va sans dire que ces pièces peuvent contenir des informations confidentielles ou secrètes des parties. Le règlement de la CCI précise même que la Cour « *examine et approuve les sentences rendues conformément au règlement.* » Il est clair, sur ce point que les responsables, notamment le secrétaire général et les employés de la cour détachés pour faciliter la procédure arbitrale portant sur un dossier précis, entrent en possession de certaines informations qui peuvent se révéler sensibles.

⁷⁶⁵ Contrairement à la CIA de la CCI qui administre les arbitrages pendants devant elle, il y a aussi des institutions comme la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI) qui n'ont pas cette fonction d'administration des arbitrages. Elles disposent d'une loi-type portant règlement d'arbitrage que les parties peuvent choisir d'utiliser.

⁷⁶⁶ Article 1 al.1 Règlements d'arbitrage et d'ADR de la CCI, version 2017, p. 8.

⁷⁶⁷ *Idem*.

543. L'article 38 de la Commission Chinoise d'Arbitrage de l'Economie et du Commerce International (CIETAC) donne une idée étendue mais pas complète de ceux que nous qualifions d'acteurs dans une procédure arbitrale. Cet article du règlement de la CIETAC dispose que « *pour les procès à huis clos, les parties et leurs représentants, les arbitres, les interprètes, les experts consultés par le tribunal arbitral, les évaluateurs désignés par le tribunal arbitral, et d'autres personnes relatives ne doivent révéler à aucun étranger aucune substantive ou matière procédurale relative au procès*⁷⁶⁸ ». On a donc les parties et leurs représentants, les arbitres, les interprètes, les experts consultés par le tribunal arbitral, les évaluateurs désignés par le tribunal arbitral, et d'autres personnes dont l'apport est nécessaire. Pour rendre cette liste complète, il faudrait y ajouter les administrateurs des centres d'arbitrage, les experts désignés par les parties, le personnel de soutien (les sténotypistes, les interprètes, etc).
544. Contrairement à ce à quoi l'on aurait pu s'attendre, une identification claire des acteurs qui ont accès aux informations durant la procédure arbitrale n'est pas clairement faite. Le traitement de cette identification par les règlements des centres d'arbitrage est très diversifié. Quelques exemples : Le règlement de l'AAA⁷⁶⁹ place, quant à lui, l'interdiction de divulguer les informations confidentielles sur les responsables du centre d'arbitrage et sur les arbitres. Il ne mentionne nullement les autres acteurs cités dans la CIETAC⁷⁷⁰. Le règlement arbitral de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) semble donner un traitement plus complet des acteurs en son article 14 al. 2 qui dispose que « *Sous réserve d'un accord contraire de toutes les parties, celles-ci et leurs conseils, les arbitres, les experts, et toutes les personnes associées à la procédure arbitrale, sont tenus au respect de la confidentialité des informations et documents qui sont produits au cours de cette procédure. La confidentialité s'étend aux mêmes conditions, aux sentences arbitrales*⁷⁷¹ ».
545. Pour une protection efficace et effective des informations confidentielles, il est important que les acteurs qui sont impliqués dans la procédure arbitrale à diverses étapes soient identifiés aux fins d'une formulation d'une régulation de leurs activités au sein de la procédure. Pour ce faire, les règlements internationaux du commerce international doivent identifier les acteurs impliqués

⁷⁶⁸Article 38, commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international, version janvier 2015.

⁷⁶⁹ Article 37 règlement AAA, procédure de résolution des différends internationaux, Règlements modifiés en vigueur à compter du 1^{er} juin 2014, 1^{er} janvier 2015.

⁷⁷⁰ Idem note 768.

⁷⁷¹Article 14, Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA.

dans la procédure sur la base d'un critère objectif. Ceci revient à se poser la question suivante : Est-ce qu'une personne donnée en sa qualité et dans son rôle a accès aux documents pertinents dans une procédure arbitrale en cours ? Si la réponse à cette question est positive, elle permettra aux centres arbitraux de procéder, à l'instar du règlement de l'arbitrage OHADA, à une énumération effective des personnes qu'on peut qualifier d'« *acteurs* » durant une procédure arbitrale donnée. En effet, la formulation de l'article 14 al. 2 du règlement OHADA couvre les responsables du centre d'arbitrage de l'OHADA qui se trouve ici être la CCJA. C'est ce qui ressort de cette formulation «... *toutes les personnes associées à la procédure...*⁷⁷² ». Ceci sous entend tous les intervenants dans l'arbitrage en cours, travaillant pour le compte du centre arbitral OHADA. Cet article traite aussi des personnes qui participent à l'aspect contentieux. Cet extrait de l'article 14 de règlement arbitral CCJA a l'avantage d'offrir des critères qui permettent d'inclure ou d'exclure une personne de la liste des personnes desquelles la confidentialité est requise durant une procédure arbitrale. Plus concrètement, la formule dans l'article 14 du règlement arbitral CCJA est utilisée pour identifier et qualifier les personnes qui sont associées aux travaux de la cour et celles qui sont associées à la procédure arbitrale comme des acteurs.

- 546.** Les divergences persistantes au niveau de l'identification des acteurs dans une procédure arbitrale des règlements internationaux ont certainement une justification qui explique l'option des promoteurs des centres. Cependant, la non-identification claire des acteurs en jeu est une menace à la protection des informations confidentielles. Comme on peut le constater, certains acteurs sont sous interdiction de publier les informations confidentielles dans certains règlements internationaux d'arbitrage commercial ; par contre ces mêmes acteurs ne le sont pas dans d'autres règlements.
- 547.** Dans l'intérêt de la protection des informations confidentielles, il est important que se développe une prévisibilité dans cette identification. Ceci passe forcément par l'incorporation dans les règlements internationaux portant arbitrage commercial d'une formulation des dispositions pertinentes portant identification des acteurs dans une procédure arbitrale en général, qui prenne en compte les acteurs qui interviennent entre les deux pôles de l'arbitrage, c'est-à-dire, la demande d'arbitrage et le rendu de la sentence.
- 548.** A l'instar de l'article 14 du règlement de la CCJA/OHADA qui semble être un bon exemple de

⁷⁷² Article 14 al.1, Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA.

disposition couvrant tous les acteurs susceptibles d'être impliqués dans une procédure arbitrale et qui, de ce fait, sont soumis aux exigences de confidentialité, l'article 42 de « *Administered Arbitration Rules* » de Hong Kong *International Arbitration Centre* peut également être une source d'inspiration pour les autres règlements internationaux de l'arbitrage. En effet, ce règlement arbitral prescrit aussi aux parties une interdiction de communiquer une quelconque information relative à l'arbitrage et à la sentence arbitrale. Cette interdiction s'étend également aux arbitres ordinaires et aux arbitres dans une procédure d'urgence, aux experts, aux témoins, aux secrétaires. On peut noter, toutefois qu'elle ne dit rien des conseils des parties. Cette omission peut-être considérée comme normale en ce sens que les conseils, de par leur profession, sont tenus à une obligation de confidentialité issue du secret professionnel.

549. En France, le décret de 2011 a contribué⁷⁷³ à donner un contenu concret au contrat d'arbitrage⁷⁷⁴ qui est bien souvent imposé par la loi⁷⁷⁵. Selon la doctrine française, les arbitres ne sont pas tenus au secret professionnel. Toutefois, la divulgation par ces derniers des informations sur le déroulement de la procédure sera souvent assimilable à un manque d'impartialité⁷⁷⁶.

550. Parmi les personnes participantes à l'arbitrage, il est indispensable de savoir qui est acteur et qui ne l'est pas. L'intérêt de cette distinction ou de cette répartition des personnes impliquées dans une procédure d'arbitrage est l'organisation de la sanction de la violation. Il devrait avoir donc des acteurs et des non-acteurs dans la conception de ce projet.

Les acteurs et les non-acteurs ne sont pas soumis au même régime de sanction. Il est judicieux de proposer, comme il a été fait supra, une distinction claire entre les acteurs⁷⁷⁷ et les non-acteurs, personnes associées⁷⁷⁸ qui ne sont dans une relation contractuelle per se avec les parties, des personnes internes ou externes qui participent à la procédure arbitrale⁷⁷⁹ en d'autres qualités.

⁷⁷³ J.-B. RACINE, « Le nouvel arbitre », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, @lextensoéditions, 2011, p. 136.

⁷⁷⁴ Le contrat d'arbitrage met à la charge de l'arbitre, les obligations de Célérité, de loyauté et de confidentialité (article 1464 al. 3 et 4 CPC).

⁷⁷⁵ E. LOQUIN, « Arbitrage. Arbitre. Conditions d'exercice. Statut », J.-C. I. Procédure, *Op. Cit.*

⁷⁷⁶ Y. DERAIS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions 2011, p. 91, spéc. n° 24 et s, p. 103.

⁷⁷⁷ Les acteurs sont dans cette vision, les parties et leurs conseils, les administrateurs de centres d'arbitrage, les arbitres.

⁷⁷⁸ Les non-acteurs, personnes associées sont le personnel de support des centres d'arbitrage, les experts et témoins des parties, les prestataires qui viennent en appui à l'arbitrage et d' autres impliquées que dans notre contexte nous ne désignons pas acteurs.

⁷⁷⁹ Notre développement dans cette section concernera seulement les acteurs.

Les acteurs seront ceux qui sont dans une obligation contractuelle, c'est le cas des parties, des arbitres et des administrateurs d'institutions arbitrales et leurs assistants.

551. A défaut d'une inclusion dans les règlements internationaux d'arbitrage de cette distinction, il est recommandé aux parties qui souhaitent protéger leurs informations confidentielles au détriment des non-parties (non-acteurs qu'elle amène à la procédure), de faire signer à ces derniers un engagement de confidentialité conformément aux dispositions pertinentes du règlement de l'arbitrage international de la Nouvelle Zélande⁷⁸⁰.

En effet, le paragraphe premier de *l'Appendix 4 confidentiality agreement for non-parties* dispose que la non-partie a lu et compris qu'elle est liée par la règle 36. 2 à 36. 7⁷⁸¹ du règlement

⁷⁸⁰ Appendix 4, confidentiality agreement for non-parties, NZIAC-2016-NZIAC INTERNATIONAL arbitration rules-Vers. 5.0 octobre 2016, p. 57.

⁷⁸¹ 36. 2 “ The Parties, their Representatives, the Arbitral Tribunal, NZIAC, and any other person involved in the Arbitration, must keep confidential and not disclose confidential information to any non-party. Confidential information includes: (a) all non-public materials and information provided in the Arbitration by a Party, including documents used or generated for the purpose of a Representative or advisor in the Arbitration; and

(b) Orders or Awards made in the Arbitration.

(Confidential Information)

36. If a Party seeks, or is required to involve in the Arbitration a non-party including a fact or expert witness, a translator, an interpreter, or any other person, that Party must secure the non-party's advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. This agreement must be recorded in the form provided at Appendix 4 to these Rules and a copy of the agreement signed by each non-party must be provided to the Arbitral Tribunal by that Party as a condition of that person's participation in the Arbitration.

36.4 Notwithstanding Rules 36. 1-36. 3, NZIAC, a Party, a Representative, the Arbitral Tribunal, or a non-party involved in the Arbitration, may disclose Confidential Information to the extent necessary to: (a) prosecute or defend the Arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or to pursue a legal right;

(b) respond to a legitimate subpoena, governmental request for information, or other compulsory process;

(c) seek legal, accounting, or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors, or lenders, provided that in each case the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information; or

(d) comply with the order of a court of competent jurisdiction, or the law of any State which is binding on the Party making the disclosure.

36.5 Any person intending to make disclosure under Rule 36.4 must, within a reasonable period of time prior to the intended disclosure, notify the Arbitral Tribunal, every other Party, and NZIAC.

36.6 This notification must include full details of the intended disclosure and an explanation of the reason for it. Where such a question arises in the course of an Arbitration, the Arbitral Tribunal must determine whether the disclosure meets the requirements of Rule 36.4 after each Party has been given an opportunity to be heard.

36.7 Notwithstanding the foregoing, the Arbitral Tribunal may, during the course of the Arbitration, permit disclosure of Confidential Information outside the categories set out in Rule 36.4 where the Arbitral Tribunal is satisfied that it is required by the Purpose and Overriding Objective as set out in these Rules. For permission to be granted, at least one Party must refer that question to the Arbitral Tribunal, and every other Party must be given an opportunity to be heard” International Arbitration Rules, Nziac-2016-nziac international arbitration rules-vers.5.0 October 2016, p. 37.

international NZIAC (*I have read and understand that I am bound by Rules 36. 2-36. 7 of the NZIAC Rules for International Arbitration. I understand that by being involved in, or being privy to NZIAC Arbitration, I am bound by these Rules*).

Le second paragraphe de ce accord poursuit que la non-partie comprend qu'elle ne doit pas divulguer une quelconque information obtenue durant l'arbitrage, y compris les faits de l'arbitrage même, comme prescrit par les articles 36. 4 et 36. 5. (*I understand that I am not to disclose any information obtained in the course of the Arbitration, including the fact of the Arbitration itself, except in accordance with Rules 36. 4 and 36. 5*⁷⁸²). Les articles 36.4 et 36.5 indiquent respectivement les exceptions au principe de non divulgation des informations en arbitrage et la procédure à respecter.

- 552.** Le paragraphe 3 de la règle en discussion précise que la non-partie comprend qu'elle doit à la NZIAC, au tribunal arbitral, aux autres non-parties qui sont impliquées dans la procédure arbitrale un devoir de confidentialité et que le défaut de respect de ce devoir pourrait déboucher sur des conséquences légales (*I understand that I owe all Parties, NZIAC, the Arbitral Tribunal, and any other non-parties involved in the Arbitration, a duty of confidence and that failure to comply with this duty may result in legal consequences*).
- 553.** A défaut pour les parties de trouver au plan international un règlement qui identifie entièrement les acteurs des non-acteurs dans l'arbitrage commercial soumis au devoir de confidentialité, il est recommandé que les parties prennent en main leur propre destin en adoptant l' « *Appendix 4* » du règlement NZIAC qui est pertinent. Cette option a le mérite de leur procurer le contrôle sur les intervenants (les non-acteurs) en dehors de ceux relevant de la cour arbitrale et du tribunal arbitral qui d'ailleurs sont déjà soumis, de par leur profession, à une obligation de non divulgation.
- 554.** En plus de l'identification des personnes interdites de divulgation en arbitrage, il faut prendre des dispositions pour réduire les exceptions. Comme il a été démontré, ceux-ci handicapent les efforts de protection des informations confidentielles.

B. L'encouragement d'une politique législative limitative des exceptions

- 555.** Il n'est pas faux de dire que les exceptions au principe de la confidentialité dans une procédure

⁷⁸²*Idem.*

arbitrale internationale ont une origine jurisprudentielle. Elles sont, issues dans un premier temps, des décisions anglaises, notamment dans l'arrêt *Dolling-Baker* en 1990⁷⁸³, et l'arrêt britannique *Ali shipping*⁷⁸⁴ et ensuite de la célèbre décision australienne, l'arrêt *Eso*⁷⁸⁵.

Les exceptions constituent un véritable handicap qui rend très difficile la protection des secrets commerciaux ou d'affaires durant une procédure arbitrale. La question des exceptions dans l'arbitrage commercial est donc l'une des plus compliquées surtout en raison de leur caractère illimité. L'existence d'exceptions illimitées⁷⁸⁶ rend plus difficile la protection des informations confidentielles. Les parties qui décident d'arbitrer leur litige ne savent pas à quel point les informations qui leur sont importantes et confidentielles seront protégées durant la procédure arbitrale. Le risque qu'une exception rende légale la divulgation est grand.

556. Dans l'arrêt *Dolling-Baker*, la cour d'appel anglaise a retenu qu'il y a une obligation implicite de confidentialité (*implied obligation*⁷⁸⁷) qui s'explique par la nature même de l'arbitrage. Elle a aussi retenu qu'il pourrait y avoir des exceptions à cette obligation de confidentialité⁷⁸⁸. Selon, Justice Lord PARKER, qui a rédigé l'*opinion* de la majorité, la cour reconnaît l'existence d'une obligation implicite de confidentialité.

L'affaire *Hassneh* a aussi trouvé une exception à l'obligation de confidentialité et a retenu que la divulgation d'une sentence arbitrale est permise, si elle est nécessaire pour établir le fondement d'une action dans un arbitrage⁷⁸⁹ à venir. Justice COLMAN, pour justifier la divulgation de la sentence a retenu qu'il doit être pris en considération, en protégeant la sentence arbitrale, les possibles utilisations de celle-ci dans le cadre ordinaire du commerce et dans celui de ses applications ordinaires dans la justice anglaise (*[S]ince the duty of confidence must be based on an implied term of the agreement to arbitrate, that term must have regard to the purposes for which awards may be expected to be used in the ordinary course of commerce and in the ordinary application of English arbitration law*⁷⁹⁰).

⁷⁸³1. W.L.R. (Eng. C.A. 1990).

⁷⁸⁴*Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, [1997] EWCA Civ 3054, www.bailii.org. Consulté le 2e 16 avril 2016.

⁷⁸⁵*Eso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and others* (1995); *Op. Cit.* p. 20.

⁷⁸⁶M. Hwang and K. Chung « Journal of International Arbitration », P et S.

⁷⁸⁷Arrêt *Dolling-baker*, *Op. Cit.* note 449, p.143.

⁷⁸⁸*Idem.*

⁷⁸⁹*Idem.*

⁷⁹⁰*Hassneh Insurance Co of Israel v Stuart J Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep 243.

557. L'*arrêt Ali* qui est intervenu après l'*arrêt Esso* a reconnu l'existence d'exceptions à la confidentialité, notamment sur le fondement du consentement des parties, d'une ordonnance de la cour, d'une action fondée sur une nécessité raisonnable (*Business reasonable necessity*⁷⁹¹) pour protéger ou exécuter le droit d'une partie et l'exception portant sur l'intérêt du public (*public interest*⁷⁹²).

Les exceptions au principe de confidentialité se retrouvent également dans les règlements des institutions internationales. Ils fixent les conditions dans lesquelles l'information confidentielle peut être légalement divulguée par les parties ou les autres participants⁷⁹³.

558. En raison de ces nombreuses exceptions, les législateurs nationaux ont des difficultés à les cerner et à les réguler⁷⁹⁴. Tout ceci rend hypothétique tout effort de protection effective et efficace de l'information confidentielle et des secrets d'affaires.

559. La solution à cette difficulté que pose la régulation des exceptions au principe de confidentialité passe forcément par une volonté politique des Etats pris individuellement et de la communauté internationale prise globalement. L'intérêt n'est point négligeable pour la survie de l'arbitrage comme forum dans lequel les parties soucieuses de protéger leurs informations confidentielles viennent.

Il n'est pas non plus négligeable en raison de la fonction de la confidentialité dans l'arbitrage

⁷⁹¹ 42 U.S. C. §§ 2000e-2(k)(1XA){B}; *Griggs*, 401 U.S. at 436. "Business necessity" is here used as an umbrella term for an affirmative defense encompassing the concepts of both business necessity and job relatedness. *See infra* notes 3&-39 and accompanying text (discussing relationship between business necessity and job relatedness concepts).

⁷⁹² *Hassneh Insurance Co of Israel v Stuart J Mew* [1993] 2 Lloyd's Rep 243.

⁷⁹³ Article 42.3 «42.3 The provisions in Article 42.1 do not prevent the

publication, disclosure or communication of information

referred to in Article 42.1 by a party:

(a) (i) to protect or pursue a legal right or interest

of the party; or

(ii) to enforce or challenge the award referred

to in Article 42.1; in legal proceedings before a court or other judicial authority;

(b) to any government body, regulatory body, court or tribunal where the party is obliged by law to make the publication, disclosure or communication; or

(c) to a professional or any other adviser of any of the parties, including any actual or potential witness or expert. » HKIAC, Rule 2013.

⁷⁹⁴ Le cas du *Department Advisory Committee on the Arbitration Law* (DAC) en Grande Bretagne en est un exemple. En effet, cette institution britannique a abandonné son ambition d'intégrer une disposition sur le principe de confidentialité dans la loi « *arbitration Act* » de 1996, car elle a trouvé que les exceptions à la confidentialité seraient manifestement légion et non régulées en partie.

commercial qui est la protection des informations importantes à leur auteur. Il a été démontré que la confidentialité est l'une des principales raisons qui amènent les parties à choisir l'option de l'arbitrage au détriment de la justice étatique. Son importance a été démontrée et elle justifie le besoin exprimé par les parties en arbitrage international qui est de s'assurer que leurs patrimoines intangibles ne se retrouvent exposés. Pour d'autres, la publication de ces informations de manière incontrôlée pourrait leur créer des pertes énormes. C'est le cas, par exemple, des compagnies cotées en bourse. Selon le Professeur Y. DERAINS, des divulgations sur déroulement de l'arbitrage et ses chances de succès ont parfois des conséquences boursières graves⁷⁹⁵.

- 560.** Le défi à relever est de savoir comment la communauté internationale des praticiens et usagers de l'arbitrage commercial peuvent venir à bout de ces risques réels posés par les exceptions dans la pratique arbitrale. La solution n'est point évidente. Elle doit, d'une part, prendre en compte la pertinence de ces exceptions en raison de leur importance pour le droit et leur utilité pour la pratique judiciaire en général. Justice COLMAN⁷⁹⁶ ne disait-il pas, pour justifier la divulgation des sentences arbitrales, qu'il doit être pris en compte, dans la protection des sentences arbitrales, les possibles utilisations de celles-ci dans le cadre ordinaire du commerce et dans celui de ses applications ordinaires dans la justice anglaise ?

Toutefois, la protection de l'intégralité des informations commercialement sensibles est légitime pour leurs auteurs. Il est donc important de considérer le caractère attentatoire des exceptions à la protection des informations confidentielles et leur importance au fonctionnement de la société.

- 561.** Il est apparu que la solution se retrouve dans la recherche d'un équilibre qui sert les deux nécessités décrites dans le paragraphe précédent. Les Etats et la communauté internationale peuvent résoudre cette « énigme » sachant que, exclusion faite de la situation dans laquelle les parties consentent à la divulgation des informations confidentielles⁷⁹⁷, dans la majorité des cas,

⁷⁹⁵ Y. DERAINS, « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Op. Cit. note 71, p.22.

⁷⁹⁶ Voir *Law Reports* version at [1990] 1 W.L.R. 1205, <http://www.uniset.ca/lloydata/css/19901WLR1205.html> (Consulte 2e 16 avril 2017).

⁷⁹⁷ Article 30 . « Une sentence ne peut être rendue publique qu'avec le consentement de toutes les parties ou conformément à la loi, sans préjudice de l'autorisation faite à l'administrateur de publier ou de rendre accessible au public une sélection de sentences, ordonnances, ou décisions devenues publiques à l'occasion de procédures d'exécution ou d'une autre manière, et, sauf accord contraire des parties, de publier une sélection de sentences, ordonnances, ou décisions qui auront été éditées afin de masquer le nom des parties et tout autre élément permettant de les identifier », règlement AAA, procédure de résolution des différends internationaux, Règlements modifiés en vigueur à compter du 1^{er} juin 2014, 1^{er} janvier 2015.

ces exceptions surviennent dans les procédures judiciaires et visent à établir la preuve. C'est le cas, par exemple, d'une partie qui est tenue de les divulguer à un juge chargé de l'*exequatur* pour se voir délivrer une ordonnance. C'est aussi le cas, par exemple, d'une partie qui est tenue de les divulguer, pour des raisons d'établissement de la preuve.

562. Les Etats peuvent, par exemple, adopter des législations internes qui rendent plus difficiles pour les parties l'initiation des procédures de divulgation, notamment en demandant au requérant d'établir qu'il ne peut pas, autrement que par les informations dont il sollicite la divulgation, établir un fait en justice. Il peut être aussi demandé au requérant de verser une caution, ceci sans préjudice des autres actions disponibles pour la partie lésée par la divulgation de l'information au cas où il devient évident durant la procédure judiciaire que cette divulgation n'était vraiment pas justifiée.
563. Les codes de procédure civile des Etats peuvent disposer que les juridictions étatiques, avant d'autoriser la divulgation de ces types d'informations, doivent rechercher s'il n'y a pas un autre moyen qui permette d'atteindre le même objectif sans exposer les informations protégées de l'autre partie. C'est la solution retenue dans l'arrêt *Dolling-Baker*⁷⁹⁸. Selon, *Justice Lord Parker* dans l'arrêt *Dolling-Baker*⁷⁹⁹, bien avant d'opter pour la divulgation, la cour doit rechercher s'il n'y a pas un autre moyen moins coûteux qui permette d'atteindre le même objectif. Cette « *pression* » faite d'une part, directement sur le juge ou l'arbitre et d'autre part, indirectement sur les parties requérantes, peut être d'une utilité dans la réduction des demandes de divulgation des informations confidentielles durant une procédure arbitrale.
564. Toutefois, il est important que les tribunaux et cours des Etats qui connaissent des actions en justice puissent aussi prévoir un mécanisme supplémentaire de protection des informations confidentielles. Des Etats peuvent, à travers leur pratique judiciaire, rendre systématique l'utilisation des audiences « *in-camera* »⁸⁰⁰ lorsque la divulgation est nécessaire pour dire le droit

⁷⁹⁸ See *Law Reports* version at [1990] 1 W.L.R. 1205 at <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>. (Consulté le 22/08/17).

⁷⁹⁹ Ces deux dispositions tirées de l'arrêt *Dolling-Baker* qui a été rendu par une juridiction britannique en 1990, si elles sont adoptées, offrent une opportunité aux tribunaux étatiques dans leur quête de conciliation entre la nécessaire divulgation de certaines informations et l'absolue nécessité d'une protection des informations confidentielles issues d'un arbitrage. Il apparaît de ces conditions qu'il y a des obligations non seulement sur le requérant de la divulgation et sur le juge chargé d'ordonner la divulgation.

⁸⁰⁰ *In camera* Latin: "in a chamber" is a legal term that means *in private*.^[2] The same meaning is sometimes expressed in the English equivalent : in chambers. Generally, *in-camera* describes court cases, parts of it, or process where the public and press are not allowed to observe the procedure or process. *In-camera* is the opposite of *trial* in open

et qu'elle porte sur une information commercialement sensible. « *In-camera* » est un concept légal américain qui veut dire en « déroulé en secret »⁸⁰¹ (*Latin, in a judge's chambers.*) ou en absence du public⁸⁰² (*outside the presence of a jury and the public. In private*). Ce mécanisme procédural aux USA est utilisé, soit pour protéger les informations que l'Etat a décrété comme étant couvertes par un privilège en raison du fait qu'elles constituent des informations relevant de la sécurité nationale (*state secrets privilege*⁸⁰³), soit pour protéger les informations du client détenues par l'avocat dans le cadre de sa représentation (*attorney client privileged*⁸⁰⁴). En France, la loi parle de secret professionnel⁸⁰⁵.

565. Traditionnellement en matière civile, dans l'Etat de Californie aux USA, dans la pratique de la procédure *in-camera* se rapportant au traitement des informations soumises au mécanisme du privilège, lorsqu'une partie en procès devant un tribunal ou une cour étatique demande la publication d'une information que l'autre partie désire protéger par le mécanisme du privilège et que l'autre s'y oppose, la juridiction saisie demande au conseil de la partie qui détient l'information protégée de la lui présenter « *in-camera* ». Le juge déterminera alors quelle section de l'information est réellement protégeable et celle qui n'est pas susceptible de protection sur cette base. Il va alors procéder à la suppression de l'information privilégiée et autoriser la divulgation de la portion qui n'est point couverte par le privilège. Ce fut le cas dans l'affaire *Stephens v. WCAB*⁸⁰⁶. Dans cette affaire qui portait sur une information contenue sur une cassette audio, il a été décidé, contrairement au souhait de la partie qui s'opposait à la divulgation, que le juge pouvait consulter « *in-camera* » l'information sur la cassette et effacer l'information qui est protégée, (*The judge could then determine which sections of the tape were subject to the privilege and have those portions deleted before producing the tape to*

court where all parties and witnesses testify in a public courtroom, and attorneys publicly present their arguments to the trier of fact "https://en.wikipedia.org/wiki/In_camera. (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁰¹ <http://www.uscourts.gov/glossary> visited on August 23, (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁰² Ehrlich, Eugene, *Amo, Amas, Amat and More*, p. 151, ISBN 0-06-272017-1.

⁸⁰³ Justin Florence and Matthew Gerke, National Security Issues in Civil Litigation: A Blueprint for Reform, November 17, 2008, https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/1117_reform_florence_gerke.pdf. (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁰⁴ <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/recent-cases-news-trends-developments/archive/2014/10/31/california-limitation-on-use-of-in-camera-review.aspx?Redirected=true>. (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁰⁵ Arrêt n° 189 du 25 février 2016 (14-25-729)-Cour de Cassation-Première chambre civile ECLI : FR/CCASS : C100189.

⁸⁰⁶ *Stephens v. ..Rea v. Workers' Compensation Appeals Board (Boostan)*, (2005) 127 Cal. App. 4th.

defendant⁸⁰⁷).

Cette pratique s'est sensiblement atténuée après la décision dans l'affaire *in Regents of the University of California v. WCAB (Lappi)* (2014)⁸⁰⁸ qui a consacré un revirement jurisprudentiel de la décision dans l'arrêt *Stephens v. WCAB* (1999) : « *In Lappi, supra, the DCA overturned the ruling of the WCAB, which ordered an in camera review of documents in a claims file purported to be subject to the attorney-client communication privilege. The DCA reminded the parties of the bar of in camera review under Evidence Code § 915⁸⁰⁹ and returned the matter to the trial level to "reconsider the discovery dispute without requiring any preliminary review of the documents".* »

566. Par ailleurs, les tribunaux et cours peuvent avoir une liste d'experts spécialisés et assermentés dans divers domaines de l'activité économique et commerciale à qui il peut être confiée la tâche d'analyser les informations sous le sceau de l'extrême confidentialité. Ceux-ci pourront, procéder à l'analyse des informations et déterminer ce qui est permissible de divulguer sans pour autant sacrifier la confidentialité souhaitée par une partie. Cette approche est une solution pratique pour atténuer le risque que pose la divulgation des informations confidentielles par le biais des exceptions illimitées. Il est vrai qu'il sera difficile d'anéantir entièrement les risques que posent les exceptions à la protection des secrets puisqu'elles sont, non seulement nécessaires, mais aussi utiles dans le fonctionnement de la pratique judiciaire. Procéder de cette manière rendra difficile la divulgation par le canal des exceptions et permettra de réduire leur

⁸⁰⁷ *Stephens v. WCAB* (1999) 64 Cal. Comp. Cases 2, <https://www.lexisnexis.com/legalnewsroom/workers-compensation/b/recent-cases-news-trends-developments/archive/2014/10/31/california-limitation-on-use-of-in-camera-review.aspx?Redirected=true>. (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁰⁸ *in Regents of the University of California v. WCAB (Lappi)* (2014) 226 Cal.App.4th 1530, 79 Cal Comp Cases 509.

⁸⁰⁹ *Evidence Code § 915* (a) Subject to subdivision (b), the presiding officer may not require disclosure of information claimed to be privileged under this division or attorney work product under subdivision (a) of Section 2018.030 of the Code of Civil Procedure in order to rule on the claim of privilege; provided, however, that in any hearing conducted pursuant to subdivision (c) of Section 1524 of the Penal Code in which a claim of privilege is made and the court determines that there is no other feasible means to rule on the validity of the claim other than to require disclosure, the court shall proceed in accordance with subdivision (b).

(b) When a court is ruling on a claim of privilege under Article 9 (commencing with Section 1040) of Chapter 4 (official information and identity of informer) or under Section 1060 (trade secret) or under subdivision (b) of Section 2018.030 of the Code of Civil Procedure (attorney work product) and is unable to do so without requiring disclosure of the information claimed to be privileged, the court may require the person from whom disclosure is sought or the person authorized to claim the privilege, or both, to disclose the information in chambers out of the presence and hearing of all persons except the person authorized to claim the privilege and any other persons as the person authorized to claim the privilege is willing to have present. If the judge determines that the information is privileged, neither the judge nor any other person may ever disclose, without the consent of a person authorized to permit disclosure, what was disclosed in the course of the proceedings in chambers, <http://codes.findlaw.com/ca/evidence-code/evid-sect-915.html>. (Consulté le 25 Aout 2017).

nombre.

SECTION 2 - LA SOUMISSION DE LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE A UN RÉGIME DE RESPONSABILITE

- 567.** L'une des principales raisons qui justifient le peu d'effectivité de la protection des informations confidentielles en général et celles des secrets d'affaires en particulier dans l'arbitrage commercial est la quasi-absence des sanctions des violations du principe de confidentialité. Cette quasi-absence de sanctions s'observe dans la jurisprudence des juridictions d'Etat qui, à ce jour, n'offre pas ou presque pas de décision sanctionnant la violation du principe de confidentialité en arbitrage international. Cette réticence des institutions judiciaires étatiques est également perceptible au niveau des institutions internationales d'administration des arbitrages à travers leurs règlements (cas de la LCIA ou de la CCI) ou lois-type de certaines structures internationales de commerce.
- 568.** La doctrine elle-même semble esquiver ce débat sur la sanction au plan international des violations du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial. On serait tenté de penser que cet « abandon » du sujet est dû au fait que la procédure arbitrale étant privée et confidentielle, il n'y a pas de risque de la violer. Mais en réalité les faits nous instruisent autrement. Le risque est présent et les informations confidentielles traitées dans l'arbitrage international ne bénéficient en réalité que d'une présomption de confidentialité. Elles peuvent à n'importe quel instant être sujettes à une divulgation, soit légale sur des bases d'une myriade d'exceptions, soit par négligence ou volontairement du fait des parties. Les atteintes au principe de la confidentialité peuvent aussi être dues au fait des non-acteurs. Ces derniers sont nombreux dans un arbitrage commercial; toutefois, leur régulation n'est que sommairement traitée.
- 569.** Nul n'ignore l'importance capitale des informations qui, de nos jours, sont traitées dans les domaines de l'arbitrage commercial surtout en cette époque où le commerce international a connu un développement exponentiel. L'époque où une entreprise pouvait circonscrire son activité à son Etat ou à sa région est révolue. Avec l'Accord Général sur les Tarifs Douaniers et le Commerce (GATT en anglais) de 1948 et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) de 1999 qui l'a suivi, les activités commerciales ne sont plus uniquement nationales, elles sont mondiales. Le contentieux international aussi a suivi la progression du commerce mondial. Les informations confidentielles sont devenues des biens qui constituent une partie importante du

patrimoine des sociétés. En raison de cette importance, il est normal donc que leur violation et leur divulgation non autorisée soient sanctionnées. Ceci passe forcément par un accord, une volonté politique au niveau des Etats, matérialisée par la volonté de punir les violations de la confidentialité en arbitrage international.

- 570.** Le développement d'un régime juridique de la sanction des violations de la confidentialité est devenu une exigence. Ce régime devrait comporter deux aspects. Le premier traitera de la responsabilité des personnes dans un lien contractuel dans une procédure arbitrale (les acteurs *per se*) : leur présence dans un arbitrage donné est fondée sur une base contractuelle. C'est le cas des parties à la procédure arbitrale, des arbitres et membres des institutions arbitrales internationales. Bref, ceux qui ont été qualifiés d'acteurs (§1). Le second aspect de ce régime est celui qui traitera des violations extracontractuelles ; c'est-à-dire celles causées par les non-acteurs, ces personnes qui ne sont pas dans un lien contractuel avec les parties, c'est-à-dire qui ne sont pas parties à la procédure arbitrale et dont la présence est nécessaire (§2).

§1- La sanction de la violation contractuelle du principe de la confidentialité

- 571.** Pour la survie et pour l'effectivité du principe de la confidentialité, il est important que les acteurs dans une relation contractuelle avec les parties, qui violent le principe de la confidentialité, soient sanctionnés. La détermination et la sanction des violations relatives à la divulgation des informations confidentielles ont été de tout temps un défi pour les juristes particulièrement sur le plan international. Comme nous le savons, il n'y a pas une convention ou un texte international entre Etats qui organise un régime de la sanction de la violation du principe de la confidentialité en arbitrage international. La démarche consisterait à proposer une méthode pour le traitement des violations imputables aux parties à la procédure arbitrale (**A**). La violation du principe de la confidentialité qui couvre les informations dans une procédure arbitrale peut être également imputable à des non acteurs. Il est par conséquent important d'exposer la méthodologie d'une sanction de ces derniers (**B**).

A. Le traitement des violations contractuelles imputables aux acteurs

- 572.** Il est important qu'on s'accorde sur ce que nous entendons par acteurs dans notre contexte. Nous entendons par principaux acteurs d'une part, les parties au contrat (c'est-à-dire les parties à la procédure arbitrale), et d'autre part, les arbitres et membres du centre d'arbitrage. Comme on le sait, les parties à un arbitrage sont liées par un contrat à la base. Ceci se justifierait par le fait que

leurs relations sont soumises à un régime contractuel. Les obligations qui naissent de cet acte juridique, subsistent entre les parties lors d'une procédure arbitrale. Cela dit, une partie impliquée dans une procédure arbitrale est tenue de garder secrètes les informations confidentielles que l'autre a échangées avec elle (lorsqu'il y a entente entre les parties et qu'il y a une clause de confidentialité dans leur contrat). A travers leur accord, les parties entendent donc s'engager explicitement à garder confidentielles les informations obtenues dans le cadre de la procédure arbitrale. Cette obligation, toute proportion gardée, respecte les exceptions et les limitations normatives qui encadrent l'application du principe de la confidentialité en arbitrage commercial.

573. En principe, le principe de la confidentialité interdit aux participants à un arbitrage de révéler l'existence d'une procédure arbitrale⁸¹⁰. Il ne permet pas non plus de rendre publics les documents produits par l'adversaire au cours de l'instance et à la publication de la sentence⁸¹¹. Lorsqu'il est établi que le principe de la confidentialité est violé, par un acteur, lors de l'arbitrage commercial, il est pratiquement impossible de le sanctionner ou de procéder à une indemnisation de la victime. L'existence de plusieurs exemples de violations exposés tout au long de cette réflexion impose, pour plus de clarté, qu'elles soient scindées en deux catégories pour un traitement effectif.

La première qui transparaît presque dans la plupart des règlements internationaux d'arbitrage, est que, certains acteurs principaux sont irresponsables pour des divulgations dont ils ont pu se rendre coupables. Ceci veut dire qu'ils ne peuvent pas être sanctionnés pour leur violation. Cette position apparaît comme une forme d'amnistie générale que les règlements arbitraux accordent. L'article 37. 0⁸¹² du règlement de la NZIAC version 2016, accorde une amnistie quasi-absolue aux membres du tribunal arbitral et à l'équipe de la NZIAC et les protège de toute responsabilité, qu'elle soit due à une négligence, une fausse déclaration ou une violation de quelque nature que ce soit. Cette exigence est une obligation qui pèse sur les parties et les empêchent de poursuivre certaines catégories d'indélicats (*The parties together or separately, release and discharge, ...*). La seule exception connue à cette amnistie générale est le cas d'un comportement frauduleux, (*Any member of the Arbitral Tribunal, NZIAC, or any agent or employee of NZIAC who has not*

⁸¹⁰ Trib. Com. Paris (Ord. réf.) 22 févr. 1999, et Paris 17 sept. 1999, *Rev. Arb.* 2006, p. 573.

⁸¹¹ Th CLAY, *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2001, n° 773, p. 597 ; E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », *Op. Cit.* note 386, p. 122.

⁸¹² Art. 37. 0 'The Arbitral Tribunal must conduct the Arbitration in private', NZIAC International Arbitration Rules, version du 5.0 octobre 2016.

acted fraudulently and is shown to be unaware of the fraud of the other person, will continue to be released and discharged from liability as provided in these Rules”⁸¹³). Cette disposition portant exclusion de responsabilité de l’article 37. 0 du règlement NZIAC a été reprise presque identiquement par le règlement de *Hong Kong International Arbitration Center* en son article 43⁸¹⁴.

574. La deuxième raison est celle qui se présente lorsqu’on essaie de sanctionner un coupable en appliquant le régime de la responsabilité contractuelle issu des différents régimes juridiques. Dans ce cas de figure, pour sanctionner, il faut prouver le dommage. Se pose la question de la difficulté qu’a la victime à fournir la preuve des dommages. La trilogie de la responsabilité qui est non seulement une norme au niveau des Etats, mais aussi un principe universellement accepté, éprouve des difficultés dans sa mise en œuvre lorsqu’il y a violation de la confidentialité en arbitrage commercial. Les trois critères⁸¹⁵ qui fondent l’engagement de la responsabilité civile contractuelle d’une personne sont la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux. Dans le cas de la responsabilité en matière de violation du principe de la confidentialité, il n’est pas facile d’établir le dommage.

Prenons par exemple le cas de l’article 37. 0 du règlement NZIAC qui reconnaît une responsabilité de l’auteur de la violation lorsqu’il y a fraude. Si la victime arrive à établir la faute de l’auteur, il se posera la question de la preuve des dommages et donc celle de l’établissement du lien de causalité. Dans le cadre de la responsabilité de droit commun, en principe s’il n’y a pas preuve du dommage, il n’y a pas réparation du dommage. C’est une difficulté majeure à laquelle fait face la victime dans une éventuelle demande en réparation.

575. Que ce soit dans le cadre de l’exclusion de la responsabilité des acteurs que nous avons qualifiés d’ amnistie générale ou dans le cadre du scénario où la partie lésée est laissée sans réparation pour défaut d’établissement du dommage, cette absence de traitement et ou de sanction de la

⁸¹³ *Idem.*

⁸¹⁴ Article 43.1 : “None of the council of HKIAC nor any committee sub-committee or other body or person specifically designated by it to perform the functions referred to in the Rules, nor the Secretary General of HKIAC or other staff members of the Secretariat of HKIAC, the arbitral tribunal, any Emergency Arbitrator, tribunal-appointed expert or secretary of the arbitral tribunal shall be liable for any act or omission in connection with an arbitration conducted under these Rules, save where such act was done or omitted to be done dishonestly”, Administered Arbitration Rules, Hong Kong International Centre, version 2013.

⁸¹⁵ Cour de cassation Française, chambre civile 1, audience publique du mardi 18 novembre 1997 n° de pourvoi : 95-

plupart des violations du principe de la confidentialité, doit être corrigée. La divulgation des informations confidentielles par négligence, par fausse déclaration, par violation du devoir de loyauté⁸¹⁶, ne peut être exclue de la responsabilité contractuelle du seul fait de l'absence de preuve du dommage, lorsque ces actes ont provoqué la divulgation des informations confidentielles ou secrètes d'une partie et lui ont causé des dommages.

576. Rien ne justifie en arbitrage commercial l'exclusion de responsabilité pour les acteurs. Leur responsabilité doit relever du droit commun du contrat. Le traitement négligent d'une information qui débouche sur une divulgation illégale d'information a les mêmes conséquences pour la victime. Peu importe que cette négligence soit imputable à un principal acteur ou à un non-acteur. La sanction doit plutôt prendre en considération le comportement incriminé et non le statut de la personne responsable. L'idée d'une obligation de confidentialité est de protéger les informations confidentielles dans un processus arbitral. Et cette idée doit sous-tendre et justifier la sanction de la divulgation illégale. Accorder une immunité presque totale aux arbitres et aux administrateurs des centres internationaux d'arbitrage ne contribue pas à la protection à laquelle les parties s'attendent. Il est donc important que l'exclusion de la responsabilité des acteurs comme les arbitres et les administrateurs des centres internationaux d'arbitre soit considérablement revue et soumise au droit commun de la responsabilité contractuelle.

577. Par ailleurs, il ne paraît pas juste que la victime d'une divulgation illégale se retrouve sans compensation au motif qu'elle ne peut pas établir le dommage que la divulgation lui a causé.

Il faut reconnaître d'abord que ce type de dommage est difficile à établir. Selon le droit français, le préjudice réparable doit être certain, direct et déterminé, tâche difficile dans un secteur où des fois, le dommage met plusieurs mois pour se manifester. C'est le cas d'une information divulguée à un tiers qui est exploitée plusieurs mois ou années plus tard ou d'une information divulguée qui cause une perte sur le marché de la bourse à la victime. Comment établir ces faits, comment les quantifier et comment les lier aux préjudices subis par la victime ?

578. L'interdiction de divulgation est une interdiction de faire. Elle impose aux acteurs concernés une

⁸¹⁶ Selon le professeur Y. DERAIS, La loyauté en droit français est un des devoirs associés à l'exigence de bonne foi qui s'impose dans l'exécution des contrats en fonction de l'article 1134, alinéa 3 du code civil. Y. DERAIS, « *Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté* » in *Le nouveau droit de l'arbitrage*, Lextenso éditions 2011, p. 9. « *En matière de procédure civile, les parties doivent dans les débats* », H Molsusky, « *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : Le respect des droit de la défense en procédure civile* », *Mélanges Paul Roubier*, 1961, t. 2, 175.

interdiction de publier illégalement les informations issues de la procédure arbitrale. La violation de cette interdiction constitue une « *inexécution d'une obligation de ne pas faire* »⁸¹⁷ en droit français. « *Celui qui contrevient à une obligation contractuelle de ne pas faire doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention* »⁸¹⁸. La plupart des systèmes de droit ont à un moment consacré ce principe. L'avantage de ce principe est qu'il peut être appliqué sans exigence de preuve d'un préjudice. Il s'adapte bien à la réalité en arbitrage où il est difficile à la victime d'établir le préjudice. Il suffit pour la victime d'établir que l'accusé a effectivement violé l'obligation de ne pas divulguer qui pèse sur lui. Cette disposition peut bien s'appliquer aux acteurs lorsque leur responsabilité est établie dans la divulgation de l'information confidentielle. Dès qu'il est établi que l'acteur a divulgué une information, il est donc question de qualifier cette action comme une violation d'une obligation de ne pas faire. De ce fait, cette violation peut être réparée sans exigence de démonstration d'un préjudice.

- 579.** Dans cet environnement quelque peu obscur, la France apparaît comme un exemple quand il s'agit de soumettre les acteurs à des sanctions. La sanction peut être civile ou pénale.

Le contrôle de l'arbitre en droit français semble être un exemple parfait de l'encadrement que son rôle impose. Les parties peuvent, par exemple en droit français de l'arbitrage interne, reprocher à l'arbitre le manquement à son obligation de confidentialité et ceci peut se traduire par des sanctions en termes de responsabilité contractuelle. Cela est le cas si l'arbitre révèle certains faits ou documents dont il a eu connaissance au cours de l'arbitrage.

Les parties, dans une procédure arbitrale, peuvent révoquer un arbitre qui manque à ses obligations. C'est une forme de résiliation⁸¹⁹ de contrat qu'il ne faut pas confondre avec la récusation. Le Professeur Th. CLAY l'a comparé à une révocation *ad nutum*.⁸²⁰ Cette faculté reconnue aux parties est reconnue par l'article 1458 du nouveau code de procédure civile « *L'arbitre ne peut être révoqué que du consentement unanime des parties (...)* ».

- 580.** En droit français il est aussi permis de faire un contrôle *a posteriori* pour vérifier si l'arbitre a bien exécuté sa part de contrat. La cour d'appel de Paris a précisément décidé que : « *Dans*

⁸¹⁷http://www.lexinter.net/JF/responsabilite_contractuelle.htm. (Consulté le 23 août 2017).

⁸¹⁸Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du jeudi 14 octobre 2010, n° de pourvoi : 09-69928, http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/sanction_de_l'inexecution_et_dommages_et_interets.htm. (Consulté le 23 août 2017).

⁸¹⁹ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit. note 56, p. 19.

⁸²⁰ Th. Clay, *L'arbitre*, op. cit. note 811, p. 265.

*l'accomplissement de leur contrat d'arbitrage, les arbitres engagent leur responsabilité civil à raison de leur inexécution ou mauvaise exécution qui leur serait imputable à faute »*⁸²¹.

Comme on peut le voir, le droit français de l'arbitrage interne, encadre la fonction d'arbitre et la soumet à une responsabilité civile en cas de faute. Il punit aussi la révélation d'informations à caractère secret par l'arbitre. L'article 226-13 de son Code pénal punit « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui est dépositaire soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». En droit français, « [...] les arbitres sont pénalement responsables s'ils révèlent les secrets que les parties leur confient. La convention d'arbitre les rend dépositaires, au sens de l'article 226-13 du Code pénal, des secrets qui leur sont confiés par les parties »⁸²². La responsabilité des acteurs peut être engagée dans le droit français. Envisageons donc les réparations civiles.

B. La réparation de la violation portant divulgation non autorisée des informations confidentielles

- 581.** Pour la jurisprudence française, une faute contractuelle n'implique pas nécessairement par elle-même l'existence d'un dommage en relation de cause à effet avec cette faute⁸²³. Des dommages et intérêts ne peuvent être alloués que si le juge constate que de la faute contractuelle, il en résulte un préjudice.⁸²⁴

Pourtant le préjudice causé à une partie en arbitrage, dû à la divulgation des informations confidentielles est difficile à prouver. On ne devrait pas par conséquent, sous prétexte de non établissement des dommages causés par la divulgation, exclure la responsabilité de l'auteur d'une divulgation illicite.

- 582.** Il est important de procéder à une atténuation en arbitrage de cette position du droit français qui considère que seul un préjudice certain est réparable. En arbitrage comme indiqué *supra*, il est difficile d'évaluer sur le champ les dommages de la divulgation d'une information confidentielle. Cela peut prendre du temps.

A côté de la question du caractère certain du dommage en droit français, il y a le caractère lointain d'un préjudice non réparé qui semble ne pas être pris en compte. En ce sens que pour

⁸²¹ Paris 6 janv. 2011 (X), Rép. Gén. n°10/20243.

⁸²² La responsabilité de l'arbitre, Fasc. 1015 : Arbitrage – L'arbitre – Conditions d'exercice – Statut, § 87.

⁸²³ Cour de cassation, chambre civile 1, Audience publique du mardi 18 novembre 1997, N° de pourvoi: 95-19516, http://www.lexinter.net/JPTXT/faute_contractuelle_et_lien_de_causalite_avec_le_prejudice.htm. Consulté le 23 août 2017.

⁸²⁴ *Idem*.

certaines violations surtout en matière d'information confidentielle, les effets se font remarquer des fois seulement lorsque la violation est très avancée. La sanction de la violation qui se baserait uniquement sur le fait que le dommage est certain, ne peut pas répondre au besoin de protection des informations confidentielles dans l'arbitrage. Ceci justifie pourquoi l'approche devra être, lors de la contemplation de la sanction, la considération que la victime a fait l'objet d'une violation d'une obligation de ne pas faire. Dans ce cas de figure, on peut sanctionner pour le seul fait qu'il y a violation de l'interdiction de ne pas divulguer. Ici, la victime ne devrait pas prouver un dommage.

583. La violation établie, la question du quantum de la réparation reviendra aux juges qui pourraient faire une appréciation souveraine ou se faire aider par un expert. Après tout, les compagnies d'assurance assurent des dommages éventuels et ils n'ont jamais eu de problème à mettre un montant sur le sinistre lorsqu'il survient. L'autre solution à la difficulté que pose la détermination du quantum de la réparation peut être trouvée par les parties en amont pendant la négociation, notamment durant la conférence de gestion de la procédure arbitrale. Les cours peuvent aussi recourir aux services d'un expert qui pourrait les assister dans l'évaluation du préjudice certain ou du préjudice éventuel⁸²⁵.

Les parties peuvent préciser, par anticipation dans l'acte de mission un montant à payer lorsqu'un acteur se rend coupable de la violation établie d'une information confidentielle durant la procédure. L'action devant le juge viserait uniquement à établir la violation de la confidentialité.

584. Il faut reconnaître qu'une interdiction sans sanction n'est point effective. La volonté politique et les systèmes juridiques nationaux doivent permettre aux cours d'organiser également la sanction de la divulgation illicite extracontractuelle.

§2- La sanction de la violation extracontractuelle du principe de la confidentialité

585. La violation de la confidentialité n'est pas uniquement du domaine des acteurs impliqués dans une procédure arbitrale. Cela est vrai, les risques de violation existent avec les acteurs, c'est-à-dire les arbitres, les membres des centres d'arbitrage, les parties et leurs conseils qui sont naturellement aux contacts de toutes les informations débattues et échangées entre les parties.

⁸²⁵ « *Le préjudice réparable (aussi appelé dommage) doit être certain, direct et déterminé* », http://lexinter.net/JF/droit_de_la_responsabilite.htm . (Consulté le 23 août 2017).

Ces aspects du risque de la violation du principe de la confidentialité ont été amplement débattus.

586. Il y a des personnes impliquées dans la procédure arbitrale à divers niveaux qui ne sont pas des acteurs au sens de la définition du mot que nous avons utilisé dans nos développements précédents. Ces derniers sont les témoins des faits, les experts, les sténographes, les traducteurs et interprètes, etc. Ils ont été qualifiés de non acteurs dans l'optique d'une distinction nécessaire justifiée par le principe du non cumul de responsabilité en droit français. Ceux-ci peuvent être sanctionnés sous le couvert du droit commun de la responsabilité civile à moins que leur action revête une connotation particulière à même de permettre sa qualification comme une infraction pénale. (A).

587. Dans certains pays, le besoin de transparence dans la gestion de l'administration a motivé le vote par les parlements de certaines lois portant transparence dans la gestion des affaires publiques. Ces lois permettent aux citoyens d'adresser une requête aux autorités pour demander la divulgation de certaines informations que ces derniers détiennent.

Aux USA, par exemple, cette loi est qualifiée de *Freedom Of Information Act (FOIA)*⁸²⁶. Bien que les conditions de la requête soient régulées, il est important de s'assurer que dans un arbitrage, une partie n'utilise pas cette action pour avoir accès à des informations confiées au gouvernement par l'autre partie (une société) dans le cadre des déclarations exigées pour la protection de l'ordre public. Les gouvernements doivent donc rejeter la requête d'un tiers portant sur des secrets d'affaires qu'il a obtenus dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public (B).

A. La sanction civile de la violation extracontractuelle du principe de confidentialité

588. Les non-acteurs⁸²⁷, dont la présence est indispensable durant la préparation ou durant l'audience elle-même, posent un véritable risque à la protection des informations confidentielles durant une procédure arbitrale. A moins qu'il y ait des éléments particuliers qui puissent conduire à une

⁸²⁶ The Freedom of Information Act, <https://foia.state.gov/Learn/FOIA.aspx> (Consulté le 17 juin 2018).

⁸²⁷ Les non-acteurs ici sont les personnes qui ne sont ni parties, ni arbitres, ni dirigeants des centres d'arbitrage se chargeant de l'administration et de la logistique des procédures arbitrales. Ce sont les collaborateurs des conseils, les sténographes, les interprètes, les personnels administratifs des centres d'arbitrage, les témoins, les experts et autres qui participent à la préparation, à l'exécution et au rendu de la sentence arbitrale. Ces personnes sont au contact des informations échangées ou partagées durant la procédure arbitrale. Toutefois, à la différence des parties, des dirigeants des centres d'arbitrage et des conseils, celles-ci ne sont réellement dans aucun lien contractuel avec les parties. Et pourtant, elles peuvent être source de divulgation de l'information confidentielle préparée pour une procédure arbitrale.

qualification pénale de l'infraction, les violations commises par ces personnes lorsqu'elles sont avérées, devraient être sanctionnées sous le coup du droit commun de la responsabilité civile délictuelle. La raison de ce choix est simple. D'habitude il n'y a aucun lien contractuel entre les personnes et les parties.

- 589.** En droit français, les obligations naissent de plusieurs sources dont les plus essentielles sont les normes édictées par l'autorité française ou communautaire (la France faisant partie de l'UE), les accords entre privés (contrats) et les obligations nées des faits juridiques.

Les obligations nées de ces faits juridiques sont de deux natures. Celles extracontractuelles et celles quasi-contractuelles. Selon, l'article 1100-2 al.1 du nouveau code civil français, « *Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit* »⁸²⁸.

« *On peut dire que les faits juridiques créateurs d'obligations renvoient à toutes les circonstances qui engagent un débiteur sans que celui-ci ait choisi de se retrouver dans cette position* »⁸²⁹). Il y a deux types de situations qui débouchent sur ces obligations : l'obligation peut naître d'un événement naturel, aléatoire qui crée des engagements. C'est le cas d'un arbre appartenant à son auteur, qui tombe et endommage la voiture d'autrui régulièrement garée sur la route. L'auteur de l'arbre, bien qu'il n'ait pris aucun engagement avec le propriétaire de la voiture, est tenu à la lui réparer du fait de son arbre.

Le deuxième volet des faits juridiques créateurs d'obligations se présente durant des agissements qui sont volontaires et non conçus pour faire naître des engagements. Ici, il y a deux subdivisions : les comportements qui sont regroupés sous le concept de quasi-contrat. Ces comportements qui sont licites, sont regroupés sous l'article 1301 du nouveau code civil qui dispose : « *Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire* »⁸³⁰ ». Un exemple des quasi-contrats est la situation où une personne trouve une affaire appartenant à une autre personne et sans l'autorisation de cette dernière, elle s'occupe de l'affaire. Ces faits permettent de considérer ce bénévole comme un mandataire d'affaire afin de lui permettre de recevoir une

⁸²⁸Article 1100-2, Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000032006710>. (Consulté le 23 août 2017).

⁸²⁹*Idem.*

⁸³⁰Article 1301, Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006437617>. (Consulté le 23 août 2017).

indemnité auprès de l'auteur de l'affaire. Cette situation de quasi-contrat n'est pas d'un intérêt pour cette réflexion.

- 590.** Cette distinction faite, l'attention se tourne vers la sanction des agissements qui sont sous la responsabilité extracontractuelle. En droit français, les articles 204 et suivants du nouveau code civil français qui l'organisent se trouvent sous le titre 4, sous-titre 2, consacré à la responsabilité extracontractuelle : « *Il s'agit d'un fait juridique puisque si la source du dommage résulte d'un agissement, d'une action, l'obligation de réparer ce dommage n'a pas été voulue comme telle par le débiteur, ni par le créancier, on ne choisit pas sa qualité de victime. On est ici face à des agissements mais qui créent des obligations involontaires liées aux conséquences que la loi oblige* »⁸³¹.

La responsabilité extra-contractuelle a pour objet, d'identifier toutes les circonstances dans lesquelles une dette d'indemnisation pèse sur l'auteur d'un dommage qui n'était pas engagé dans les termes d'un contrat avec la victime. En faisant un parallèle avec les personnes non-acteurs mais associées à la procédure arbitrale, on peut soutenir que ces personnes ne sont pas en contrat avec les parties vis-à-vis de cette procédure. Si elles posent des actes qui créent un préjudice aux parties à l'arbitrage, légitimement, elles doivent s'attendre à indemniser leur victime dans le cadre des sanctions extra-contractuelles. En droit français, la sanction en matière de préjudice issu d'un comportement délictuel est la réparation intégrale du préjudice.

- 591.** En droit européen, la directive (UE) 2016/943/ du parlement européen et du conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire (*Le savoir –faire revêt une forme immatérielle, intellectuelle*)⁸³² et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites consacre la sanction de la violation de ce type d'informations en son article 4 point 3 qui stipule que : « *la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme illicite lorsqu'elle est réalisée, sans le consentement du détenteur du secret d'affaires, par une personne dont il est constaté qu'elle répond à l'une des conditions suivantes :*

a) elle a obtenu le secret d'affaires de façon illicite ;

⁸³¹ *Idem.*

⁸³² A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 1998. n° 612. p. 347.

- b) *elle agit en violation d'un accord de confidentialité ou de toute autre obligation de ne pas divulguer le secret d'affaires ;*
- c) *elle agit en violation d'une obligation contractuelle ou de toute autre obligation de limiter l'utilisation de secret d'affaires ».*

Cet article consacre les caractéristiques de l'illicéité de la divulgation tandis que l'article 14 paragraphe 1 al. 1 impose aux Etats membres l'obligation de veiller à faire sanctionner les violations établies. Cet article stipule sous le titre dommages et intérêts que « *les Etats membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes, à la demande de la partie lésée, ordonnent à un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires de verser au détenteur de secrets d'affaires des dommages et intérêts qui sont fonction du préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret d'affaires.* » Cette directive européenne a été transposée dans le droit national français par la loi du 30 juillet 2018.

- 592.** Il est important aussi à ce point pour les Etats de développer une politique administrative plus restrictive rendant difficile l'accès aux informations commerciales confidentielles qu'ils reçoivent des sociétés dans le cadre de la protection de l'ordre public.

B. Le rejet de la production sur demande d'un tiers de documents contenant les secrets d'affaires

- 593.** Le *Freedom Of Information Act (FOIA)*⁸³³ aux Etats-Unis est une loi qui permet aux administrés d'avoir accès à certains documents administratifs. En France, il s'agit du décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 relatif aux dispositions réglementaires du code des relations entre le public et l'administration. Cette pratique est source de risques pour les secrets d'affaires. Le scénario pourrait être celui d'une requête par une partie qui tendrait à avoir accès à des informations remises par une autre partie à l'administration dans le cadre des exigences administratives imposées sur les sociétés ou les inventeurs. Cette demande peut être secrètement motivée par son désir d'avoir accès à une information détenue par l'administration et dont l'autre partie est l'auteur. La demande peut être faite à la suite des difficultés que la requérante rencontre en procédure arbitrale pour obtenir directement les informations de l'autre partie ou du fait qu'une demande de *discovery* lui a été refusée. Cette partie pourrait être tentée d'utiliser les possibilités

⁸³³ *FOIA (Freedom Of Information Acte). Les Etats qui ont adopté, une loi qui permet aux citoyens de demander et d'avoir accès à certains documents administratifs. Ces lois entrent dans le cadre de la transparence dans la gestion de l'action publique.*

d'action que lui offrent certaines lois dans les Etats qui donnent accès aux informations que détient l'Etat.

594. Il est important que les organes étatiques chargés de la divulgation de ces informations aux administrés prennent des dispositions pour que des informations confidentielles ou secrètes ne fassent pas l'objet de divulgation par ce canal détourné. C'est précisément ce que stipule le point 3 de la SECTION 7 « PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS NON DIVULGUES » : « *Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce* »⁸³⁴.

Ce texte de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) demande clairement aux Etats de prendre des mesures pour protéger ces informations qu'ils détiennent.

595. Par ailleurs, la décision rendue par le Conseil d'Etat français, le 10 octobre 2014, dans l'affaire «*Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées* » (« *arrêt Syndicat FILMM* »)⁸³⁵ demeure une préoccupation. Par cet arrêt, le conseil d'Etat reconnaît « *la possibilité de contester devant lui, le cas échéant par la voie du référé, les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence (« ADLC »)*⁸³⁶ *de déclasser un document confidentiel versé au dossier d'une procédure relative à des pratiques anticoncurrentielles* »⁸³⁷. Le conseil d'Etat (CE) crée par cette décision une nouvelle tribune judiciaire ouverte aux parties en contentieux devant l'ADLC. Et pourtant, par le passé, seul l'ADLC était la seule juridiction habilitée par la loi à connaître de ces litiges. Il est important de rappeler pour le contexte que selon, l'article L. 463-4 du code du commerce français, c'est au rapporteur général de ADLC

⁸³⁴ Article 39, section 7 : *protection des renseignements non divulgués, annexe 1c, accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, partie II.*

⁸³⁵ CE Français, 10 oct. 2014, n° 367807, *Syndicat national des isolants en laines minérales manufacturées*. (Consulté le 8-7-2018).

⁸³⁶ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=12. (Consulté le 23 août 2018).

⁸³⁷ CE, 10 oct. 2014, n° 367807, *Syndicat national des isolants en laines minérales manufacturées*. (Consulté le 8-07-2018).

qu'il revenait légalement d'apprécier si la communication ou la consultation d'un document versé au dossier est ou non nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause.

- 596.** L'arrêt du conseil d'Etat français du 10 octobre 2014, dans l'affaire précitée a créé un précédent sérieux et un risque majeur pour la protection des secrets d'affaires qu'il convient de corriger. Le gouvernement, par voie législative, peut prendre une loi pour réitérer l'exclusivité de l'ADLC dans ce domaine ou tout simplement, il revient au CE de refermer cette brèche ouverte. Tout le monde peut se tromper. S'auto-corriger n'est pas un aveu de faiblesse.

CONCLUSION

- 597.** Le peu d'effectivité de la mise du principe de la confidentialité en arbitrage commercial s'explique principalement par la non- conceptualisation de ce principe sur le plan international. Le Professeur W. LUKAS⁸³⁸ estime qu'il est difficile d'élaborer une théorie internationale de la protection des secrets d'affaires en raison même du désaccord qui existe par rapport à la définition de la matière elle-même.
- 598.** Il est donc important pour une protection effective des informations que la pratique arbitrale soit dotée d'une définition conventionnelle du principe de la confidentialité qui prenne en compte les informations confidentielles dans leur diversité. Ceci ne sera possible que si les Etats, à travers leur pouvoir législatif et judiciaire, les centres internationaux d'arbitrage, à travers leurs règlements, contribuent à la mise en place d'une politique arbitrale qui accorde une protection effective aux informations confidentielles. Ceci passera forcément par la limitation des exceptions et la réorganisation de la sanction des violations.

⁸³⁸L. Wyss, "How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration", in: *The International Arbitration Law Review* (Int. Arb.L.R.) *Op. Cit.*, note 22, p. 240.

CHAPITRE 2 : LES PILIERS D'UNE PROTECTION EFFECTIVE DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

599. Pour proposer une approche effective à la protection accordée par le principe de la confidentialité, il est indispensable à ce point du développement de déterminer les piliers⁸³⁹ d'une protection efficace par le canal du principe de la confidentialité et de faire des suggestions pour les consolider dans l'intérêt d'une sécurisation des informations confidentielles.
600. Il est établi qu'en matière d'arbitrage commercial, le principe de la confidentialité est peu effectif quand il s'agit de protéger les informations confidentielles en général et surtout les secrets commerciaux ou d'affaires en particulier. La présomption de confidentialité s'est révélée peu effective⁸⁴⁰. Plusieurs facteurs ou faits mettent les attributs reconnus au principe de la confidentialité à rude épreuve. Ces difficultés tirent leur origine de plusieurs éléments issus tant du droit en général, des *lex specialis* de l'arbitrage, des principes applicables en arbitrage commercial et de la pratique de l'arbitrage elle-même. Il est pertinent de soutenir que toutes ces difficultés que connaît la mise en application du principe de la confidentialité créent une insécurité dans l'arbitrage commercial. Par exemple, il n'est plus possible d'assumer qu'une procédure arbitrale est en principe confidentielle comme ce fut le cas avec l'arrêt *Dolling-Baker*⁸⁴¹ ou l'arrêt *Aita*⁸⁴².
601. Par ailleurs, ni le droit régissant l'arbitrage commercial, ni la pratique de cette matière ne nous instruisent sur l'étendue du principe de la confidentialité. Que couvre effectivement le principe de la confidentialité en arbitrage commercial ? Les positions sont partagées en fonction des règlements des centres internationaux d'arbitrage

⁸³⁹ Les piliers pour les besoins de notre développement sont l'instauration d'une certaine prévisibilité dans la pratique du principe de la confidentialité en arbitrage commercial international et la nécessité de trouver un juste milieu pour la pratique du *discovery*, conscients que la pratique civiliste de la preuve est en claire opposition avec la pratique du *discovery* qui est, comme nous le savons, d'origine américaine.

⁸⁴⁰ E. GAILLARD, « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *le nouveau droit français de l'arbitrage*, Op.Cit. note 72, p. 22.

⁸⁴¹ *Dolling-Baker v Merrett* [1990] Op. Cit., p. 205. note 295, p. 97.

⁸⁴² Paris 18 févr. 1986, op. cit. ; arrêt Trib.com. Paris, 22 févr. 1999. Op.cit. note 367, p. 118.

considérés, en fonction du système de droit d'origine des parties ou des arbitres, etc.

602. Au vu de l'analyse des jurisprudences, de la doctrine et des règlements arbitraux des institutions d'arbitrage, il est possible de présenter la portée du principe de la confidentialité en arbitrage commercial selon deux conceptions: la conception large et celle restrictive. Comme leurs noms l'indique, la première protège un large éventail d'informations impliquées dans la procédure arbitrale et la seconde protège moins d'informations.
603. Les praticiens ou usagers de cette matière ne sauront anticiper sur le fait que les informations qu'elles amènent ou qui sont produites pour l'arbitrage ou durant l'arbitrage seront effectivement protégées par le principe de la confidentialité puisqu'elles ne savent pas forcément par anticipation l'étendue de la protection, ni clairement et définitivement les informations protégées. Il y a donc un souci de prévisibilité des effets de la protection qui se pose dans la pratique arbitrale du commerce international. Cette situation est source d'insécurité juridique dans la pratique de l'arbitrage. La prévisibilité dans la protection des informations confidentielles doit être appréhendée dans la pratique de l'arbitrage comme un gage de sécurité et de confiance pour les usagers de l'arbitrage (Section 1).
604. Une autre difficulté à laquelle fait face la pratique de l'arbitrage commercial dans son effort d'assurer une protection effective est le mécanisme du *discovery* et ses conséquences sur l'administration de la preuve. Cette pratique issue de la *common law* contient en son sein des éléments qui ne coïncident pas tout le temps avec les valeurs sacrées de la pratique civiliste de l'administration des preuves qui prend très souvent en compte les critères se rapportant à la protection de la vie privée. De même, la pratique civiliste de l'administration de la preuve est plus volontariste et moins contraignante et moins intrusive. Il est donc nécessaire de trouver un juste milieu entre les deux plus grands systèmes de droit en jugulant les effets de la pratique du *discovery* en arbitrage commercial avec l'aide des arbitres qui doivent jouer leur rôle de garants contre les abus possibles tels que les *fishing expeditons* (section 2).

SECTION 1 : L'IMPORTANCE D'UNE PREVISIBILITE DES EFFETS DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE

605. L'établissement de la source du principe de la confidentialité sur plusieurs fondements est cause d'insécurité juridique pour les parties en conflit. Il est difficile aujourd'hui de savoir quand une procédure arbitrale est couverte par le principe de la confidentialité⁸⁴³. Les positions sont divergentes selon qu'on adhère à un camp ou à l'autre.

Il est impératif de travailler pour une prévisibilité des effets du principe de la confidentialité dans l'arbitrage. Ceci sera un gage de sécurité dans la pratique arbitrale. Pour ce faire, il faut une harmonisation des conceptions du fondement du principe de la confidentialité qui permettra à toute partie dans la sphère arbitrale de savoir comment placer son arbitrage sous le couvert de la confidentialité et ce à quoi elle pourra s'attendre (§1)

606. Le renforcement de l'effectivité du principe de la confidentialité passe aussi par un accord sur les éléments que couvre ce principe. La pratique arbitrale de la protection des informations confidentielles à ce jour se perd sur le point de son étendue, c'est à dire sa portée. Plusieurs règlements internationaux de l'arbitrage commercial divergent sur la portée de la confidentialité en procédure arbitrale. Il n'y a aucune indication dans la doctrine ni dans la jurisprudence que les tribunaux des Etats qui connaîtront de cette question s'entendront sur la portée de ce principe. Quelques décisions des juridictions anglaises⁸⁴⁴ et françaises⁸⁴⁵ confirment cette analyse. Il est donc nécessaire de recommander l'adoption, sur le plan international, d'une conception restrictive du domaine de la confidentialité (§2).

⁸⁴³ Ici, sont exclus les cas où la procédure arbitrale est placée sous l'égide d'un règlement arbitral international qui stipule clairement que tout procédure sous l'égide dudit règlement est sous le couvert du principe de la confidentialité. C'est le cas par exemple de la London International Commercial Arbitration.

⁸⁴⁴ La décision anglaise dans l'arrêt *Ali shipping en 1997* (*Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997]*) a maintenu la tendance de la jurisprudence britannique sur la question du caractère inhérent de la confidentialité dans l'arbitrage en la renforçant malgré le fait que l'arrêt *Esso en 1995* (*H. SMIT, Expert Report (in Esso/BHP v. Plowman)*, 11 Arb. Int. (1995) p. 297 n° 6;), a rejeté le caractère inhérent de la confidentialité prôné par l'arrêt britannique *Dolling-Baker*. Cette dichotomie qui existe entre les deux conceptions du fondement de la confidentialité en arbitrage commercial international affecte aussi la conception des éléments couverts par la confidentialité. La conception britannique pose comme principe général que toutes les informations traitées dans une procédure arbitrale qui ne sont pas dans le domaine public sont confidentielles. Par contre la conception australienne est moins étendue. Elle refuse de reconnaître la confidentialité des informations détenues par une partie vis-à-vis d'un tiers en l'occurrence, le ministre *Plowman*.

⁸⁴⁵ Paris 18 févr. 1986, *op. cit.* ; arrêt Trib .com. Paris, 22 févr. 1999. *Op.Cit. note 842, p. 278.*

§1- L'impératif d'une harmonisation quant au fondement du principe de la confidentialité

607. L'harmonisation quant au fondement (source) du principe de la confidentialité est un impératif en ce sens qu'elle va rassurer les praticiens et les usagers mais aussi apportera plus de stabilité à cette matière dont l'importance n'est plus à démontrer et dont les perspectives d'avenir dessinent un monde dans lequel l'arbitrage s'imposera inéluctablement comme principale voie pour ne pas dire unique voie de résolution des litiges au plan international. Il est donc important d'insister sur la nécessité de rechercher un fondement unique au principe de la confidentialité (A).
608. Il est aussi important, quel que soit le choix qui sera retenu, de privilégier une source qui fera une place à la volonté des parties. Faudrait-il le rappeler, l'arbitrage est le fruit de la volonté des parties et on ne saurait soustraire à leur volonté la décision de placer ou non leur arbitrage sous la protection du principe de la confidentialité. Le réalisme juridique appelle donc à un fondement contractuel de la confidentialité entre les parties dans l'arbitrage commercial basé sur la liberté contractuelle⁸⁴⁶ (B).

A. La recherche d'une source unique au principe de la confidentialité

609. Historiquement, il y a principalement deux sources (fondements) à l'existence du principe de la confidentialité dans la procédure de l'arbitrage commercial. L'une est qualifiée de fondement traditionnel et l'autre de fondement moderne. La source du fondement traditionnel est celle qui soutient que pour que le principe de la confidentialité s'applique durant un arbitrage, il suffit que les parties insèrent une convention d'arbitrage dans leur contrat⁸⁴⁷. Il n'est pas nécessaire selon ce fondement traditionnel, que les parties insèrent une clause qui stipule clairement que l'arbitrage à venir est couvert par le principe de la confidentialité. Cette position fondée sur la présomption de confidentialité⁸⁴⁸ est traditionnellement celle des juridictions britanniques et de l'Europe continentale⁸⁴⁹.

⁸⁴⁶ H. SMIT, Expert Report (in *Esso/BHP v. Plowman*), 11 Arb. Int. (1995) p. 297 n° 6.

⁸⁴⁷ *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997]*, Op. Cit., p. 34. Paris 18 févr. 1986, op. cit. ; arrêt Trib.com. Paris, 22 févr. 1999. Op.cit.

⁸⁴⁸ Brown Alexis C., "Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration." Op. Cit., P. 20.

⁸⁴⁹ Dans l'affirmation du caractère inhérent du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international, l'arrêt *Ali shipping* s'impose comme un arrêt de principe. Dans cet arrêt, les juges britanniques ont réaffirmé la constante jurisprudence des cours britanniques - arrêt *Dolling-Baker*- par rapport au principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial international. Certains auteurs dont Brown Alexis C. ont vu dans la

- 610.** Le second fondement du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial est celui qui est qualifié de moderne. Il soutient que, pour être appliqué dans une procédure arbitrale internationale par un tribunal arbitral, le principe de la confidentialité doit être clairement consenti par les parties. Celles-ci doivent, à travers une disposition de leur contrat, clairement indiquer que leur processus arbitral à venir se déroulera sous le couvert de la confidentialité. La soumission de la procédure arbitrale à la confidentialité peut être aussi faite par référence à un document qui contient une disposition indiquant clairement que la procédure arbitrale ou les relations entre les parties sont soumises au principe de la confidentialité.
- 611.** Il paraît clair à ce point que les parties et les acteurs de l'arbitrage commercial ne sont pas à l'abri des surprises et des déceptions lorsqu'ils décident de protéger de manière implicite ou explicite leurs informations confidentielles à travers le régime du droit commun de la confidentialité. La protection des informations confidentielles dans la procédure arbitrale du commerce international s'apparente à un jeu d'échecs. Elle a des effets imprédictibles.
- 612.** Il est important en face de ces différents fondements ou sources de la confidentialité dans l'arbitrage, de recenser les difficultés que connaissent les usagers, d'en tirer les conséquences et d'y apporter des solutions adaptées. Il y a un constat indéniable. L'hétérogénéité des sources de la confidentialité dans l'arbitrage commercial est un frein à la protection effective des informations confidentielles. Dans ce monde globalisé où le siège arbitral d'une procédure peut se trouver partout, il est difficile de prédire quelle sera l'attitude des arbitres qui décident entre autres sur la base du *lex fori* ou celle de la juridiction étatique en cas de recours au juge de l'Etat.
- 613.** Face à ces imprévus, il est judicieux de privilégier la prévisibilité dans la protection des informations en apportant une solution à ce handicap que constitue la multiplicité des sources. Le choix salubre est celui qui favoriserait un fondement unique et écrit (fondement explicite) de la confidentialité dans l'arbitrage. Cette solution semble répondre à une réalité juridique fondée sur l'importance du consentement entre parties vis-à-vis de toute obligation contractuelle. Avec la position traditionnelle anglaise en réalité on ne sait jamais si oui ou non l'utilisateur est protégé.

décision *arrêt Ali Shipping* de la cour d'appel britannique rendue en 1997 une réponse à la décision « *Esso Australie Ressources v. Plowman* ».

La position suédoise qui fonde la confidentialité sur le principe de loyauté⁸⁵⁰ est un peu confuse et difficile à défendre.

La France crée une incertitude au plan international en optant pour une neutralité dans sa loi portant arbitrage international. Dans cet esprit, plusieurs auteurs français ont soutenu qu'il appartenait aux parties qui souhaitent voir leur arbitrage soumis à un principe de confidentialité de le stipuler expressément dans le cas où cela leur paraîtrait important. La position neutre française vis-à-vis de la confidentialité est louable en ce sens qu'elle laisse le choix aux parties. Elle est intelligente et stratégique pour l'arbitrage français. Celui-ci pourra attirer les partisans et les adversaires de la confidentialité qui savent qu'il leur reviendra de décider quand ils font le choix de l'arbitrage international français. Ceci est conforme à la liberté contractuelle qui est de l'essence dans la pratique arbitrale.

Un fondement explicite de la confidentialité dans l'arbitrage commercial reposant sur une clause intégrée à un contrat ou par référence à un document qui contient une disposition de confidentialité semble être la voie pour s'assurer que le principe de la confidentialité existe bel et bien durant la procédure arbitrale entre les parties et qu'elle couvre les informations que les parties se sont accordées de protéger. Dans cette configuration, aucune chance n'est laissée à la présomption de confidentialité dont l'application n'est plus unanime depuis l'*arrêt Esso* de 1995.

- 614.** Aujourd'hui, il est vrai, la rédaction des règlements arbitraux des centres d'arbitrage internationaux a contribué à amoindrir la dichotomie entre les pays qui ont la conception traditionnaliste et ceux qui ont la conception moderne, c'est-à-dire ceux qui pensent que la procédure d'arbitrage est soumise à la confidentialité uniquement lorsque les parties se sont accordées là-dessus. En effet, une grande partie des règlements internationaux de litiges arbitraux s'est dotée de provisions⁸⁵¹ sur la confidentialité. Ces provisions pour la grande part protègent la procédure arbitrale, les documents préparés pour être utilisés durant ces procédures et la sentence qui en sort. Dans le cas de ces règlements qui ont incorporé le principe de la confidentialité en leur sein, les problèmes se posent sur un autre point, celui de leur effectivité⁸⁵².

⁸⁵⁰ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on international commercial ARBITRATION 609-13 (Emmanuel Gaillard & John Savage eds, 1999) (describing four obligations that bind arbitrators).

⁸⁵¹ Article 42, *Hong Kong International Arbitration Center- Administered Arbitration Rules*, version 2013 p. 46, article 46, *Arbitration Institute of Stockholm Chamber of Commerce Rule*, version 21010; article 38, *China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules CIETAC*, version november 2015,

⁸⁵² *Nous avons évoqué dans nos développements le problème d'effectivité du régime de la confidentialité inséré dans certains règlements arbitraux internationaux de commerce. Nous avons débattu leur caractère trop général,*

615. Les règlements qui incorporent la confidentialité ont le mérite de créer une protection minimale des informations confidentielles impliquées dans une procédure arbitrale. Cette autre source du principe de la confidentialité que sont les règlements arbitraux internationaux est aussi à classer parmi les sources ou fondements de la confidentialité à l'instar des sources jurisprudentielles développées.

Pour un usager, les choses deviennent en principe plus simples lorsqu'il choisit un règlement arbitral qui contient déjà une provision portant principe de la confidentialité. Il n'y a pas un besoin de rédiger une clause de confidentialité dans le contrat entre parties. Il suffit de choisir un règlement arbitral qui incorpore une disposition pertinente sur la question.

616. Il y a aussi des règlements arbitraux à l'instar du règlement de la CCI qui n'ont pas prévu des dispositions portant sur le principe de la confidentialité. La solution qui s'offre ici est celle conservatrice. Il s'agirait, pour les parties qui désirent voir leur procédure arbitrale placée sous le couvert de la confidentialité, de faire en amont le choix d'incorporer dans leur contrat une disposition à cet effet. Cette approche est celle de la France dans sa loi arbitrale du 13 janvier 2011.

Pour les parties qui ont des contrats contenant des dispositions qui traitent de la question de la confidentialité en cas d'arbitrage, la question ne se poserait plus.

617. Pour le cas des parties dont le contrat, d'une part ne contient pas de dispositions prévoyant la confidentialité et, d'autre part dont la convention d'arbitrage fait appel à un arbitrage *ad hoc* ou à un règlement arbitral international -celui de la CCI par exemple- qui n'incorpore pas de dispositions sur le principe de la confidentialité, la meilleure recommandation est de discuter de ce point avec le tribunal arbitral durant la conférence préparatoire.

618. Il y a des lois arbitrales qui ne contiennent pas aussi des dispositions incorporant le principe de la confidentialité. C'est le cas, entre autres, de l'*Arbitration Act* britannique de 1966⁸⁵³, le décret français n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage⁸⁵⁴ en matière

imprécis qui expose les secrets d'affaires impliqués dans une procédure arbitrale à plusieurs risques. C'est tout le sens de ce projet qui tend à présenter des pistes de solutions pour une protection plus effective des secrets d'affaires.

⁸⁵³ Arbitration Act 1996 1996 chapter 23.

⁸⁵⁴ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, NOR : JUSC1025421D, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/JUSC1025421D/jo/texte, Alias: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>. (Consulté le 23 août 2017).

internationale et de l'Acte Uniforme Relatif au Droit de l'Arbitrage de l'OHADA⁸⁵⁵.

Cette position du droit français s'expliquerait par le fait qu'il préfère laisser au plan international, aux parties, le libre choix de décider de ce point

Dans le cas de l'*Arbitrage Act* de 1966 en Grande Bretagne, la commission préparatoire a été découragée par le nombre impressionnant d'exceptions possibles dans une procédure arbitrale. Elle a donc préféré jeter l'éponge dans sa tentative de proposer une législation qui prendrait en compte le principe de la confidentialité et ses exceptions. Contrairement au décret français, la commission a pensé que les cours qui seront saisies des affaires pourront décider au cas par cas.

619. L'abstention vis-à-vis du traitement de la confidentialité dans ces lois arbitrales (France et Royaume-Unis) constitue un casse tête qui se pose aux usagers. Il leur sera difficile, s'ils n'anticipent pas par des dispositions pour se protéger du vol ou de l'appropriation illégale de leurs secrets, de sécuriser leurs informations. Pour éviter toute surprise, il est recommandé aux contractants de prévoir une convention d'arbitrage bien rédigée qui prend en compte les informations dont ils sont les auteurs et qu'ils souhaiteraient protéger. A défaut de cela, durant l'étape de la discussion portant sur l'acte de mission, il leur sera aussi possible de discuter avec le tribunal arbitral durant la conférence préparatoire de l'intérêt pour eux de protéger certaines informations confidentielles dont ils sont les auteurs ou qui se trouvent entre les mains d'un éventuel témoin. Pour le Professeur E. Gaillard, « *La leçon que doivent tirer les rédacteurs d'actes est que, si on veut la confidentialité, il faut la prévoir, et à mon avis, en prévoir non seulement l'existence mais aussi le régime* »⁸⁵⁶. Il donne un exemple en spécifiant que les arbitres pourront prononcer des injonctions ou sanctionner des violations à la confidentialité sous peine d'astreinte, lorsque le contrat des parties contient la phrase suivante : « *la confidentialité est de l'essence du présent contrat* ».

Ces précautions sont les voies les plus indiquées pour assurer une protection minimale aux informations confidentielles existant dans une procédure arbitrale et éviter les effets de surprise qui pourraient en résulter au moment de l'administration des preuves.

⁸⁵⁵ L'Acte Uniforme Relatif au Droit de l'Arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Cet acte est la loi qui organise les procédures arbitrales dans la zone. Il ne contient pas de dispositions sur la confidentialité. Devant ce silence, il sera prudent d'interpréter ce silence comme une volonté du législateur OHADA de laisser les usagers de cet acte décider eux-mêmes de la question de la confidentialité. Il faut noter qu'à côté d'elle, il y a un centre d'arbitrage institutionnel connu sous le nom de Cour Commune de Justice d'Arbitrage (CCJA) doté d'un règlement arbitral.

⁸⁵⁶ E. GAILLARD, « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage », *le nouveau droit français de l'arbitrage*, op. cit. note 840, p. 278.

620. Le raisonnement juridique utilisé par les juges dans l'arrêt *Esso* pour rejeter le caractère inhérent du principe de la confidentialité a un fondement juridique bien établi en comparaison de celui entretenu par les arrêts *Ali shipping* et *Aita* pour retenir le caractère inhérent de la confidentialité dans l'arbitrage commercial. Pour l'arrêt *Esso*, en principe on est engagé par sa volonté.

B. Le réalisme juridique d'un fondement contractuel de la confidentialité fondé sur la liberté contractuelle : la jurisprudence dans l'arrêt *Esso*

621. Les jurisprudences anglaise et française (avant le décret du 13 janvier 2011) ont adopté une position caractérisée de traditionnelle⁸⁵⁷. Partant du principe que l'arbitrage est et demeure dans une large mesure une procédure consensuelle, l'analyse de cette position anglaise⁸⁵⁸ a amené à la caractériser de '*the diktat*'⁸⁵⁹. Cette position n'explique pas par exemple pourquoi un témoin qui n'est pas dans un lien contractuel avec l'arbitrage peut être soumis à une obligation de confidentialité.

L'arbitrage selon, E. LOQUIN⁸⁶⁰ « est l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ». Pour M. de BOISSESON,⁸⁶¹ « l'arbitrage est l'institution par laquelle les parties confient à des arbitres, librement désignés par elles, la mission de trancher leurs litiges ». Pour Ch. JARROSSON⁸⁶², l'arbitrage est « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci ».

De toutes ces définitions, il y a des constantes qui reviennent dont la plus importante est le fait ou l'idée que ce sont les parties qui confient une mission aux arbitres. Ceci est la justification de

⁸⁵⁷ Pour cette position, si les parties conviennent d'une convention d'arbitrage dans leur contrat, cela devrait suffire pour que le tribunal arbitral siégeant conduise sa procédure comme si les parties ont adopté le principe de confidentialité. Cette position énoncée depuis l'arrêt *Doblin Baker* 857 a abouti à sa consécration avec l'arrêt *Ali Shipping*.

⁸⁵⁸ *Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir* [1997] APP.L.R.12/19 Arbitration, Practice & Procedure Law Reports. Typeset by NADR. Crown Copyright reserved. [1997] EWCA Civ 3054 1 CA on appeal from the High Court (Mr Justice CLARKE) before BELDAM LJ; POTTER LJ; BROOKE LJ. 19th December 1997, on february 02, 2018, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ZzzzarbitrationLawReports/>. (Consulté le 23 août 2017).

⁸⁵⁹ "An order that must be obeyed, or the act of giving such an order", Cambridge Dictionary. Le diktat est un ordre qu'on accepte contre sa volonté. Son utilisation se justifie ici par le fait que les parties n'ont pas eu l'occasion de donner leur point de vue sur cet élément important de la justice arbitrale qu'est la confidentialité. Ceci est contrairement à la nature et au régime de l'arbitrage qui est un mode consensuel de résolution de litiges.

⁸⁶⁰ E. LOQUIN, *L'arbitrage commercial international pratique des affaires*, Joly éditions, Lextenso éditions, 2015, p. 1.

⁸⁶¹ M. DE BOISSESON, *Le droit français de l'arbitrage*, Gide Loyrette Nouel, 1990, p.5.

⁸⁶² Ch., JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987, préface. *Op. Cit.* note 91, p. 26.

l'existence d'une procédure d'arbitrage : déplacer le règlement d'un litige de sa juridiction traditionnelle, c'est-à-dire la juridiction étatique, vers une juridiction choisie par les parties au litige.

Les arbitres ont une mission qui vient des parties, mission à laquelle ils doivent s'en tenir à peine de recours en annulation contre la sentence arbitrale. Alors, dans une procédure d'arbitrage, les arbitres qui n'ont pas eu la mission d'appliquer le principe de la confidentialité et qui le font, ne sont-ils pas en exécution d'une mission qui est hors de celle que leur ont confiée les parties au litige. Le droit anglais de l'arbitrage ne semble pas être de cette opinion comme relevé plus haut dans les jurisprudences britanniques. Elles sont dans la logique d'un principe de la confidentialité inhérent qui existe même si les parties n'ont pas un accord sur ce point.

622. La position de la jurisprudence australienne est conforme au principe de l'autonomie de volonté qui sous-tend la pratique de l'arbitrage commercial. La théorie qui fonde la position de la jurisprudence australienne reconnaît la souveraineté⁸⁶³ de la volonté de l'homme. Sur la base de cette théorie, seul un acte de volonté d'une personne peut l'engager⁸⁶⁴, et une personne n'est engagée que dans la mesure où elle exprime sa volonté de l'être.

En comparant le raisonnement de la jurisprudence australienne basé sur le principe de l'autonomie de la volonté, à celui dans la pratique britannique (conception inhérente du principe de la confidentialité) il est clair que ce dernier est contraire au principe de l'autonomie de la volonté. Dans cette position britannique, nulle part les parties n'ont convenu de soumettre leurs relations contractuelles au principe de la confidentialité. Elle leur a été imposée. Cette contrainte a été formulée sans prendre en considération le fait que ce n'est pas tout le temps que les parties expriment le besoin d'une protection sous le couvert de la confidentialité. Il y a des cas où il n'y a vraiment rien de confidentiel et cela peut justifier que les parties n'aient pas besoin de protection. L'approche la plus pratique et légalement correcte serait de privilégier le principe de la liberté contractuelle, c'est-à-dire reconnaître aux parties au moins les atouts de l'autonomie de la volonté. Ceci leur permettra de décider si oui ou non elles veulent faire jouer le principe de la confidentialité.

⁸⁶³ Ici, nous assimilons cette souveraineté à l'autonomie de la volonté dans la conclusion des contrats.

⁸⁶⁴ Il est important de souligner qu'il y a des limites à l'application du principe de l'autonomie de la volonté par action de la loi ou du juge. Elles se manifestent de plusieurs manières par rapport à la loi par exemple : « *La protection de l'intérêt général (ordre public de direction), la protection des parties au contrat (ordre public de protection). Elles se manifestent aussi vis-à-vis de l'action du juge (renforcement des conditions de validité de certains contrats, protection du consommateur, notamment en permettant au juge de prononcer la nullité des clauses abusives, création d'obligations à la charge des parties, bien que non prévues dans le contrat)* », A. BAMDÉ <https://aurelienbamde.com/2016/09/12/lautonomie-de-la-volonte/>. (Consulté le 23 août 2017).

623. Il faut reconnaître que les parties à un arbitrage sont plus informées de nos jours qu'elles ne l'étaient par le passé et elles savent à quoi s'en tenir. Le droit français de l'arbitrage a fait un choix judicieux lors de la réforme de son droit de l'arbitrage en décidant sur le plan international de supprimer le caractère obligatoire du principe de la confidentialité. Ce choix restaure l'autonomie de la volonté des parties qui résolvent leur litige sous le couvert du *lex arbitri* français. Il paraît clair à nos jours que le droit français en faisant l'option de la neutralité vis-à-vis de la confidentialité en arbitrage international, a opté pour un choix sage. Certains pourraient penser qu'il a rejoint la position australienne dans l'*arrêt Esso*. Ceci ne sera pas faux si on prend en compte la position du Professeur E. GAILLARD⁸⁶⁵. Bien que cette position de neutralité ne soit pas encore confirmée par la jurisprudence, elle fait de la France une place attractive pour les arbitrages internationaux.

Nous ne pouvons que saluer cette décision du gouvernement français qui est un choix pratique et sage surtout dans un environnement international où il y a une grande divergence d'opinions et de positions sur la question.

624. Le principe de l'autonomie recommande que les parties soient donc libres et décident de la procédure et des éléments de la procédure si elles le désirent. Il est donc judicieux de les laisser faire un choix ou ne pas le faire, mais ne jamais le leur imposer.⁸⁶⁶ Qu'il leur soit permis de choisir librement de mettre dans leur contrat une disposition consensuelle de confidentialité.

625. La liberté des parties de faire le choix de la confidentialité dans leur procédure arbitrale ne saurait à elle seule contribuer à une protection effective des informations confidentielles durant une procédure arbitrale si le domaine de la protection n'est pas circonscrit et qu'elle s'élargit ou se rétrécit au gré des systèmes de droits, des arbitres, des parties, des doctrines et autres. Le renforcement de la protection des informations sensibles dans l'arbitrage commercial passe aussi par une claire délimitation de sa portée.

§2- L'adoption d'une conception restrictive de la portée de la confidentialité

626. La pratique de l'arbitrage peut être considérée comme diversifiée en fonction des systèmes

⁸⁶⁵E. GAILLARD, « Les principes fondamentaux du nouvel arbitrage », in *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.* Note 859.

⁸⁶⁶Comme il a été souligné, il y a des exceptions qui limitent l'application de ce principe lorsqu'il est question d'intérêt du public ou de la protection des droits des autres.

juridiques, du *for*, des arbitres, des parties. Ces différents éléments qui influencent considérablement la pratique, contribuent aussi à créer un flou lors de la détermination de la portée de la confidentialité. La question de la portée n'a pas une réponse unanime, ni auprès des de la jurisprudence, ni dans le droit positif.

L'arbitrage est une vieille méthode de résolution de conflit et il est aujourd'hui en plein essor. Les risques que courent les informations confidentielles en général et les secrets commerciaux en particulier se sont aussi multipliés. Il est important que collectivement, les diverses institutions arbitrales parviennent à la détermination de la portée du domaine d'application du principe de confidentialité afin que clairement puisse être envisagée une protection effective.

(A)

627. L'une des autres menaces qui pèsent sur la protection des informations confidentielles, est le caractère illimité et diversifié des exigences légales de divulgation des informations confidentielles durant un arbitrage commercial. La plupart des règlements internationaux qui ont adopté le principe de confidentialité, connaissent des limitations légales (exceptions) à l'application de ce principe de sorte qu'on se demande si ces limites, ces exceptions ne vident pas entièrement le principe de son essence qui est la protection des informations confidentielles. Il serait judicieux de promouvoir au niveau des Etats et au niveau des institutions arbitrales, une politique limitative des exigences légales de divulgation des informations confidentielles (B).

A. Les avantages d'une conception restrictive du domaine de la confidentialité sur l'effectivité du principe de la confidentialité

628. En rappel, I. M. SMEURANU⁸⁶⁷ a soutenu dans son livre « *Confidentiality in International Commercial Arbitration* », que le débat sur l'étendue (la portée) de la confidentialité en arbitrage commercial est loin d'être clos.

Le déficit de la délimitation de la portée du principe de la confidentialité est lié à celui de l'inexistence d'une conceptualisation du principe de la confidentialité en arbitrage commercial et ceci à juste titre. La conceptualisation aurait permis une définition claire et précise du concept du principe de la confidentialité qui par ricochet aurait influencé la délimitation du domaine de la confidentialité. Cette absence de conceptualisation a créé une certaine incertitude chez les praticiens et autres usagers de l'arbitrage commercial. Un concept juridique est mieux appréhendé quand on sait exactement comment il est mis en oeuvre et où il est exclu. Ceci n'est

⁸⁶⁷ I. M. SMEURANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, *Op.cit.* p 21

pas le cas du concept de la confidentialité.

629. Toute discussion sur la portée de la confidentialité dans notre matière couvre trois domaines selon I. M. SMEURANU. Ces domaines sont : l'existence de la confidentialité, la procédure elle-même et la sentence arbitrale. Cependant, la question de sa portée n'a jamais été à notre connaissance traitée par les cours nationales, de manière à disposer d'une jurisprudence qui indiquera clairement quelle est la portée exacte du principe de la confidentialité.
630. L'une des questions qui pourrait se poser en termes de portée de la confidentialité est de savoir si celle-ci couvre uniquement les informations et matériels utilisés durant la procédure arbitrale ou si elle couvre aussi l'information sur l'existence même de la procédure arbitrale.

La question ne se pose pas avec trop d'acuité vis-à-vis de la première partie de la question. La réponse semble aller de soi. Par contre, pour la deuxième partie qui porte sur l'information relative à l'existence même de l'arbitrage, on a relevé des positions pour et contre. Mais les faits militent plutôt en faveur d'une absence de confidentialité qui porterait sur l'existence de l'arbitrage. Par exemple, les parties à une procédure arbitrale initient des actions, soit pour récuser l'arbitre soit pour rejeter la juridiction du tribunal arbitral, des actions pour empêcher l'autre partie ou un tiers de divulguer les informations confidentielles, ou pour obtenir des informations de l'autre partie ou d'un tiers ou dans le cadre de l'exequatur ou d'un arbitrage subséquent, etc. Ces différentes actions exposent forcément l'information sur l'existence de la procédure arbitrale. Une cour anglaise⁸⁶⁸ a justement retenu que l'idée de maintenir dans une pareille réalité une exigence de confidentialité vis-à-vis de l'existence de l'arbitrage semble être une utopie, « *Arbitration can no longer exist in absolute isolation* »⁸⁶⁹. Toutefois, ceci n'a pas empêché des règlements arbitraux comme celui de l'OMPI⁸⁷⁰ de retenir que l'information sur l'existence d'un arbitrage est confidentielle. Le Professeur Th. CLAY a également soutenu que le principe de la confidentialité couvre la procédure jusqu' à après la reddition de la sentence. Sur cette base la divulgation de l'existence d'une procédure arbitrale est également protégée.

⁸⁶⁸ [2003] EWHC 1377; [2004] EWHCA Civ. 314.

⁸⁶⁹ *Department of Economic Policy and Development of the City of Moscow v. Bankers Trust* "[t]her can [...] be no breach of duty in disclosing the fact of commencement of arbitration, the existence of an arbitration or the result of that arbitration where there is any legitimate reason not to do so".

⁸⁷⁰ Article 75, a) Excepté dans la mesure nécessaire pour contester l'arbitrage en justice ou pour poursuivre l'exécution d'une sentence, une partie n'a le droit de communiquer unilatéralement à un tiers aucune information concernant l'arbitrage, à moins d'y être obligée par la loi ou par une autorité compétente; elle ne peut alors le faire que <http://www.wipo.int/amc/fr/arbitration/rules/#conf2>. (Consulté le 23 août 2017).

Mais il est important de noter que les propos de ce dernier portent sur l'arbitrage interne français qui, nous le rappelons, a adopté le principe de la confidentialité.

Il n'y a pas lieu de polémiquer sur ce qui paraît être un combat perdu d'avance pour les partisans de la protection de la confidentialité sur l'existence de l'arbitrage.

631. I. M. SMEURANU⁸⁷¹ estime aussi que la question relative au déroulement de la procédure arbitrale, c'est-à-dire l'aspect procédural et matériel est d'actualité. Elle soutient que le fait que la portée de la confidentialité s'étende ou non aux matériels utilisés dans la procédure arbitrale dépend largement des circonstances de chaque cas, des circonstances de chaque affaire et l'importance que les cours locales donnent à la confidentialité dans l'arbitrage dans leurs juridictions. Par conséquent, les solutions adoptées par les cours à travers le monde varient.
632. L'arrêt *Dolling-Baker* des cours anglaises est la première décision qui a donné une idée des éléments qui peuvent être couverts par la confidentialité durant une procédure arbitrale⁸⁷². Bien que la Cour qui a connu de cette affaire n'ait pas donné une indication sur la portée de l'obligation de confidentialité (*the Court did not ...to give a precise définition of the extent of the obligation*⁸⁷³).
633. La solution au problème de la limitation de la portée viendra d'un changement d'approche dans la perception de la définition du domaine de la confidentialité. En l'état, elle paraît trop étendue et ne permet pas, par conséquent, aux praticiens et usagers d'avoir une lecture anticipée de ce que couvre le principe de confidentialité quand ils sont engagés dans la résolution d'un litige.
634. Il faut une réévaluation profonde de la nécessité d'une protection de certains aspects de la procédure arbitrale et de certains éléments impliqués dans cette procédure.

⁸⁷¹I. M. SMEURANU, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Op.cit.p. 252.

⁸⁷² L'arrêt *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Meh* s'est largement inspiré de l'arrêt *Dolling-Baker* en retenant que la procédure arbitrale contient une obligation de confidentialité implicite. Dans son « *opinion* », le juge Colman, a relevé que le caractère privé de la confidentialité doit s'étendre aux documents qui ont été créés avec comme objectif l'utilisation durant l'audience arbitrale et dont les exemples les plus éloquents sont les preuves (...in principle extend to documents which are created for the purpose of that hearing). Il a ajouté que les divulguer à une personne tierce équivaldrait à ouvrir la porte de la salle d'audience à cette dernière. Sur cette même lancée, il a estimé également que, vu l'importance des preuves obtenues des témoins, ils doivent aussi être couvertes par le principe de confidentialité, de même que les mémoires.

⁸⁷³*Dolling Baker, Op. Cit.* note 841, p. 278.

Il faut s'interroger sur l'importance pratique et réaliste de la protection qui est accordée à certaines informations durant la procédure arbitrale. Par exemple, il y a certainement un intérêt commercial à protéger l'existence de la procédure arbitrale. Toutefois, pour deux raisons essentielles, la confidentialité portant sur l'existence de l'arbitrage ne saurait être entretenue avec réalisme dans la société contemporaine. Il y a l'obligation⁸⁷⁴ qui pèse sur certaines sociétés de communiquer aux organes de la bourse, aux assurances, etc, l'existence d'une sentence arbitrale. L'autre raison réside dans les fuites qui sont fréquentes surtout dans ce paysage numérique contemporain.

Entretenir cette interdiction sera une perte de temps et d'énergie qui peuvent être consacrés à la protection de certains aspects matériels du principe de confidentialité qui le méritent réellement.

635. Il y a un désaccord entre certains règlements arbitraux⁸⁷⁵ quant aux éléments à protéger. Celui-ci existe aussi au niveau de certaines jurisprudences⁸⁷⁶. L'approche dans l'arrêt *Trade Finance Inc, v, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd « Bulbank »*⁸⁷⁷ est plutôt pragmatique. La décision dans « *Bulbank* »⁸⁷⁸ a retenu que la cour doit distinguer entre les différents éléments de la procédure arbitrale. Selon elle, la divulgation des faits est bien différente de la divulgation des secrets d'affaires des parties ; elle poursuit que, la divulgation des transactions entre les parties ou l'explication des faits peut avoir plus d'importance que les informations qui portent sur l'existence d'un arbitrage ou sur les informations sur la procédure (*It is likely in many cases that the making public of information in arbitral proceedings could be viewed as a breach of the duty of good faith imposed on the parties in relation to each other. In this assessment, great importance should be attached to what kind of information is made public. Thus it is, for example, likely that information touching on the operations of the parties or its explanation of the action in the arbitration dispute may normally be regarded as more worthy of protection than information that an arbitration between the parties is in progress or information that concerns purely procedural issues of a general nature*⁸⁷⁹).

⁸⁷⁴ B. FAGES, « La confidentialité de l'arbitrage face à l'épreuve de la transparence financière », *Op. Cit.* note 400, p. 125.

⁸⁷⁵ Le règlement de l'arbitrage CCI, *Op. Cit.* note 534, p. 168.

⁸⁷⁶ *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart J, Meh Op. Cit.*

⁸⁷⁷ Case No. Y 1096-98, SVEA Court of Appeal, 14 MEALEY'S INT'L ARB. REP .4 AI 91999.

⁸⁷⁸ *Idem*

⁸⁷⁹ *Idem.*

636. Dans la décision « *Bulbank* », contrairement aux arrêts *Dolling-baker* et *Hassneh Insurance Co of Israel v, Seuart*, il n'est pas listé les éléments qui peuvent être protégés. Toutefois, l'arrêt indique les catégories d'éléments qui méritent protection et ceux qui ne le méritent pas. Pour cette décision, la divulgation des faits est bien différente de la divulgation des secrets d'affaires. Sur un autre point, elle soutient que la divulgation des transactions entre les parties ou l'explication des faits peut avoir plus d'importance que les informations qui portent sur l'existence d'un arbitrage ou sur les informations sur la procédure. C'est dire, que les informations sur la procédure et sur l'existence de la procédure ne sont pas aussi importantes comparées à la divulgation des informations sur les transactions entre les parties ou l'explication des faits. L'arrêt retient aussi qu'il peut être divulgué des faits sans que cela soit considéré comme une divulgation des secrets d'affaires.

Le raisonnement dans cet arrêt donne une indication qui permet de circonscrire les éléments à protéger. Il apparaît clair dans l'arrêt *Trade Finance Inc, v, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd « Bulbank »*⁸⁸⁰ que l'existence de l'arbitrage et les informations portant sur la procédure ne méritent pas protection. Les faits quant à eux ne sont pas forcément confidentiels s'ils ne véhiculent pas les informations secrètes.

637. En attendant une formulation concrète et conventionnelle de la portée de la confidentialité dans l'arbitrage commercial, la position de l'arrêt *Trade Finance Inc, v, Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd « Bulbank »*⁸⁸¹ est une base certaine pour initier la discussion, en ce sens qu'elle offre des pistes pour la détermination de la portée de la confidentialité qui est gage d'une protection plus effective des informations confidentielles.

Le but de cette discussion est d'aboutir à une portée restreinte du domaine de la confidentialité qui repose sur une base pratique en ce sens qu'elle apportera des réponses aux problèmes réels que pose l'ineffectivité du principe de confidentialité. Ceci sera un gage de prédictibilité dans la protection des informations confidentielles.

Le débat sur l'effectivité de la protection ne peut être fructueux sans une analyse de l'intervention de l'Etat qui peut agir à travers une politique judiciaire adaptée.

B. La limitation des exigences légales de divulgation des informations confidentielles

638. Comme il a été exposé au cours des développements précédents, la procédure de l'arbitrage

⁸⁸⁰Case No. Y 1096-98, SVEA Court of Appeal, 14 MEALEY'S INT'L ARB. REP.4 AI 91999.

⁸⁸¹*Idem.*

commercial contient une myriade d'exceptions aux principes de la confidentialité. Ces exceptions ont été timidement développées dans les arrêts *Dolling-Baker*⁸⁸² et affirmées dans l'arrêt *Ali Shipping*⁸⁸³ et dans l'arrêt *Esso*⁸⁸⁴. Pour l'arrêt *Esso*, même si l'obligation de confidentialité existe en raison du contrat entre les parties, elle n'est pas absolue « *It is not absolute* »⁸⁸⁵, parce qu'il n'y a pas une obligation de confidentialité qui lie le témoin dans une procédure arbitrale, la demande de l'exequatur va forcément amener à divulguer des détails de la procédure arbitrale et les parties elles-mêmes pourraient être tenues de divulguer les détails d'un arbitrage à une compagnie d'assurance ou à des actionnaires (*...no obligation of confidentiality attaches to witness in the arbitral proceedings ; judicial enforcement of an arbitral award would necessarily reveal details of the proceedings, and parties themselves may need to disclose details of the arbitration to insurers or shareholders* ⁸⁸⁶).

- 639.** Certains règlements internationaux de l'arbitrage contiennent également des exceptions. L'article 30.1 du règlement de la LCIA contient une liste d'exceptions au principe de confidentialité. Il est permis de divulguer⁸⁸⁷ les informations considérées comme confidentielles en raison d'une obligation légale, pour protéger un droit ou exécuter ou mener un recours contre une sentence devant une juridiction contentieuse étatique ou une autorité légale compétente.
- 640.** La solution à ce problème que posent les exceptions est au niveau des Etats pris individuellement et collectivement au niveau des regroupements internationaux⁸⁸⁸. C'est en ce sens que les propos de I. M. SMEUREANU⁸⁸⁹ ont une portée profonde. Elle a estimé que pour bien étudier la question de la pertinence de la protection durant une procédure arbitrale au plan internationale, il est important de procéder à une évaluation des positions des règlements arbitraux nationaux⁸⁹⁰ de l'arbitrage commercial mais aussi la jurisprudence nationale qui relève du contentieux

⁸⁸²1. W.L.R. (Eng. C.A. 1990).

⁸⁸³*Ali Shipping Corporation / Shipyard Trogir*, [1997] *op. cit.*, p. 147.

⁸⁸⁴*Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others* (1995); *Op. Cit.* p. 20.

⁸⁸⁵See *Id* at 100-01 (discussing that certain factors can be exceptions to the duty of confidentiality).

⁸⁸⁶*Idem.*

⁸⁸⁷*Idem.*

⁸⁸⁸ L'exemple de l'OMPI est un cas de coopération effective des Etats pour organiser la protection de la propriété intellectuelle.

⁸⁸⁹*Case No. Y 1096-98, SVEA Court of Appeal, 14 MEALEY'S INT'L ARB. REP. 4 AI 91999*).

⁸⁹⁰ L'article 1464 alinéa 4 du code de procédure civile qui dispose « *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise à la confidentialité* ».

arbitral.

Elle justifie sa position par le fait que ce sont les solutions obtenues au niveau des juridictions internes des Etats qui, plus tard, se retrouvent intégrées dans les règlements arbitraux internationaux.

La même démarche s'impose ici quand il s'agit de trouver une solution aux effets néfastes des exigences légales de divulgation des informations confidentielles. La raison de ceci est simple. Ce sont les Etats et leurs démembrements qui, individuellement au niveau national ou collectivement au niveau international, peuvent agir en prenant des mesures législatives ou judiciaires pour limiter le nombre des exigences légales de divulgations, leurs effets sur les informations confidentielles et/ou les conditions de leur divulgation. Ce pouvoir relève de la souveraineté des Etats. L'Etat peut, par le biais de son pouvoir régalién, instruire ses institutions judiciaires nationales sur les mesures à prendre pour limiter ou supprimer certaines exigences légales de publication ou certaines exceptions au principe de confidentialité.

- 641.** Au niveau interne des Etats, il s'agira de donner aux institutions judiciaires, les instruments de limitation des exceptions ou de relativisation de leurs effets sur la protection des informations confidentielles dans une procédure arbitrale et même après la procédure. Dans le même sens, l'Etat et ses démembrements peuvent créer des mécanismes de protection des informations lorsque, pour une raison ou pour une autre, une procédure arbitrale ou une sentence est référée à une juridiction étatique. Dans cet esprit, les Etats doivent prendre des mesures législatives ou réglementaires protectrices des informations confidentielles. Ces mesures doivent être de nature à rendre plus difficile la divulgation d es informations obtenues durant une procédure arbitrale à une partie ou à un tiers. La juridiction saisie pourrait exiger comme il a été exposé plus haut, le dépôt d'une caution au cas où la demande se révélait dilatoire, infondée.
- 642.** Dans le cas des divulgations rendues indispensables par un fondement légal, il pourrait être envisagé comme mesure supplémentaire, en plus de rendre plus difficile la divulgation des informations confidentielles de leur auteur, la nomination ici aussi d'un expert en confidentialité par le tribunal arbitral qui aura la charge d'étudier les informations que leur auteur considère confidentielles et faire un rapport au tribunal arbitral qui pourra, sur cette base, décider de leur divulgation ou non. Ceci peut également être appliqué aux procédures devant les tribunaux étatiques qui connaissent des questions portant sur les informations confidentielles impliquées dans une procédure arbitrale. Il y a aussi la pratique dite « *in camera* » qui peut être systématiquement instaurée devant les juridictions étatiques chaque fois que les informations

confidentielles ou des secrets d'affaires sont impliqués.

- 643.** Au plan international, il s'agirait pour les Etats de prendre la mesure des risques auxquels sont exposées les informations confidentielles impliquées dans le commerce international, surtout dans cette ère du numérique. Ceci appelle donc à des actions urgentes. Collectivement, les Etats, dans le cadre d'une action unitaire, peuvent influencer et renforcer la protection des informations confidentielles durant une procédure arbitrale dans le cadre du commerce international à travers des accords ou des traités.

La question est trop laissée à l'appréciation des Etats qui, on le sait, ont des politiques juridiques et judiciaires divergentes sur la question. Leurs intérêts aussi sont divergents et des fois antagonistes. La création d'un régime juridique international qui définirait le cadre de la protection des informations confidentielles semble être l'une des solutions à l'ineffectivité de la protection des informations confidentielles au plan international. Elle est la solution qu'attendent les usagers qui ne sont pas de nos jours en mesure de se repérer dans la complexité des systèmes juridiques et des cadres nationaux des Etats.

- 644.** La signature d'une convention entre Etats pour résoudre un problème international à travers un régime juridique international ne sera pas une innovation en elle-même. Plusieurs textes existent et sont le témoignage de la volonté des Etats de trouver une solution globale à une difficulté partagée.

La Loi-type⁸⁹¹ de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'insolvabilité internationale (1997) en est une illustration pratique. Bien que cette dernière ne vise pas l'harmonisation de textes portant sur l'insolvabilité, elle est un exemple de coopération des Etats pour apporter une solution à un problème commun.

Le peu d'effectivité de la protection des informations confidentielles est un problème commun qui se pose aux nationaux des Etats qui sont dans le commerce international. Un accord international sur la protection de ces informations durant l'arbitrage est donc nécessaire dans l'environnement mondial actuel.

⁸⁹¹ Loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), « (La loi-type de la CNUDCI a pour but d'aider les États à doter leurs lois sur l'insolvabilité d'un cadre législatif moderne permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Elle vise à permettre et encourager la coopération et la coordination entre pays plutôt qu'à essayer d'unifier les règles de fond sur l'insolvabilité, et respecte les différences entre les règles de procédure nationales, ...) », http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html, (Consulté le 07-09-18).

645. La recherche d'une prévisibilité dans la protection des informations confidentielles ne saurait être atteinte si rien n'est fait d'une part, pour juguler surtout les effets de la pratique du *discovery* en arbitrage commercial international et d'autre part, pour harmoniser les effets des textes et jurisprudences nationales applicables à la matière durant les arbitrages internationaux.

SECTION 2 : LA LIMITATION DE LA PRATIQUE DU *DISCOVERY*

646. Un des facteurs qui handicapent la protection effective des informations confidentielles dans la procédure arbitrale, se trouve dans l'administration de la preuve durant les procédures arbitrales. Cette administration de la preuve ne semble pas avoir été conçue avec un engagement ferme de protéger les informations confidentielles ou les secrets d'affaires qui peuvent y être impliqués. Le risque de voir les informations confidentielles divulguées est donc très grand durant cette étape au cours d'une procédure arbitrale. Les parties qui n'ont pas pris des dispositions dans le sens de la protection, se retrouvent exposées. Les informations qu'elles apportent sont laissées à la merci de l'autre partie, des témoins, experts et autres personnels de soutien qui sont impliqués.

647. L'arbitrage commercial, faut-il le rappeler, est régi par deux systèmes de droit connus pour être les plus importants du monde.

Le système de la *common law* d'obédience *anglo-américaine* et le système qualifié de romano germanique. Le système *romano-germanique* est en grande partie basé sur les preuves documentaires introduites volontairement par les parties pour soutenir leurs prétentions devant le tribunal arbitral.

Le système américain est aussi basé sur les preuves documentaires apportées volontairement par les parties à l'arbitrage mais, dans une moindre mesure. Le système de *common law* impose aux parties et aux tiers des mesures contraignantes les obligeant à divulguer des documents ou preuves de manière involontaire. Les civilistes la perçoivent comme néfaste et attentatoire à la protection des informations confidentielles. La pratique du mécanisme du *discovery* doit prendre en considération la diversité des systèmes juridiques internationaux (§1).

648. Des préoccupations existent également par rapport au rôle du tribunal arbitral dans la protection des informations confidentielles. Il est clair que l'ineffectivité de la protection des secrets d'affaires en général, est dans une certaine mesure, imputable au fonctionnement du tribunal

arbitral qui hésite dans plusieurs situations à agir pour protéger les informations confidentielles. Ceci n'est point entièrement de sa faute. Les règlements des centres arbitraux, il a été souligné, sont de moindres aides quand il s'agit de la protection des informations confidentielles. Par conséquent, le tribunal arbitral doit pleinement assurer un rôle de garant contre les abus durant la procédure de *discovery* (§ 2).

§1- L'adoption d'une pratique du discovery qui prend en compte la diversité des systèmes juridiques internationaux

- 649.** La pratique procédurale du *discovery* en matière arbitrale pose un sérieux risque aux parties qui considèrent protéger leurs secrets commerciaux ou industriels en faisant le choix de la procédure arbitrale. La vulnérabilité des informations confidentielles et/ ou secrètes se constate durant toute la procédure arbitrale. Toutefois, elle est plus prononcée durant l'administration des preuves surtout lorsqu'est mis en œuvre le mécanisme du *discovery*. Il est question, pour une effective protection des informations, de trouver un juste équilibre aux effets de ce mécanisme du *discovery*. Cette démarche est importante pour les acteurs originaires des autres systèmes de droit et pour la coexistence des deux systèmes dans le cadre de la protection des informations confidentielles. (A).
- 650.** Dans la recherche d'une solution aux difficultés que pose le *discovery*, il ne faut pas négliger le fait que bien qu'intrusif, le mécanisme du *discovery* a des avantages à considérer. Ceci appelle à des solutions qui offrent une alternative qui fonctionne et assure efficacement la protection des informations confidentielles⁸⁹² (B).

A. La nécessité d'une modération de la pratique du discovery

- 651.** Le *discovery* est considéré par bon nombre de pays européens comme préjudiciable à la protection des données à caractère personnel si chère à l'Europe continentale et comme contraire aux principes fondamentaux de la société européenne. Elle est très préjudiciable surtout à la matière objet de ce projet de recherche. Toutefois, vue d'un autre angle, la pratique du *discovery* se révèle être très utile surtout en face d'une partie qui ne veut pas volontairement s'exécuter et procurer à l'autre des informations nécessaires à sa défense ou à son action. La pratique du

⁸⁹² L'une de ses solutions est perceptible à travers l'amendement opéré au niveau du Rule 26 (b) (1) du Federal Rules of Civil Procedure title v. disclosures and discovery qui vient changer radicalement le fondement juridique du Rule 26 (b) (1) de 1938 qui était la source dans son ancienne formulation, de nombreuses atteintes et des abus décriés par les usagers et les praticiens de l'arbitrage commercial international.

discovery est fondée sur le fait que les parties en contentieux doivent avoir accès à toutes les informations nécessaires, détenues par l'autre partie ou un tiers et qui sont de nature à permettre à la partie adverse d'éviter un procès par embuscade⁸⁹³.

652. Le système civiliste offre également la possibilité aux parties en procédure judiciaire et arbitrale de contraindre une partie récalcitrante. Selon l'article 1467 al. 3 du Code de Procédure Civile (NCPD) français consacré à l'arbitrage, le tribunal arbitral peut enjoindre à l'auteur ou à celui qui détient la preuve de la produire selon les modalités qu'il détermine et « *au besoin à peine d'astreinte.* »⁸⁹⁴. Le décret français du 13 janvier 2011 portant sur l'arbitrage consacre le pouvoir d'astreinte des arbitres dans la production des éléments de preuve détenus par une partie. Le décret formalise la position de la jurisprudence française selon laquelle le prononcé d'une astreinte « *constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger* »⁸⁹⁵, qui complète la *juris dictio*.
653. Il est donc constant que le *discovery*, même s'il est plus prononcé en droit américain dans le cadre du *discovery*, il n'est pas exclusif au système américain. Le droit civiliste aussi utilise la pratique de l'astreinte pour amener l'auteur d'une preuve ou celui qui en a la possession à la produire à la demande de la partie adverse. Ceci est une preuve de l'importance de ce mécanisme dans tous les systèmes.
654. Il y a aussi un autre aspect du *discovery* que ses critiques semblent ignorer. Le mécanisme du *discovery* est un outil important pour les parties pour disposer des éléments de preuves qui leur manquent, (*Discovery is an essential tool for parties to understand and to be able to support their case*⁸⁹⁶). L'incidence heureuse de la pratique du *discovery* est que dans plusieurs cas, les parties parviennent à un compromis après un *discovery*. En effet, dans le processus, elles découvrent des éléments qui établissent la faiblesse de leur défense ou de leur action (*Many arbitrations get settled or compromised at the discovery stage, when parties are ordered to*

⁸⁹³ Ce concept recouvre les situations dans lesquelles l'une des parties au procès n'a pas connaissance de toutes les preuves que peut offrir la partie adverse au soutien de son action avant le jour de l'audience et c'est durant l'audience qu'elle se retrouve devant des preuves brandies par l'autre partie. Ici, il est clair que cela pourra être trop tard.

⁸⁹⁴ Paris, 24 mai 1991, *Rev. arb.*, 1992.636, obs. J. PELLERIN : pour cette juridiction, l'astreinte permet d'assurer l'exécution de la sentence ; Paris, 1^{re} Ch. C, 7 octobre 2004, *Rev. arb.*, 2005.737, note E. JEULAND : la mesure, prise sous forme de sentence partielle, limitait son effet à la durée de l'instance.

⁸⁹⁵ *Idem*.

⁸⁹⁶ Gananathan Pathmanathan, obtaining discovery in international arbitration: a different perspective, par.1.3, p.1.

makedisclosure or come across documentary evidence which is unfavourable to their case”⁸⁹⁷). Ceci les amène à considérer une résolution plus conciliante du litige ou à désister. Il faut donc trouver un compromis qui permettra de mettre les avantages de ce mécanisme au service d’un système d’arbitrage plus juste et protecteur des informations confidentielles échangées. D’où la nécessité de l’adoption dans l’arbitrage commercial de la récente réforme du *discovery*⁸⁹⁸ qui nous paraît plus conservatrice et pragmatique.

B. L’adoption d’une conception conservatrice du *discovery* comme un compromis durant l’administration de la preuve

655. Certains praticiens et usagers du droit commercial international ont décrié la pratique du *discovery* dans l’arbitrage commercial international ; un mécanisme auquel ils reprochent des excès tels les « *fishing expeditions* » et son caractère intrusif. La question à est de voir comment trouver un compromis entre le *discovery* américain et le mécanisme de l’administration de la preuve en zone civiliste dans l’intérêt de la protection des informations confidentielles durant l’administration de la preuve en arbitrage commercial⁸⁹⁹.
656. En effet, les excès qui sont constatés et décriés dans la pratique du *discovery* sont des conséquences logiques de l’état du droit interne américain issues de la pratique du *discovery* sous son ancienne forme. Sous la *Federal Rules of Civil Procedure* datant de 1938, la pratique du *discovery* était très étendue. Elle était précisément qualifiée par la doctrine de “*broad and liberal discovery*”⁹⁰⁰. Et très précisément, la *Rule 26 (b) (1)* disposait que les parties à un procès peuvent opérer le *discovery* relativement à tout élément non privilégié (non *privileged*) qui sont pertinents à la plainte d’une partie ou à sa défense (*Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or défense*).

Cette formulation précisément a ouvert la boîte de Pandore⁹⁰¹. Sous cette formulation, la pratique du *discovery* était fondée sur le principe d’un calcul raisonnable qui peut justifier la requête

⁸⁹⁷ *Idem*.

⁸⁹⁸ *Rule 26(b)(1) du Federal Rules of Civil Procedure › TITLE V. DISCLOSURES AND DISCOVERY.*

⁸⁹⁹ <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/F/FishingExpedition.aspx>. (Consultez le 08 Février 2018).

⁹⁰⁰ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2bcce8f8-dab0-47bb-bbf3-7534d1c853eb>, (Consulté le 25 Février 2018).

⁹⁰¹ *Federal Rules of Civil Procedure, title v. disclosures and discovery, Rule 26. “Ce rapprochement avec la mythologie de Pandore est une illustration et un exposé des excès de cette procédure du discovery telle que pratiquée.* https://www.iletaitunehistoire.com/genres/contes-legendes/lire/pandore-biblidcon_068. (Consulté le 25 février 2018).

auprès de la juridiction qui dit le droit, des preuves admissibles (...*the discoverability of material “reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence”*⁹⁰²). La pratique du discovery depuis 1938 a exposé ses failles. Le système judiciaire américain était aussi conscient de ses dérives. Elle a initié un amendement du dispositif⁹⁰³ du *discovery* contenu dans l’article 26 du *Federal Rules of Civil Procedure* › *title v. disclosures and discovery*. Cet amendement a remplacé le fondement du *discovery* qui était fondé sur le “*reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence*” par un fondement basé sur le principe de proportionnalité “*The key to discovery under the new rule will be proportionality...*”⁹⁰⁴,

657. L’amendement opéré au niveau de la Rule 26 (b) (1) du *Federal Rules of Civil Procedure* › *title v. disclosures and discovery*, a placé le fondement du discovery sur le concept de la proportionnalité. Le principe d’un calcul raisonnable qui pourrait justifier la requête des preuves admissibles auprès de la juridiction par le requérant, (...*the discoverability of material “reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence”*⁹⁰⁵) a été abandonné. L’étendue du discovery repose désormais sur cinq facteurs qui permettent de déterminer si la demande du discovery est proportionnelle aux besoins dans l’affaire pendante (“*proportional to*

⁹⁰²<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2bcce8f8-dab0-47bb-bbf3-7534d1c853eb>, (Consulté le 25 février 2018).

⁹⁰³Rule 26. “Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery.

(a) Required Disclosures.

(1) *Initial Disclosure*.

(A) *In General*. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties :

(i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;

(ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;

(iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and

(iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment”;https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26 consulté le 25 février 2018”.

⁹⁰⁴ Rule 26 (b) (1) du *Federal Rules of Civil Procedure* › *title v. disclosures and discovery*.

⁹⁰⁵ *Idem*.

the needs of the case ...”⁹⁰⁶). Parmi ces facteurs figurent l’importance du problème en considération et l’importance du *discovery* pour le résoudre, le montant litigieux, les moyens des parties et finalement si les dépenses pour le *discovery* projeté dépassent le bénéfice qu’apportera l’initiation d’une procédure de *discovery* dans l’affaire (*They include the importance of the issues at stake in the case and the importance of the discovery in resolving those issues, the amount in controversy, the parties’ resources, and whether the expense of the proposed discovery outweighs the likely benefit*”⁹⁰⁷).

- 658.** L’amendement de la Rule 26 (b) (1) a le mérite d’éliminer les abus de la conception “*rude and liberal discovery*”⁹⁰⁸ qui était une conception néfaste à la protection des informations confidentielles par les parties. L’ancienne rédaction de Rule 26 (b) (1) permettait facilement les « *fishing expeditions* » qui sont des démarches spéculatives dans la recherche des preuves au cours d’une administration de la preuve.

Cette nouvelle approche du *discovery*, lorsqu’elle sera mieux connue par les juristes civilistes, saura apaiser certaines de leurs inquiétudes durant l’administration de la preuve dans l’arbitrage commercial international. En rappel, dans l’article 1467 al. 3 du Code de Procédure Civile (CPC) français consacré à l’arbitrage, le tribunal arbitral peut lui aussi enjoindre l’auteur ou un tiers qui détient une preuve de la produire selon les modalités qu’il détermine et « *au besoin à peine d’astreinte.* »⁹⁰⁹.

- 659.** La Rule 26 (b) (1) amendé vient réduire les risques de la pratique du *discovery* dans sa forme de 1938 en matière de pratique arbitrale domestique. Il est donc question aujourd’hui, pour les usagers du *discovery* au plan international, de saisir cette nouvelle opportunité qui s’offre avec l’amendement du Rule 26 (b) (1) pour combler l’écart qui existait entre les systèmes américain et civiliste de droit. Il faut avoir à l’esprit que la pratique du *discovery* est légitime et ne pas la considérer comme une pratique étrangère hostile au système civiliste.

- 660.** La nouvelle conception du *discovery* va significativement réduire les « *fishing expeditions* » qui

⁹⁰⁶<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2bcce8f8-dab0-47bb-bbf3-7534d1c853eb>, (Consulté le 25 février 2018).

⁹⁰⁷*Ibid.*

⁹⁰⁸*Ibid.*

⁹⁰⁹Paris, 24 mai 1991, *Rev. arb.*, 1992. 636, obs. J. PELLERIN : pour cette juridiction, l’astreinte permet d’assurer l’exécution de la sentence ; Paris, 1^{ère} Ch. C, 7 octobre 2004, *Rev. arb.*, 2005. 737, note E. JEULAND : la mesure prise sous forme de sentence partielle, limitait son effet à la durée de l’instance.

constituent une part importante des sources de risques que courent les informations confidentielles. Le fait que cet amendement pose des conditions claires à la charge de la partie requérante et des arbitres est un facteur important aux mains des parties requises qui doivent s'assurer que les conditions sont respectées. Toutefois, pour que cela soit possible, l'arbitre doit jouer son rôle de garant contre les abus dans la procédure du *discovery*.

§2- L'arbitre garant de la lutte contre les abus dans l'administration de la preuve

- 661.** Au-delà du rôle déterminant des dispositions légales (*legi generali*, *lex speciali* en arbitrage et la jurisprudence arbitrale) en arbitrage national ou international vis-à-vis de la protection des informations confidentielles, une protection effective de ces informations ne saurait être atteinte si les acteurs principaux de l'arbitrage-les arbitres- ne jouent pas leur rôle de chefs d'orchestre de cette protection. Les arbitres doivent prendre les dispositions nécessaires durant une procédure arbitrale pour appliquer les textes protecteurs des informations confidentielles, ceci conformément à leur esprit en faisant preuve de bon sens durant l'administration des preuves. Ceci implique pour les membres du tribunal arbitral la nécessité d'être proactifs (A).
- 662.** Il a aussi été établi que le tribunal arbitral, très souvent en matière de protection des informations confidentielles, a très peu d'aide. Il ne dispose pas, contrairement au juge étatique, d'une formation appropriée ou d'une jurisprudence qui peut l'orienter sur la manière de procéder ou l'attitude à adopter face à certaines difficultés relatives à la protection des informations confidentielles. Pour une efficacité de la protection des informations confidentielles, en dehors des principes généraux posés par certains *lex specialis* et règlements arbitraux internationaux, le tribunal arbitral doit disposer d'un guide de poche qui lui donne clairement une idée de la manière de procéder (B).

A. La nécessité pour le tribunal arbitral de mettre son pouvoir discrétionnaire au service de la protection des informations confidentielles

- 663.** Pour la jurisprudence arbitrale française, le pouvoir de prononcer une astreinte durant une procédure arbitrale « *constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger* »⁹¹⁰. Ce pouvoir reconnu par la jurisprudence française aux arbitres relève de la *juris dictio*, c'est-à-dire du pouvoir reconnu à l'arbitre de dire le droit et de trancher un litige. Le droit

⁹¹⁰ *Idem*.

français a considérablement renforcé le pouvoir de l'arbitre. A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies par les tribunaux étatiques (article 1464 alinéa 1 du NCPC français). Il lui donne la possibilité de prendre des ordonnances portant mesures provisoires ou conservatoires (Article 1469 alinéa 1 du Code de Procédure Civil français)⁹¹¹. Il peut autoriser une partie à saisir un juge de droit commun pour se voir divulguer un document (article 1469 alinéa 1 du Code de procédure civil français). En droit français de l'arbitrage, le Professeur J-B. RACINE soutient que l'arbitre dispose d'une parcelle d'*imperium*, qui est attachée à la *jurisdictio*, c'est-à-dire l'*imperium mixtum* par opposition à l'*imperium merum*⁹¹² qui est du domaine du juge.

- 664.** Les membres du tribunal arbitral devraient avoir le pouvoir d'admettre ou de rejeter une preuve soumise par une partie lorsqu'elle est inappropriée ou de nature à créer à l'autre partie un préjudice qui est disproportionné comparé au bénéfice qu'aurait procuré l'admission de la preuve. C'est précisément à ce pouvoir de l'arbitre que se référerait le juge dans l'affaire *Dolling Baker*⁹¹³ lorsqu'il soutenait qu'avant d'ordonner la divulgation, il était important pour l'arbitre de chercher à savoir s'il n'y a pas une voie moins coûteuse pour la partie requise en lieu et place de celle explorée ou s'il n'y a pas une alternative à la divulgation.

Ce pouvoir issu de la *jurisdictio* reconnu à l'arbitre dans une procédure arbitrale, peut être mis au service de la protection des informations confidentielles. L'arbitre peut être proactif dans la protection des informations confidentielles. Il peut, par exemple, soumettre aux parties la question de la protection des informations confidentielles en début de procédure ou durant la procédure pour recueillir leur avis.

- 665.** L'expérience a prouvé que les arbitres abordent peu la question de la confidentialité lorsqu'elle n'est pas posée par les parties. Pire, parfois, ils pensent que les informations sont protégées du seul fait du choix d'un règlement arbitral, alors que cela n'est pas le cas dans tous les règlements⁹¹⁴. Ils doivent être proactifs à ce sujet et en discuter avec les parties. Cette précaution

⁹¹¹ Le pouvoir des saisies conservatoires et de sûretés judiciaires sont exclues de ses compétences en faveur du juge étatique.

⁹¹² Th. Clay, *V° Imperium*, in L. Cardiet (dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

⁹¹³ *Court of appeal, dolling-baker v. merrett and Another*, See Law Reports version at [1990] 1 W.L.R. 1205 on February 02, 2018, <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>. (Consulté le 23 août 2017).

⁹¹⁴ Les arbitrages siégeant sous l'auspice de la cour arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale ne sont pas de droits protégés par le principe de la confidentialité. Ils ne peuvent l'être que sur demande des parties avec l'accord de l'arbitre. Les gens ici très souvent confondent les travaux de la cour arbitrale qui sont eux soumis au principe de la confidentialité de droit avec la procédure qui ne l'est pas.

qui est recommandée aux arbitres de prendre durant la conférence préparatoire et mieux de l'inscrire dans le projet d'acte de mission est importante parce qu'il y a une incertitude qui plane sur le sujet et qui ne permet pas de dire si les éléments confidentiels durant une procédure arbitrale en cours sont protégés.

666. Il a été soulevé la question de savoir quelle était la psychologie de l'arbitre lorsqu'il traite, par exemple, une demande de *discovery* faite par la partie qui l'a nommé au sein du tribunal. Selon G. J. MAILATH & L. SAMUELSON⁹¹⁵, en principe, il est attendu des arbitres d'adopter un comportement rationnel en limitant l'étendue de la *discovery*. Cette théorie est qualifiée de théorie du choix rationnel (*rational choice theory*).

En principe, le *discovery* en arbitrage commercial ne doit pas être aussi étendu que devant les tribunaux d'Etat ou comme pratiqué aux USA. Toutefois, dans la pratique, en général, le comportement des arbitres n'est pas conforme au « *rational choice theory* ». Certains arbitres, durant l'administration de la preuve, décident de ne pas restreindre les demandes de *discovery* des parties à la procédure arbitrale et d'honorer sans limitation réelle les demandes de *discovery* des parties surtout quand elles émanent de la partie qui l'a proposé⁹¹⁶.

667. La recherche sur la littérature expérimentale du comportement de l'homme suggère que dans certains contextes sociaux, les individus prennent des décisions sous l'influence de la perception de ce qu'ils pensent que les autres personnes attendent d'eux⁹¹⁷. C'est par exemple le cas d'un arbitre intéressé qui souhaiterait être nommé de nouveau par une partie. Il ne respecte pas le « *rational choice theory* ».
668. Face à ce dilemme auquel fait face l'arbitre pour gérer certaines demandes issues de la partie qui l'a nommé, surtout en ce qui est des centres internationaux d'arbitrage, il est préférable que tous les membres du tribunal arbitral soient nommés par le secrétariat du centre d'arbitrage. Dans

⁹¹⁵ Ceci n'est pas forcément le cas pour un arbitre nommé par une partie quand la partie a nommé l'arbitre plusieurs fois et il s'est développé une relation entre eux. Quand l'arbitre a été nommé plusieurs fois par la même partie, la prédiction selon la théorie dite "*rational choice theory*" est que l'arbitre dans sa décision prendra en compte la possibilité qu'il sera nommé encore s'il accède à la demande de la partie qui l'a nommé. Ceci paraît logique dans une situation pareille, il n'est pas exclu que l'arbitre accède à la demande de *discovery* de la partie qui l'a nommé dans l'intention inavouée d'être de nouveau nommé dans un arbitrage futur. Voir G. J. MAILATH & L. SAMUELSON, *Repeated Games and Reputations: Long-Run Relationships* (2006).

⁹¹⁶ See G. J. MAILATH & Larry SAMUELSON, *Repeated Games and Reputations: Long-Run Relationships* (2006).

⁹¹⁷ See L. A. STOUT, "Social Norms and Other-Regarding Preferences", in *Norms and the Law* 13-34 (John N. Droback éd., 2006) (providing overview of the other-regarding preferences).

ce cas de figure, l'arbitre même s'il est choisi plusieurs fois dans une procédure impliquant la même partie, ne se sentira pas devoir quelque faveur à cette partie. Ceci éliminera le besoin de reconnaissance que développent les arbitres lorsqu'ils sont nommés par les parties. Cette précaution n'enlèvera rien au fait que les litiges arbitraux sont organisés par les parties. Pour les parties qui sentent le besoin de s'affranchir de cette obligation de voir le tribunal arbitral désigné par le centre arbitral, elles peuvent toujours se tourner vers l'arbitrage *ad hoc* où elles auront toujours la possibilité de choisir leurs arbitres.

669. Pour plus d'efficacité, en plus du choix des arbitres qui doit être fait par les centres d'arbitrage, il y a des atouts que contient l'amendement apporté au Rule 26 (b) (1) de 1938 dans la législation américaine portant *discovery*. En effet, contrairement à leur attitude passive dans l'ancienne rédaction de la Rule 26 (b) (1) vis-à-vis des demandes de *discovery* introduites par les parties, les arbitres se voient dotés de véritables pouvoirs d'évaluation de la recevabilité des demandes de *discovery*. Avant d'accéder à la demande de *discovery*, ils doivent évaluer l'importance du point qui, dans la procédure pendante devant eux, nécessite le recours au *discovery*. Ils doivent prendre en considération le montant en litige, et prendre en considération les ressources des parties en litige. Les arbitres doivent évaluer, avant toute décision, d'accorder le *discovery*, si les dépenses que va occasionner le *discovery* ne dépasseront pas le gain. Cet ensemble de prescriptions de la Rule 26 (b) (1) amendé vient réduire sensiblement les possibilités offertes aux parties d'avoir accès facilement aux informations détenues par l'une ou l'autre partie.

670. Les doutes qui planent sur l'effectivité de la protection des informations confidentielles peuvent être jugulés si les membres du tribunal arbitral mettent en œuvre le pouvoir discrétionnaire que la plupart des règlements arbitraux internationaux et certaines lois arbitrales mettent à leur disposition durant l'administration de la preuve.

Le tribunal arbitral a le pouvoir, par exemple de décider de toutes les questions relatives à la gestion de la preuve. Le règlement arbitral de la Chambre de Commerce International, version 2017, en son article 25.1 dispose que : « *le tribunal arbitral instruit la cause dans les plus brefs délais par tous moyens appropriés* ». L'article 22.1 de la LCIA donne au tribunal arbitral le pouvoir de conduire les recherches qui lui paraissent nécessaires et aussi le pouvoir d'ordonner aux parties de produire n'importe quel document ou groupe de documents. Les articles 19. 2 et 19. 3 de l'AAA et les articles 24. 2 et 24. 3 du CNUDCI vont dans le même sens.

671. L'arbitre doit faire preuve de bon sens dans la protection des informations confidentielles durant

une procédure arbitrale. Il doit utiliser son pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt des parties mais il doit aussi s'assurer que le bon sens prévaut lorsqu'une demande est faite et que son acceptation est plus préjudiciable comparée à son avantage pour l'administration de la justice en général. L'arbitre peut contribuer à la protection des secrets d'affaires mais son apport sera plus effectif s'il dispose d'un guide de poche, un genre de manuel de procédure.

B. La nécessité d'un guide de poche pour les arbitres

672. Les parties ont de tout temps fait confiance à un arbitre ou à des arbitres, personne (s) physique (s) sans formation formelle sur la *juris dictio* ⁹¹⁸ pour conduire la procédure arbitrale et dire le droit dans un litige qui les oppose. Les règlements arbitraux organisent la procédure arbitrale. Toutefois, il y a beaucoup d'aspects, comme on l'a relevé, qui demeurent non traités. Par exemple, la plupart des règlements internationaux des centres d'arbitrages qui ont prévu une clause sur le principe de confidentialité ne contiennent pas des instructions détaillées sur la manière d'organiser la procédure d'administration de preuve contenant des informations confidentielles. Aucune de ces procédures d'administration de la preuve ne contient de manière spécifique un régime de protection des informations confidentielles.

673. L'absence de formation des arbitres est un souci sérieux qui affecte l'organisation de la protection des informations confidentielles. Plusieurs règlements internationaux des centres d'arbitrage ont abandonné le tribunal arbitral à son sort.

La question de la protection des informations confidentielles impliquées dans une procédure dépend de l'importance que la pratique arbitrale entend lui donner. Elle doit prendre sur elle de mieux organiser cette protection qui est spécifique à l'arbitrage. Elle doit corriger les généralités issues des règlements internationaux qui se contentent de poser en terme général le principe de la protection sans instructions au tribunal arbitral. L'arbitre a besoin d'un guide de traitement des informations confidentielles.

674. L'un des principes forts de ce guide devra être qu'il n'y ait pas de divulgation d'une information confidentielle s'il y a une alternative. Ceci s'entend de deux manières.

D'abord chercher à savoir si on ne peut pas avoir le résultat escompté par la partie requérante de la divulgation par un autre moyen moins préjudiciable. Et, ensuite, voir si le préjudice subi (perte

⁹¹⁸Cette affirmation est faite avec réserve surtout dans le cas où l'arbitrage est conduit par un juge de métier en activité ou retraité. Dans ce cas cela va sans dire que cette personne qui fait office d'arbitre a une formation formelle sur la manière de dire le droit c'est-à-dire présidé une juridiction contentieuse.

subie) par le requis n'est pas disproportionné comparé aux avantages tirés de cette divulgation. Cet ensemble de tests est à la charge du requérant. Il doit démontrer dans sa requête que ces conditions sont respectées avant que sa demande ne soit reçue et examinée.

675. Le guide doit aussi préciser que le requérant doit également, de manière précise, identifier ce qu'il cherche à démontrer par sa demande de divulgation et qui détient cet élément. Il ne saurait faire une demande portant, par exemple, sur une large documentation en espérant trouver ce qu'il cherche. La pertinence de sa demande doit être matérialisée par sa capacité à indiquer ce qu'il veut prouver par ce qu'il cherche. Lorsqu'il est acquis que la divulgation est acceptée par le tribunal arbitral, celui-ci doit veiller à ce que les limites de cette requête en *discovery* par exemple soient respectées.

676. Sans être constitué d'un guide spécifique au traitement ou d'administration des informations confidentielles à caractère universel, le code de procédure civile, tel qu'appliqué par la France à son droit d'arbitrage est un excellent début de discussion. En effet, l'article 1464 alinéa 2 applicable à l'instance arbitrale en droit de l'arbitrage interne français dispose que : « *Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 16 à 21, 23 et 23-1* ». L'article 5 dispose que : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Ceci est fondamental en droit de l'arbitrage et constitue une cause de nullité de la sentence quand l'arbitre statue sans se conformer à la mission lui est confiée⁹¹⁹ L'article 12 respectivement dans ses alinéas 2 et 3 dispose que : «

2-Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

3-Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. »

Cet ensemble d'articles auxquels réfère l'article 1464 alinéas 2 constitue un régime juridique très utile pour dire le droit. Ils donnent au tribunal arbitral l'orientation durant une procédure arbitrale.

677. A défaut de choisir l'option d'un guide spécifique de l'administration des preuves relevant des

⁹¹⁹ Article 1491 3o du Code de procédure civile français.

informations confidentielles pour les arbitres, il peut être fait recours, durant la convention d'arbitrage, à la solution suggérée par les règles de l'IBA (International Bar Association) sur l'administration de la preuve en son article 2 « *Consultation sur les questions de preuve* » : « 2. *La consultation peut porter sur l'étendue et les modalités de l'administration de la preuve, ainsi que sur le stade de la procédure auquel les preuves pourront être produites. En particulier, le Tribunal Arbitral peut consulter les Parties sur: (d) le degré de confidentialité à respecter en ce qui concerne les preuves produites dans l'arbitrage* »⁹²⁰. Cette disposition dans l'article de l'IBA permet au tribunal arbitral de créer un cadre de discussion entre les parties pour débattre des questions de confidentialité qui portent sur les preuves introduites dans la procédure par les parties. Bien que cette disposition n'offre pas la méthodologie de protection à l'arbitre, elle a le mérite d'apporter un début de réponse à la problématique de la protection des secrets d'affaires.

⁹²⁰ Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010.

CONCLUSION

- 678.** Pour rendre effective la protection des informations confidentielles en arbitrage commercial, il est impératif d'agir sur ses piliers à travers la consécration d'un principe de confidentialité contraignant sur le plan international. Il est aussi impérieux de délimiter la portée du principe pour introduire une prévisibilité dans l'application du principe. L'hétérogénéité de solutions qui caractérise le fondement ou la source du principe doit être corrigée avec l'adoption d'une seule source formelle, écrite qui éliminerait la source inhérente.
- 679.** La pratique du *discovery* en arbitrage commercial doit être corrigée pour permettre une conciliation acceptable avec l'astreinte qui vise le même objectif. Ceci ne sera possible sans une volonté des Etats sur le plan national et sur le plan international à travers leurs systèmes judiciaires. Toutefois, la régulation et la maîtrise des excès du *discovery* ne sont pas possibles sans des arbitres décidés, assumant pleinement leur rôle.

CONCLUSION DU TITRE I

- 680.** Pour une protection effective des informations confidentielles en arbitrage commercial, il est important de séparer l'utile du futile. La protection futile, c'est par exemple, d'envisager la protection d'absolument toutes les informations impliquées dans un arbitrage ou d'envisager de protéger l'information portant existence d'une procédure arbitrale. Ceci se révèle comme il a été démontré être voué à l'échec et une perte de temps. La protection utile est la concentration de l'effort sur des informations commerciales effectivement confidentielles aux parties. Pour la simple raison que leur divulgation serait de nature à créer un préjudice réel à leur auteur.
- 681.** L'effectivité ne sera pas pour autant renforcée si les acteurs nationaux et internationaux ne conviennent pas d'une consécration d'une définition du principe de confidentialité adaptée à l'arbitrage au plan international. Ceci contribuera à harmoniser le concept, son application et sa sanction. Les usagers de l'arbitrage commercial ont besoin d'une prévisibilité et celle-ci passe forcément par une consécration internationale du principe de la confidentialité.

TITRE 2 : LA NECESSITE D'UNE PROTECTION DEROGATOIRE DES SECRETS COMMERCIAUX EN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL

- 682.** Il y a aujourd'hui un immense risque pour les parties lorsqu'elles introduisent, comme preuve durant une procédure arbitrale, des informations qu'elles considèrent comme étant secrètes. Il y a des instances au cours desquelles ces informations sont exposées durant une procédure légale comme c'est le cas de l'administration de preuves ou en cas de comportements irréguliers volontaires ou accidentels de certains acteurs ou non-acteurs.
- 683.** Il existe une échelle dans les risques encourus pour les informations confidentielles en raison de leur nature. Le risque est préjudiciable à son auteur si ces informations confidentielles peuvent être caractérisées comme des secrets d'affaires. En effet, les secrets commerciaux sont des informations confidentielles d'un genre et d'une nature particulière. Ils existent et ont une valeur commerciale et économique du seul fait qu'ils sont secrets et demeurent secrets. Les secrets commerciaux sont des informations qui ont une valeur économique parce qu'ils ne sont pas généralement connus. Ils détiennent cette valeur aussi du fait que leur auteur prend des mesures proactives pour les garder secrets.
- 684.** Les secrets commerciaux sont très importants de nos jours pour les sociétés commerciales et industrielles. Dans cette ère moderne, au sein du patrimoine des entités commerciales et industrielles, leur valeur vénale surpasse de loin, le plus souvent, celle des biens tangibles. Toutefois, ils sont délicats. Dès qu'ils tombent dans le domaine public, ils perdent toute valeur marchande et n'ont plus d'intérêt commercial pour leur auteur. Malheureusement, dans plusieurs instances, il est de notoriété que l'arbitrage commercial n'accorde pas aux secrets commerciaux une protection conséquente. La protection des secrets commerciaux est traitée dans le cadre général de la protection accordée aux informations confidentielles en général. Cette protection est peu effective, peu adaptée et très aléatoire. La nature particulière et sensible des secrets commerciaux appelle une protection spécifique durant la procédure.
- 685.** La protection des secrets d'affaires peut être envisagée à deux niveaux. Dans une première étape, elle doit pouvoir couvrir, d'une part, les dispositions importantes à prendre pour protéger les secrets qui sont susceptibles de se retrouver dans la procédure arbitrale. Ceci relève principalement de la volonté des parties qui estiment qu'elles seront bientôt impliquées dans une

procédure arbitrale.

Elles peuvent organiser une protection antérieure au début de la procédure arbitrale. Cette première étape couvre aussi les personnes impliquées dans la procédure arbitrale lorsque la procédure est ouverte. Cette étape de la protection porte donc sur l'organisation d'un environnement légal propice à la protection des secrets d'affaires et à l'organisation des règles régissant les parties et autres personnes impliquées dans la procédure arbitrale (**chapitre 1**).

- 686.** Dans une seconde étape, il faut, pour une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage commercial, un régime dérogatoire de l'administration de preuves adapté à leur nature particulière de ce type d'information. Dans ce régime d'administration de preuves spécifique, la gestion de la preuve doit être organisée de manière formelle et les comportements des personnes impliquées, comme entre autres, les acteurs et les non-acteurs, doivent être rigoureusement régulés. Ce régime d'administration de preuves doit être adapté à la nature particulière des secrets d'affaires et prendre en compte leur singularité. Il doit trancher avec les régimes de droit commun de protection des informations confidentielles qui sont actuellement pratiqués en arbitrage commercial et qui sont incorporés aux règlements internationaux des institutions d'arbitrage.
- 687.** Les insuffisances de la protection du système arbitral nous rappellent qu'aucune protection effective des secrets d'affaires ne peut se faire sans l'intervention des Etats. C'est donc en parfaite intelligence que les acteurs étatiques, et les praticiens et usagers de l'arbitrage international, pourront mettre sur pied un régime dérogatoire d'administration de preuves adapté aux secrets d'affaires impliqués dans l'arbitrage commercial (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I : L'ORGANISATION D'UN ENVIRONNEMENT LEGAL PROPICE A LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES

- 688.** Lorsqu'un litige naît entre les parties et que le contentieux est porté devant une institution internationale d'arbitrage, il y a un échange de documents. L'institution arbitrale choisie lors de la signature du contrat, reçoit la demande d'arbitrage⁹²¹ et un certain nombre de documents au soutien des prétentions. Cela dit, bien avant la constitution du tribunal arbitral, les parties sont tenues d'échanger les éléments de preuves qui permettent de soutenir leur demande⁹²². La réponse et les documents qui l'accompagnent concourent, soit à rejeter la demande d'arbitrage soit à répondre aux griefs avancés par la demanderesse. A cette étape, les informations non seulement confidentielles, mais aussi des secrets d'affaires, peuvent être impliqués ou échangés entre les parties.
- 689.** L'organisation de la protection des informations confidentielles telle qu'elle se présente aujourd'hui dans la pratique arbitrale ou telle qu'elle est organisée dans les règlements arbitraux internationaux est très générale. Plusieurs situations se créent durant lesquelles l'effectivité de la protection par le canal du principe de confidentialité en arbitrage commercial est mis à rude épreuve. Par exemple, une partie peut vouloir demander l'exequatur et dans ce cas, elle est obligée de présenter à la juridiction étatique compétente la sentence arbitrale sur laquelle porte la demande. Une autre partie peut estimer qu'en raison du siège de son arbitrage, la confidentialité n'est pas automatique, etc. La France consitue un exemple de ce dernier cas.
- 690.** Une myriade de causes démontre le risque permanent que courent les secrets d'affaires en particulier. Vu leur importance pour les entreprises, ils ne sauraient être exposés à cette incertitude et à ces risques. Ce constat fondé justifie l'organisation d'un environnement légal propice dérogatoire de la protection des secrets d'affaires. (section 1).
- 691.** Sous un autre angle, il est également constaté une quasi-inexistence de mesures de protection des secrets d'affaires impliqués dans une procédure arbitrale lorsque celle-ci prend fin. A la reddition de la sentence arbitrale, tout semble se présenter comme si les secrets d'affaires étaient

⁹²¹ La demande d'arbitrage au sens général est un document de procédure qu'une partie à un contrat adresse à une institution arbitrale pour solliciter de celle-ci l'ouverture d'une action contre une autre partie au contrat avec qui il était préalablement convenu que tout différend issu de leur relation sera résolu par voie arbitrale.

⁹²² La réponse à la demande d'arbitrage est également au sens général un document de procédure par lequel la partie informée d'une demande d'arbitrage contre elle issue d'une partie avec laquelle elle est ou fut en contrat, soit accepte la demande d'arbitrage formulée contre elle et répond aux prétentions soit la rejette.

abandonnés à leur sort. Cette carence se remarque dans les règlements arbitraux internationaux et dans les jurisprudences.

La jurisprudence semble ainsi ne pas faire cas de ces scénarios. Pourtant cette période après la reddition de la sentence arbitrale est pleine de risques pour les secrets d'affaires impliqués. Les acteurs ou les non-acteurs ont pu avoir accès à des informations économiques secrètes qu'elles peuvent exploiter si rien ne les prévient de le faire.

- 692.** Pour une protection renforcée des secrets d'affaires, il est important de confier aux acteurs et aux non-acteurs un rôle central qui va concourir à les protéger. Cette protection ne saurait être effective si elle ne s'étend pas au-delà de la procédure arbitrale, c'est-à-dire à la période qui commence après la reddition de la sentence (**Section 2**).

SECTION 1 : LA MISE EN OEUVRE D'UNE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES ANTERIEUREMENT A L'AUDIENCE ARBITRALE

- 693.** L'importance des secrets d'affaires n'est plus à démontrer. Ils sont indispensables pour les sociétés parce que pour plusieurs structures économiques, ils constituent la part la plus importante de leur patrimoine. Paradoxalement, ils ne sont pas assujettis malgré leur importance à une protection effective. Pourtant, cela ne devait pas être le cas. Les secrets d'affaires, en raison de leur nature particulière, courent un risque majeur dans le cadre de l'organisation de la procédure arbitrale parce qu'il n'y a pas une *lex specialis* conventionnelle sur le plan international qui régit leur protection.

- 694.** La protection des secrets d'affaires en arbitrage ne saurait être l'affaire uniquement d'une personne, c'est-à-dire son auteur ; elle doit résulter d'un effort collectif qui met en action les instruments légaux appropriés et les acteurs de l'arbitrage.

Toutefois, il faut le reconnaître, dans une procédure arbitrale, la plus grande responsabilité repose sur les parties qui doivent être à l'avant-garde de l'organisation de cette protection. Le droit international de l'arbitrage français a, à juste titre, confié aux parties l'autorité de décider d'inclure ou non la confidentialité dans leur arbitrage à venir. Ce choix du législateur français dénote sa volonté de donner aux parties le contrôle de la protection de leurs informations confidentielles. Elles peuvent, si elles le désirent, l'initier antérieurement à la constitution du tribunal arbitral (§1).

695. Les membres du tribunal arbitral ont, par leur fonction, un rôle déterminant dans la conduite de la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral est revêtu de l'autorité nécessaire pour prendre des dispositions pour protéger des secrets d'affaires sur la base du pouvoir que les textes et les parties lui donnent pour trancher le litige (§2).

§1- L'organisation de la protection des secrets d'affaires sur initiative des parties

696. Les parties dans un contrat peuvent prévoir des dispositions pour organiser les litiges susceptibles de naître entre elles et élaborer un cadre général de protection de leurs secrets d'affaires (A). A défaut de le faire ensemble et de manière consensuelle, chaque partie devra pouvoir, par sa propre initiative, saisir le juge compétent de l'Etat du *for* pour obtenir une ordonnance de protection de ses secrets d'affaires avant l'ouverture de l'arbitrage (B).

A. La préexistence entre les parties d'un accord qui organise la protection des secrets d'affaires

697. Les parties à une procédure arbitrale sont le plus souvent des parties à un contrat existant entre elles. Sur la base du litige né de la prétendue inexécution ou de la mauvaise exécution ou même de l'interprétation des obligations réciproques, les parties finissent par se retrouver devant un tribunal arbitral si c'est le forum de résolution de leur différend qu'elles ont privilégié.

698. Les parties à l'arbitrage échangent souvent des informations qu'elles considèrent comme relevant de leurs secrets d'affaires. Par exemple, une compagnie impliquée dans la recherche et le développement qui est devant le tribunal arbitral au sujet d'une de ses découvertes secrètes, se retrouve dans une situation où l'information qu'elle considère comme secrète peut être divulguée aux personnes ou entités extérieures à son entreprise. Comment protégerait-elle ces informations lorsqu'on sait que les cadres réglementaires des institutions internationales de l'arbitrage sont peu adaptés à la protection des secrets d'affaires ? Quelle sera la situation de cet auteur des secrets d'affaires si le pays où se tient la procédure arbitrale ne dispose pas d'un texte de fond qui protège les secrets d'affaires⁹²³?

699. Les parties peuvent prendre l'initiative d'organiser la protection de leurs secrets d'affaires. Elles peuvent décider d'en discuter durant la négociation du contrat et de formaliser l'accord dans le

⁹²³ Bien que la plupart des Etats sont unanimes à reconnaître l'importance des secrets d'affaires, il est aujourd'hui établie que très peu de pays disposent d'un arsenal légal national qui adresse spécifiquement la question de la protection des secrets d'affaires. Ce n'est que tout récemment que l'Union européenne (UE) a réussi à travers une directive à organiser la protection des secrets d'affaires en son sein.

contrat. Par exemple, dans les situations où les entreprises sont amenées à communiquer des informations secrètes aux futurs partenaires, il y a souvent des discussions sur les clauses de confidentialité⁹²⁴.

C'est le cas des opérations de fusion ou de cession –acquisition d'entreprises, ou les situations où une entité partage, dans le cadre d'une licence de technologie, des secrets d'affaires ou les situations où une société de Recherche-Développement partage son savoir-faire. Ces informations peuvent aussi porter sur la clientèle, les marges bénéficiaires ou la pratique tarifaire qui sont considérées comme des secrets d'affaires⁹²⁵.

- 700.** Une autre situation qui semble être pertinente est le cas de divulgation sous astreinte ou contrainte d'informations à une autre entité ou personne. C'est le cas, entre autres, dans le cadre de l'arbitrage commercial, lorsque les parties n'ont pas par anticipation pris des dispositions pour protéger leurs secrets d'affaires et qu'elles se rendent compte plus tard uniquement lorsqu'un litige naît entre elles que leurs secrets d'affaires n'avaient pas été protégés. Le plus souvent, il est trop tard pour anticiper. L'anticipation est le domaine des hommes d'affaires qui réussissent.

Dans tous les cas de figure, pour les personnes qui s'appêtent à rentrer dans une relation contractuelle et qui désirent protéger leurs secrets d'affaires, il leur est important d'encadrer l'étape (1) de la négociation et de déterminer (2) les informations à protéger.

1. L'encadrement de la phase de la négociation

- 701.** La période des négociations est une étape très délicate pour la protection des secrets d'affaires. Qu'elles réussissent ou qu'elles échouent, les parties sont amenées à partager des informations. Lorsqu'un contentieux naît entre elles, il y a deux situations qui se présentent : soit les parties n'ont pas pris soin d'organiser la protection de leurs secrets et elles se retrouveront sans protection, soit elles ont pris soin d'organiser la protection de leurs secrets d'affaires et elles sont protégées à la naissance du contentieux.

⁹²⁴ F-X. TESTU "La confidentialité conventionnelle", in *Droit et patrim*, 2002 n°102, p.84.

⁹²⁵ D. WILLIAMS, *New Zealand: The New Arbitration Act- Adoption of the Model Law with Additions*, 1 (6) INT'L ARB. L. REV, 214,216, (2998) (illustrating the Arbitration Act 1996 §14 (New Zealand). See also Arbitration Act of 1996 § 14 (New Zealand), available at <http://rang:knowledge-basket.com.nz.9pacts/public/text/1996/an/099.html>. (Consulté le 20 juin 2081).

702. La démarche de la protection des secrets d'affaires dans un contrat se fait en plusieurs étapes. Elle nécessite d'abord un accord de non-divulgence des informations échangées durant la négociation avant le début des discussions (*Non-disclosure Agreement*⁹²⁶). Cette première étape est importante et permet de protéger les informations échangées durant la négociation.

Malheureusement, les parties ne prennent pas soin à cette étape de bien organiser la protection de leurs secrets d'affaires ou de les organiser correctement, soit par ignorance soit par manque d'expertise. Il est donc important⁹²⁷ que les parties s'informent sur la sécurisation de cette période très délicate en faisant de sérieuses recherches ou en s'adressant à des conseils expérimentés. Ceci parce que, en l'absence d'accord entre les parties, on peut s'interroger sur le caractère confidentiel⁹²⁸ des informations échangées durant cette période pré-signature, lorsqu'un litige survient et que le tribunal arbitral est saisi⁹²⁹.

703. Pour protéger les informations sensibles échangées durant cette période, les parties peuvent s'inspirer soit de la clause des principes unidroit qui prévoit dans son article 2.1.16: "*Qu'il y ait ou non conclusion du contrat, la partie qui, au cours de négociations, reçoit une information donnée à titre confidentiel par l'autre partie, est tenue de ne pas la divulguer ni l'utiliser de façon induue à des fins personnelles. Le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité comprenant, le cas échéant, le bénéfice qu'en aura retiré l'autre partie*", soit des Principes européens du droit des contrats qui, de leur côté, proposent, en leur article 2 :103 consacré au devoir de confidentialité : « *Lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations, l'autre est tenue de ne pas la divulguer ni de l'utiliser à*

⁹²⁶ Certains soutiendront qu'il faut attendre la finalisation des négociations pour signer le « *Non-disclosure Agreement* », mais nous pensons que cela risque d'être trop tard si les négociations s'achevaient avec un échec. La signature d'un « *Non-disclosure Agreement* » avant l'ouverture des négociations, est une précaution nécessaire. Elle permet de protéger les informations sensibles ou secrètes échangées même si les négociations s'achevaient avec un échec.

⁹²⁷ L'importance de la protection de cette période ne saurait être exagérée lorsqu'on sait qu'il y a des informations sensibles voire secrètes qui peuvent être échangées entre les parties. Un bon accord sur la protection des informations échangées durant ladite période permettra de mettre leur auteur à l'abri, même s'il advenait que les négociations n'aboutissent pas à une signature de contrat.

⁹²⁸ Comme l'avons nous plusieurs fois souligné, deux écoles s'opposent lorsqu'il s'agit de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international. L'école anglaise qui considère que la confidentialité est inhérente et la clause d'arbitrage suffit pour placer les informations confidentielles partagées durant une procédure arbitrale sous la protection de la confidentialité. Tout est en principe selon cette école protégé durant une procédure arbitrale. L'école opposée est celle australienne issue de l'*arrêt Esso* de 1995 qui pose que tant que les parties n'ont pas inclu dans leur contrat un accord de confidentialité qui couvre les informations impliquées, il y a lieu de conclure que les parties n'ont pas entendu protéger les informations.

⁹²⁹ Comme nous l'avons déjà mentionné, il n'est pas suffisant d'affirmer dans un contrat le caractère confidentiel des informations échangées entre les futures parties. Il est important de maîtriser la formulation de cette clause arbitrale de sorte qu'elle couvre les informations secrètes échangées durant la période de négociation, de l'exécution du contrat et à la fin des relations contractuelles.

ses propres fins, qu'il y ait ou non conclusion du contrat. Le manquement à ce devoir peut ouvrir droit à la réparation du préjudice souffert et à la restitution du profit qu'en aurait tiré l'autre »⁹³⁰.

- 704.** Il est à noter que ces deux clauses protègent uniquement les informations expressément présentées comme confidentielles. Ceci se déduit de la clause des Principes Unidroit qui prévoit en son article 2.1.16 « *qui reçoit une information donnée à titre confidentiel* » et de l'article 2 :103 des principes européens des droits des contrats : « *Lorsqu'une information confidentielle est donnée par une partie au cours des négociations* ».

Il est important que la partie qui reçoit l'information sache que l'information est donnée à titre confidentiel. Ces deux clauses affirment clairement l'interdiction de divulguer une information reçue à titre confidentiel durant les négociations entre parties.

Dans les deux cas, le manquement à ce devoir est susceptible de donner lieu à une indemnité.

Dans tous les cas, pour une meilleure protection des secrets d'affaires dans le cadre des négociations, les parties doivent débattre de dispositions spécifiques qui auront le mérite de préciser et d'éclairer le cadre de la protection.

2. L'accord sur les informations à protéger

- 705.** Cet aspect est le plus difficile dans une négociation qui porte sur la protection des informations confidentielles. Ceci s'explique par plusieurs facteurs dont le plus important est la difficulté constatée, au plan international, de parvenir à une définition conventionnelle internationale des secrets d'affaires. Il paraît très insuffisant de formuler dans l'accord entre parties que la protection porte, de manière générale, sur les informations confidentielles ou sur les informations stratégiques, ni de s'accorder uniquement sur le fait que les éléments protégés doivent être ceux qui procureraient un avantage économique concurrentiel⁹³¹.

Dans la mesure du possible, le contrat doit lister les informations réputées confidentielles de manière exhaustive et précise ; il doit également désigner les types d'informations à protéger. La formulation de l'accord ne doit pas laisser un vide qui serait exploité. Il est important que les parties indiquent clairement que les informations partagées sont des secrets d'affaires. Selon le

⁹³⁰ Article 2.1.16, Clause des Principes Unidroit relatifs au droit commercial international, 2010.

⁹³¹ V. cas d'une clause Lexis Nexis prévoyant que le secret ne vise que « les informations susceptibles de favoriser une entreprise concurrente », W. DROSS, *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec professionnel, Lexis Nexis, 2e éd., 2011, p. 161.

Professeur F. DESSEMONTET, la simple déclaration d'intention, utile pour manifester la volonté de sauvegarder le secret, ne suffit pas si elle n'est pas accompagnée d'effets pratiques⁹³². Pour la jurisprudence américaine : « *Les mesures en question constituent une notice de secret ou usage restreint sur les documents, panneaux d'avertissement dans les unités de production ou de recherche, restrictions d'accès, codes d'identification, safe,...* »⁹³³. Ceci sous-entend que durant les discussions visant à déterminer les secrets, les parties doivent indiquer comment les secrets échangés seront reconnus.

C'est la doctrine française qui fournit une approche plus pratique. Le Professeur E. GAILLARD a soutenu que la protection des informations confidentielles devait être l'affaire des parties. Pour lui, « *Si on veut la confidentialité, on doit la prévoir, et à mon avis, en prévoir non seulement l'existence mais aussi son régime* »⁹³⁴. Dans cet élan, il suggère par exemple une formule spécifiant que les arbitres pourront prononcer des injonctions ou sanctionner la violation de la confidentialité à peine d'astreinte s'il est mentionné dans le contrat que : « *la confidentialité est de l'essence du présent contrat* ». Il faut reconnaître que cette approche de la doctrine française est à même de procurer aux parties des indications pour sécuriser les secrets d'affaires qu'elles amènent dans le contrat.

- 706.** Pour les parties soucieuses de placer leurs secrets d'affaires à l'abri, des discussions peuvent être menées durant la période précontractuelle pour organiser leur protection. Ces discussions seront soldées par l'incorporation dans le contrat signé de clauses protectrices de secrets d'affaires. Si ceci est fait, il ne sera pas besoin de discuter à la naissance du litige, de la protection ou non des secrets d'affaires. Les parties auront déjà pris le soin de régler les contours. A défaut de cette anticipation, une ordonnance du juge portant protection des secrets d'affaires peut suppléer à la naissance du litige.

B. L'imposition d'une ordonnance du juge étatique portant sur la protection des secrets d'affaires impliqués dans la procédure arbitrale

- 707.** En général, la question de la nécessité d'une ordonnance du juge ne se pose pas dans la situation où l'information est détenue par une partie ou un tiers et où celui-ci volontairement, la divulgue

⁹³² *Idem.*

⁹³³ F. DESSEMONTET, « *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce* », partie III.

⁹³⁴ E. GAILLARD, « *Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage* », *Le nouveau droit français de l'arbitrage*, *op. cit.* note 72, . p 22.

sur demande. Nul ne peut être obligé de garder ses secrets d'affaires secrètes à moins que cela soit dans l'intérêt général. Toutefois, la situation est différente quand une partie refuse, pour des raisons fondées et légitimes, de divulguer volontairement. Plusieurs solutions sont offertes pour permettre à la requérante de les obtenir. Cela peut être sur intervention du tribunal arbitral ou par ordre du juge. L'accès aux informations confidentielles peut être fait par la voie du *discovery* en droit américain et en droit français sur la base du pouvoir d'astreinte du tribunal arbitral issu du décret⁹³⁵ de 13 janvier 2011 portant sur le droit de l'arbitrage français.

- 708.** Les parties peuvent avoir des secrets d'affaires qu'elles souhaitent protéger contre une divulgation durant la procédure arbitrale. Sur demande de la partie concernée ou de la plus diligente ou sur demande des deux parties durant une négociation, il peut y avoir un accord portant sur la gestion des secrets d'affaires durant une procédure éventuelle. Ceci est l'idéal des cas.

Qu'en est-il lorsque les secrets d'affaires sont des preuves importantes de l'arbitrage à venir et une partie tient à leur divulgation contre l'avis de l'autre ou des autres parties?

D'autres situations des plus fréquentes sont celles dans lesquelles ils sont détenus par une tierce personne et leur auteur qui est une partie à la procédure arbitrale à venir tient à empêcher la production. Que ce soit dans l'un ou l'autre des cas, l'une des options qui s'offrent aux parties lorsqu'elles se trouvent dans une situation pareille est le recours à une ordonnance du juge pour empêcher la divulgation de l'information.

- 709.** La question qui sera pertinente est de savoir si l'une des parties peut demander à un juge d'interdire aux autres parties d'introduire des preuves sous prétexte que celles-ci sont confidentielles ou portent sur des secrets d'affaires. La réponse est affirmative en ce sens que si une partie estime qu'un acte posé par l'autre lui causerait des pertes irréremédiables, elle est en droit de demander la protection du juge.

Le juge, s'il estime l'action fondée, pourra prendre une ordonnance d'injonction pour protéger la partie contre le préjudice à venir. Cette solution est celle retenue par l'article 14E⁹³⁶ de l'*Arbitration Act* de 1996 de la Nouvelle-Zélande qui donne autorité à la Haute Cour de la Nouvelle-Zélande d'interdire la divulgation d'informations confidentielles par une partie (*High Court may allow or prohibit disclosure of confidential information if arbitral proceedings have*

⁹³⁵ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF* n°0011 du 14 janvier 2011 p. 777 texte n° 9.

⁹³⁶ <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1996/0099/latest/DLM1075807.html>. (Consulté le 14 mai 2018).

been terminated or party lodges appeal concerning confidentiality).

L'article 14 E soumet cette autorité du juge à une condition essentielle : la décision du juge ne peut pas être prise *ex parte*. Le juge doit donner à chaque partie à la procédure, l'opportunité d'être entendue ((4) *The High Court may make an order under this section only if it has given each of the parties an opportunity to be heard*)⁹³⁷.

710. Bien que cet article s'applique aux informations confidentielles détenues par les parties, il pourrait également bien s'appliquer aux secrets d'affaires détenus par un tiers. Une partie peut s'opposer par une ordonnance du juge, à la divulgation des informations secrètes par une tierce personne. Il y a bien des cas où pour des raisons fondées⁹³⁸, une partie à une procédure arbitrale souhaite avoir accès à des informations secrètes se trouvant cette fois-ci, non entre les mains de l'autre partie, mais plutôt entre les mains d'une tierce personne. C'est donc une partie qui s'oppose à ce qu'une tierce personne divulgue les informations secrètes à l'autre partie. C'est le cas des sociétés qui ont, par exemple, des licences portant sur le savoir-faire ou des compagnies qui ont signé un contrat pour la fourniture d'un service, par exemple. La partie qui estime que la divulgation lui sera préjudiciable est en droit d'arrêter celle-ci par injonction du juge.

711. Il y a aussi des situations dans lesquelles une partie s'oppose à ce que des informations soient divulguées par une partie à une tierce personne. Bien que la décision de la juridiction saisie ne soit pas favorable à la demanderesse de l'ordonnance portant injonction, l'*arrêt Esso*⁹³⁹ de la high court d'Australie est le plus célèbre exemple. Il est utilisé dans ce contexte pour exposer un cas d'opposition à la divulgation par saisine du juge. Dans cette affaire soumise à la High Court d'Australie, le ministre Plowman qui n'était pas partie à l'arbitrage subséquent, a demandé à des sociétés qui étaient sous contrôle de l'Etat australien de fournir des informations qu'elles détenaient en raison de leur relation d'affaires avec la *société Esso*. Cette dernière s'est opposée à cette divulgation en introduisant une requête auprès des juridictions australiennes pour interdire toute divulgation des informations sollicitées. Son argument était que ces informations

⁹³⁷ *Idem*.

⁹³⁸ C'est le cas par exemple d'une partie (A) en procédure arbitrale qui a une licence portant sur un savoir-faire avec une autre structure. Cette structure, en raison de cette licence ou de ce partenariat, détient des secrets d'affaires appartenant à la partie impliquée dans la procédure arbitrale en cours. Si cette dernière refuse de divulguer les secrets sur demande de l'autre partie (B), B normalement sachant que la structure qui est en licence avec A détient également ces secrets d'affaires pour demander à cette structure sous licence avec A de les produire.

⁹³⁹ *Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others (1995) Op. Cit.*, p. 129.

sont confidentielles. La haute Cour a rejeté cette demande⁹⁴⁰.

- 712.** Bien que la possibilité soit donnée, soit aux parties, soit aux tiers de s'opposer par ordonnance du juge ou du tribunal arbitral à la divulgation d'un secret d'affaires par une tierce personne ou par une autre partie, il est important de rechercher un équilibre dans l'application de ce droit. Les personnes à qui cette ordonnance de l'arbitre ou du juge peut s'appliquer ne doivent pas être totalement privées de moyens pour organiser leur action ou leur défense devant le tribunal arbitral. L'ordonnance du juge portant interdiction de publication des secrets d'affaires doit respecter un certain équilibre entre la nécessité de protéger les secrets d'affaires et celle du respect du contradictoire.
- 713.** Dans une procédure contentieuse, le principe de l'égalité de traitement des parties doit être respecté. En droit européen, ce principe est qualifié de principe de l'égalité des armes⁹⁴¹. Le principe de l'égalité des armes est inhérent à l'organisation d'un procès équitable. Il est un principe d'intérêt public. Il veut que chaque partie bénéficie d'une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de déséquilibre par rapport à son adversaire⁹⁴². L'égalité des armes a pour but d'assurer l'équilibre entre les parties à la procédure, en garantissant que tout document fourni à la juridiction par une partie puisse être évalué et contesté par l'autre partie à la procédure.
- 714.** La prise d'une ordonnance pour protéger ou autoriser la divulgation des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale ne doit pas échapper à ce paramètre de recherche d'équilibre entre la protection des secrets d'affaires et le principe du contradictoire, principe qui justifie certaines exceptions au principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial. Bien qu'une partie soit en mesure de requérir une ordonnance du juge pour protéger les informations dites secrètes dont elle est l'auteur, le juge dans sa décision, doit évaluer l'intérêt du public à les voir divulguer. Au lieu de solliciter une ordonnance du juge avant la constitution du tribunal arbitral pour protéger ses informations, une partie intéressée peut saisir le tribunal arbitral juste après sa

⁹⁴⁰ Il faut reconnaître que la position de la société Esso se reposait essentiellement sur la position dominante qui prévalait avant l'*arrêt Esso* qui est que la confidentialité est inhérente à la convention d'arbitrage. Position classique et traditionnelle que l'*arrêt Esso* de 1995 est venue renverser.

⁹⁴¹ Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 novembre 2012, *Europese Gemeenschap contre Otis NV e.a.* sur le site du Conseil de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0199>, (*Consulté le 20 juillet 2018*).

⁹⁴² Guide de l'article 6 [archive], Droit à un procès équitable, Conseil de l'Europe, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_FRA.pdf. (*Consulté le 22-05-2018*).

constitution à cet effet.

§2- L'entame dès la constitution du tribunal arbitral d'une discussion entre le tribunal arbitral et les parties sur la protection des éventuels secrets d'affaires

715. Les parties ont la possibilité de protéger leurs secrets d'affaires en début de procédure par plusieurs voies. Elles peuvent trouver, sur leur propre initiative, un accord sur leur protection sans l'intervention du tribunal arbitral. Ceci peut être fait durant la contractualisation de leurs relations. Il peut arriver que pour une raison ou une autre, les voies mentionnées ne soient pas contemplées par les parties au bon moment. Elles se retrouveront, si c'est le cas et s'il n'y a pas d'autres options, en contentieux arbitral sans protection de leurs secrets d'affaires⁹⁴³. Heureusement, il y a l'opportunité qu'offre la conférence préparatoire (A).

Il y a deux documents essentiels dans une procédure arbitrale entre les parties et le tribunal arbitral : l'Acte de Mission (AM)⁹⁴⁴ et le Calendrier Procédural (CP)⁹⁴⁵. L'AM est utilisé dans la procédure comme un résumé de l'affaire en litige. Le CP est la fiche chronologique d'accomplissement des actes de la procédure arbitrale dans le temps. L'Acte de Mission peut être un document important pour la protection des secrets d'affaires (B).

⁹⁴³ Il est possible que, si les parties ont fait le choix d'un règlement arbitral disposant de clause sur la confidentialité, les informations confidentielles soient protégées, mais pas les secrets d'affaires qui sont de nature spécifique et non généralement pris en compte dans leur particularité par les règlements des centres d'arbitrage dans leur traitement des informations confidentielles.

⁹⁴⁴ Article 23 « 1. Dès remise du dossier par le secrétariat, le tribunal arbitral établit, sur pièces ou en présence des parties, en l'état de leurs dernières écritures, un acte précisant sa mission. Il contiendra notamment les éléments suivants : a) les nom et dénominations complètes, qualités, adresse et autres coordonnées de chacune des parties et de toute(s) personne(s) représentant une partie dans l'arbitrage, b) les adresses où peuvent valablement être faites toutes notifications ou communications au cours de l'arbitrage, c) un exposé sommaire des prétentions des parties et des décisions sollicitées par chacune d'elles ainsi que le montant de toute demande quantifiée et, dans la mesure du possible, une estimation de la valeur pécuniaire de toute autre demande, d) à moins que le tribunal arbitral ne l'estime inopportun, une liste de points litigieux à résoudre, e) les nom et dénominations complètes, adresse et autres coordonnées de chacun des arbitres, f) le lieu de l'arbitrage, et g) des indications relatives aux règles applicables à la procédure et, le cas échéant, la mention des pouvoirs octroyés au tribunal arbitral de statuer en amiable compositeur ou de décider ex aequo et bono. 2. L'acte de mission doit être signé par les parties et par le tribunal arbitral. Dans les trente jours suivant la remise du dossier au tribunal arbitral, ce dernier communique à la cour l'acte de mission signé par les parties et par lui-même. La cour peut, sur demande motivée du tribunal arbitral, et au besoin d'office, si elle l'estime nécessaire, prolonger ce délai. Si l'une des parties refuse de participer à l'établissement de l'acte de mission ou de le signer, il est soumis à la Cour pour approbation. Une fois l'acte de mission signé conformément à l'article 23, paragraphe 2, ou approuvé par la cour, la procédure arbitrale suit son cours. 4 Après la signature de l'acte de mission, ou son approbation par la cour, les parties ne peuvent former de nouvelles demandes hors des limites de l'acte de mission, sauf autorisation du tribunal arbitral qui tient compte de la nature de ces nouvelles demandes, de l'état d'avancement de la procédure et de toutes autres circonstances pertinentes », Règlement d'arbitrage de la CCI, version 2017.

⁹⁴⁵ Article 24 2 « Au cours ou à l'issue de cette conférence, le tribunal arbitral fixe le calendrier de la procédure qu'il entend suivre pour la conduite de l'arbitrage », Règlement d'arbitrage CCI, version 2017.

A. La conférence préparatoire comme cadre des discussions relatives à la protection de secrets d'affaires

- 716.** Dans une procédure arbitrale, après l'introduction de la demande d'arbitrage qui est un document de procédure d'ouverture d'instance arbitrale initiée par la partie demanderesse auprès du tribunal arbitral dans le cas d'un arbitrage institutionnel, le tribunal arbitral envoie à l'autre partie, c'est-à-dire à la défenderesse, la demande d'arbitrage pour sa réponse (réponse à la demande d'arbitrage). Si la défenderesse reconnaît l'existence d'un litige et accepte la juridiction du centre d'arbitrage, on considère que le centre d'arbitrage a juridiction sur le litige en question⁹⁴⁶.
- 717.** Lorsque les conditions administratives sont satisfaites aux yeux du centre d'arbitrage, celui-ci passe à la constitution du tribunal arbitral avec la collaboration des parties. Les parties peuvent avoir prévu de désigner chacune un arbitre, le centre pouvant à son tour désigner le président du tribunal arbitral. Dans ce cas, dès que les parties proposent les arbitres, l'opportunité est donnée à chacune de récuser l'arbitre proposé par l'autre.
- Si cette étape se passe sans souci, alors le centre d'arbitrage, dans ses compétences administratives, confirme les arbitres proposés par les parties et nomme un président du tribunal⁹⁴⁷.
- 718.** Le tribunal arbitral ainsi constitué prend en charge l'aspect contentieux du litige, c'est-à-dire la résolution du litige entre les parties. Le tribunal arbitral devient le corps chargé de conduire la procédure jusqu'à son terme. Il doit alors déterminer un calendrier de travail et un Acte de Mission durant une conférence préparatoire ou une conférence sur la gestion de la procédure⁹⁴⁸, à laquelle elle invite les parties.
- 719.** Dans le cadre du règlement arbitral de la CCI, la conférence de gestion de la procédure a lieu durant l'établissement de l'Acte de Mission. Durant la procédure arbitrale (*...le tribunal arbitral tient une conférence de gestion de la procédure afin de consulter les parties sur les mesures procédurales susceptibles d'être adoptées conformément à l'article 22, paragraphe 2. Ces mesures peuvent comprendre une ou plusieurs techniques de gestion de la procédure décrite*

⁹⁴⁶ Le centre d'arbitrage n'organise pas elle-même la procédure contentieuse en vue de la résolution du litige. Elle le convie à un tribunal arbitral qu'elle constitue.

⁹⁴⁷ Il est important de souligner que ce n'est pas une obligation que le tribunal arbitral soit constitué de trois membres. Il peut être constitué d'un membre.

⁹⁴⁸ <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf>. (Consulté le 22-05-2018).

à l'Appendice IV⁹⁴⁹).

L'article 24 al.2 de ce même règlement offre aussi une nouvelle opportunité de conférence de gestion de la procédure : « *afin d'assurer une gestion efficace de la procédure tout au long de l'arbitrage, le tribunal arbitral, après consultation des parties lors d'une nouvelle conférence sur la gestion de la procédure ou par tout autre moyen, peut adopter d'autres mesures procédurales ou modifier le calendrier de la procédure* »⁹⁵⁰

- 720.** Selon l'article 24 du règlement de la CCI, version 2017, la « *conférence sur la gestion de la procédure, calendrier de la procédure* », durant ces conférences de gestion de la procédure, le tribunal arbitral consulte les parties sur les mesures procédurales susceptibles d'être adoptées conformément à l'article 22, paragraphe 2. Cette possibilité de consultation est une opportunité pour les parties ou le tribunal de poser la question de la protection des secrets d'affaires. Ceci est appuyé par l'article 22 du règlement de la CCI, version 2017 « *conduite de l'arbitrage* » en son paragraphe 3 : « *A 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 toutes les mesures pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles* »⁹⁵¹.

Par cet article, le pouvoir est reconnu aux parties de poser la question du sort des secrets d'affaires impliqués et de demander que des mesures soient prises pour les protéger. Toutefois, bien que selon cet article le pouvoir soit exclusivement reconnu aux parties d'introduire une requête pour obtenir une ordonnance sur la protection des secrets d'affaires, vu le caractère particulier et exceptionnel de ces derniers, le tribunal arbitral doit pouvoir aussi évoquer la question durant la conférence de gestion de la procédure arbitrale. Deux précautions valent mieux qu'une quand un sujet aussi important est en jeu.

Sans que cela soit dit explicitement, il est possible que dans l'arbitrage interne et international français cette capacité soit reconnue au tribunal arbitral sous les pouvoirs que lui confère l'article 1464 alinéas 1 et 2 (arbitrage interne), l'article 1467 alinéa 3 et article 1468 du nouveau code de procédure civil français.

L'arbitre peut aussi, sous la loi française de l'arbitrage, sous astreinte, prendre une ordonnance

⁹⁴⁹ Article 24 al. 1 Règlement d'Arbitrage de la CCI, version 2017, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf>. Consulté ce 22-05-2018.

⁹⁵⁰ *Idem.*

⁹⁵¹ *Idem.*

portant ordre de ne pas faire (de ne pas publier).

721. A l'issue des discussions durant la conférence de la gestion de la procédure concernant les secrets d'affaires, des mesures doivent être prises pour que les accords obtenus soient consignés soit dans une ordonnance du tribunal arbitral portant administration des secrets d'affaires, soit tout simplement dans l'Acte de Mission signé qui nous semble être le plus adapté.

B. L'Acte de Mission, un cadre de formalisation entre le tribunal et les parties de l'accord sur l'existence et les méthodes de protection des secrets d'affaires

722. L'Acte de Mission en arbitrage est un document de procédure très important pour la conduite de l'arbitrage par le tribunal arbitral. Selon le glossaire du site en ligne *Paris Arbitration, Home of International Arbitration*, « *L'acte de mission est une caractéristique de l'arbitrage de la CCI et de certaines autres institutions d'arbitrage. Conformément au règlement d'arbitrage de la CCI, l'acte de mission est préparé par le tribunal arbitral et comprend au minimum : les noms et adresses des parties et des arbitres, un exposé sommaire des prétentions respectives des parties, les principales règles applicables à la procédure, le lieu de l'arbitrage et, si approprié, une liste des points litigieux à résoudre. Il est signé par les parties à moins que l'une d'entre elles ne refuse de le signer, auquel cas, il est soumis pour approbation par la Cour d'Arbitrage Internationale de la CCI. L'objectif principal de l'acte de mission est de définir clairement le litige, de manière à ce que les parties ne présentent pas de nouvelle demande en dehors des limites établies par l'acte de mission sans l'autorisation des arbitres.* »⁹⁵²
723. La CCI consacre l'Acte de Mission à l'article 23 de son règlement arbitral, version 2017. En son point pertinent, cet article dispose que l'Acte de Mission comprend « *...des indications relatives aux règles applicables à la procédure et, le cas échéant, la mention des pouvoirs octroyés au*

⁹⁵² Site en ligne Paris Arbitration, *Home of International Arbitration*, <http://parisarbitration.com/fr/glossaire-2/>; (Consulté le 23-05-2018).

*tribunal arbitral, de statuer en amiable compositeur*⁹⁵³ ou de décider *ex aequo et bono*⁹⁵⁴. »⁹⁵⁵

724. L'Acte de Mission pourrait bien servir de support aux accords relatifs à la protection des secrets d'affaires. Ceci, en raison du fait qu'il est en principe signé et constitue un accord entre les parties. Par exemple, si les parties décident de déroger durant une procédure au droit applicable au fond, qui est en principe de facto applicable à la protection des informations confidentielles, au profit d'une *lex specialis* pour la protectrice des secrets d'affaires impliqués dans la procédure en cours, ceci peut être mentionné dans l'Acte de Mission.

725. Il est vrai que la consignation des accords entre les parties sur la protection des secrets d'affaires dans l'AM n'est pas très courante. Toutefois, rien ne l'interdit et il n'est pas exclu que les parties décident, par exemple, que la directive européenne protégeant les secrets d'affaires ou la loi française du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires s'applique spécifiquement à la protection des secrets impliqués dans leur procédure. Si cet accord est obtenu durant la conférence préparatoire ou la conférence de gestion des procédures, il n'y a pas de raison qui s'opposerait à ce que l'Acte de Mission mentionne cela.

Les parties peuvent également convenir que la question des secrets d'affaires soit traitée par le tribunal arbitral, en amiable compositeur. Cet accord donne au tribunal arbitral le pouvoir de les protéger sur la base de l'équité. Cet accord doit être mentionné dans l'Acte de Mission.

726. L'Acte de Mission peut servir à formaliser la procédure de protection retenue par les parties. Par exemple, les parties peuvent convenir que le tribunal arbitral prendra une ordonnance si

⁹⁵³ Amiable compositeur est le « pouvoir donné aux arbitres par les parties de rechercher une solution équitable à leur litige, en mettant de côté, si nécessaire, les règles de droit qui s'appliqueraient autrement ou la stricte application du contrat. Il est précisé dans ce cas que l'arbitre décide « ex aequo et bono », en « amiable compositeur », ou en « équité », ces trois expressions étant souvent considérées comme interchangeables. La seule limite au pouvoir de l'arbitre est alors l'ordre public international, dont la violation constituerait un motif de refus d'exécution de la sentence » ; site en ligne Paris Arbitration, Home of International Arbitration, <http://parisarbitration.com/fr/glossaire-2/>. (Consulté le 23-05-2018).

⁹⁵⁴ “Ex Aequo Et Bono is a Latin term which means what is just and fair or according to equity and good conscience. Something to be decided ex aequo et bono is something that is to be decided by principles of what is fair and just. A decision-maker who is authorized to decide ex aequo et bono is not bound by legal rules but may take account of what is just and fair.” <https://définitions.uslegal.com/e/ex-aequo-et-bono/>, (Consulté le 23-05-18).

Most legal cases are decided on the strict rule of law. For example, a contract will be enforced by the legal system no matter how unfair it may prove to be. But a case to be decided ex aequo et bono, overrides the strict rule of law and requires instead a decision based on what is fair and just under the given circumstances.

⁹⁵⁵ Article 23 al. 1 (g) Règlement d'Arbitrage de la CCI, version 2017, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf.pdf>. (Consulté le 22-05-2018).

nécessaire pour protéger les secrets d'affaires ou tout simplement elles peuvent décider de détailler dans l'Acte de Mission, la méthode de protection convenue, c'est-à-dire s'entendre sur un régime de la protection de leurs secrets. Elles peuvent même aller au-delà du traitement de la protection des secrets d'affaires durant la procédure arbitrale pour aborder le sort des secrets impliqués à la fin de celle-ci.

727. Ce qui fait de l'Acte de Mission un document idéal pour formaliser les accords sur la protection des secrets d'affaires est le fait qu'il subit les deux étapes importantes que connaît tout accord : la discussion et la signature de l'accord convenue. Ceci est un contrat entre les acteurs importants de la procédure en cours, c'est-à-dire les parties et le tribunal arbitral. Il a un caractère obligatoire et si les parties signent un Acte de Mission qui contient un accord portant protection des secrets d'affaires, elles le respecteront. Il a un caractère contraignant.

SECTION 2 : L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES INTRODUITS DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE

728. La protection des secrets d'affaires introduits ou divulgués durant la procédure arbitrale peut être faite à deux niveaux : le premier niveau est celui des acteurs (parties) impliqués dans la procédure arbitrale et le second niveau est la protection au-delà de l'ordonnance de clôture de l'audience par le tribunal arbitral.
729. Comme précédemment mentionné, les non-acteurs⁹⁵⁶ ne sont pas les seuls qui peuvent être source de divulgation des secrets d'affaires; les parties impliquées dans la procédure peuvent aussi l'être. Il est également nécessaire de prendre des mesures pour s'assurer que les parties seront fidèles à l'obligation de garder secrètes les informations obtenues du fait de la procédure arbitrale. Le rôle des acteurs dans la procédure arbitrale, après la signature de l'Acte de Mission doit être réévalué dans le sens de l'amélioration de la protection des secrets d'affaires (§1).
730. Dans la présente pratique de l'arbitrage, la question pourrait être posée de savoir s'il est possible, malgré l'existence du principe de la confidentialité, que les preuves issues d'un arbitrage passé puissent être recevables dans un contentieux subséquent ? Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne semblent être définitivement fixées sur ce point. Cette incertitude expose les secrets d'affaires

⁹⁵⁶ Personnes en dehors des parties et arbitres et leurs accessoires.

impliqués dans une procédure arbitrale. Ceci rend nécessaire le développement d'un principe d'irrecevabilité des preuves tenant lieu de secrets d'affaires durant une procédure d'arbitrage subséquent.

- 731.** Parmi les documents arbitraux, la sentence arbitrale finale qui sanctionne la fin de la procédure est un document de procédure important non seulement par son rôle, mais aussi par son contenu. Elle est la résultante et la synthèse de la procédure arbitrale entière et à ce titre, elle peut contenir des informations sur les secrets d'affaires. Il est donc important que des dispositions soient prises pour les protéger. Il est également important que la protection continue au-delà de la clôture de la procédure arbitrale (§2).

§1 : Le rôle déterminant des acteurs dans la protection des secrets d'affaires

- 732.** Pour une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage commercial, il est important que chaque membre de l'orchestre joue sa partition. Les parties, qui sont les premières concernées et qui ont intérêt dans l'aboutissement du litige, sont tenues à des obligations qui découlent des accords intervenus entre elles en vue du déroulement de la procédure arbitrale. Dans une certaine mesure, elles peuvent être tenues de répondre des personnes qu'elles ont amenées dans la procédure arbitrale (A).
- 733.** Le fait pour chaque partie de jouer son rôle n'est pas suffisant si les autres acteurs ne collaborent pas dans la perspective d'une protection effective des secrets d'affaires concernés. Les autres rassemblent les non-acteurs qui ne sont pas dans un lien contractuel avec les parties et ne sont donc en principe soumis à aucune obligation vis-à-vis, ni des parties, ni de la procédure. Cependant, en raison de leur implication dans le déroulement de la procédure arbitrale internationale, ils sont sources de risques pour les secrets d'affaires qui sont apportés dans la procédure. Il est par conséquent, important qu'ils collaborent à la protection (B).

A. Le rôle déterminant des parties dans la protection des secrets d'affaires

- 734.** Les parties impliquées dans une procédure arbitrale internationale ont un rôle très important dans la protection. Ce rôle diffère selon que la partie est détentrice⁹⁵⁷ ou qu'elle est requérante des secrets d'affaires. D'abord, l'auteur du secret d'affaires doit, en général, respecter les conditions

⁹⁵⁷ Ici, cela peut être soit une partie qui est auteur du secret d'affaires et toujours en possession de ce dernier soit une partie auteur d'un secret d'affaires qui est en possession d'une tierce personne.

antérieures pour que le secret soit reconnu comme tel. Ces conditions sont objectives et subjectives. La partie qui se prévaut d'un secret doit prouver effectivement que l'information qu'elle souhaite protéger est un secret d'affaires. M. F. DESSEMONTET, dans son article « *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce* », analyse l'article 39 (2) de l'ADPIC et soutient que: « * le secret objectif est requis ;

* le secret relatif suffit ;

* des mesures de protection raisonnables sont nécessaires pour obtenir la protection légale. »⁹⁵⁸

735. Selon lui, le caractère objectif d'un secret suppose que l'information non divulguée est secrète si elle n'est pas "*connue généralement*" ou "*aisément accessible à des personnes qui appartiennent aux milieux traitant habituellement ce genre d'information*". Aucune information confidentielle ne sera protégée si elle fait partie du domaine public. Selon le Professeur F. DESSEMONTET, la notion de domaine public ne se confine pas aux frontières nationales, encore moins aux frontières régionales internes des grands Etats. A l'époque d'Internet, les connaissances techniques et commerciales sont en réseau global. Aussi d'un autre côté, il n'est pas possible d'admettre pour le moment que tout ce qui a été publié dans le monde entier détruit le secret. Pour lui, « *l'examen de ce qui est "généralement connu" se fait en effet d'une manière concrète. Il convient, en effet, de le définir dans la communauté nationale où la question se pose. Même si une connaissance est disponible sur Internet ou sur un réseau similaire, il conviendra d'examiner dans quelle mesure un code est requis pour y accéder. Si les conditions d'accès sont très onéreuses, la connaissance ne sera pas "aisément accessible"* »⁹⁵⁹.

736. La notion de « *secret relatif* » a été également prise en considération par les auteurs de l'article 39 (2) de l'ADPIC. Cette notion se définit par rapport aux personnes qui s'occupent normalement de cette catégorie d'informations.

Selon le Professeur F. DESSEMONTET, le détenteur du secret ne peut prétendre que la connaissance des milieux intéressés soit sans pertinence et que le grand public devrait être au courant de l'information pour que son caractère confidentiel disparaisse.

⁹⁵⁸ F. DESSEMONTET, « *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce* », paragraphe 23, page 12.

⁹⁵⁹ F. DESSEMONTET, « *Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce* », paragraphe 25, page 14.

Dans le cadre de l'ADPIC, des mesures de protection raisonnables sont nécessaires pour obtenir la protection légale. L'auteur du secret doit aussi être proactif dans son approche de protection durant une procédure arbitrale. Il doit s'assurer de prendre des précautions⁹⁶⁰ pour protéger ses informations durant la procédure et après la clôture de la procédure. Un exemple concret est le secret de fabrication de coca-cola⁹⁶¹.

Le droit français de la protection du secret des affaires a une définition qui va dans le même sens et qui exige que les trois conditions soient remplies par une information pour qu'elle soit considérée comme un secret d'affaires⁹⁶². La jurisprudence américaine illustre ce point également. Elle exige que le titulaire des secrets prenne des mesures appropriées pour sauvegarder leur confidentialité.

Ces précautions jouent un double rôle. Elles évitent, d'une part, que les renseignements ne deviennent aisément accessibles et, d'autre part, elles attirent l'attention des employés et des relations d'affaires sur le caractère confidentiel de ces informations.

737. Le règlement arbitral international de la Nouvelle-Zélande dans le sens d'une meilleure protection des informations confidentielles, impose aux parties une obligation formelle très effective contre les divulgations éventuelles par les non-parties. Cette obligation est d'exiger des non-parties un engagement formel de non divulgation⁹⁶³. Le règlement arbitral international de

⁹⁶⁰ Il est important pour l'auteur d'un secret d'affaires qui est impliqué dans une procédure arbitrale, soit de s'accorder avec l'autre partie en vue d'un accord sur la protection de ce secret, soit de solliciter une ordonnance du juge pour protéger ce dernier. Il peut aussi attendre la constitution du tribunal arbitral pour exposer son besoin de protéger son secret d'affaires au tribunal arbitral.

⁹⁶¹ « *La firme, depuis sa création, entretient soigneusement le mystère sur sa recette, celle-ci devenant un document sacré. Sa composition fait l'objet d'un secret industriel, quasi militaire. Elle reposerait dans un coffre situé dans les sous-sols inviolables de la SunTrust Bank, établissement financier d'Atlanta, actionnaire historique de la compagnie. Seuls deux ou trois employés, les élus, en connaîtront la formulation exacte, entretenant ainsi à merveille la magie du breuvage* », sur <https://cocacolaweb.fr/coca-cola/la-recette/> (Consulté le 1/06/2018).

⁹⁶² « Art. L. 151-1.-« Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

« 1° elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

« 2° elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

« 3° elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. », code de commerce français. »

⁹⁶³ Article 36.3 “If a Party seeks, or is required to involve in the Arbitration a non-party including a fact or expert witness, a translator, an interpreter, or any other person, that Party must secure the non-party’s advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. This agreement must be recorded in the form provided at Appendix 4 to these Rules and a copy of the agreement signed by each non-party must be provided to the Arbitral Tribunal by that Party as a condition of that person’s participation in the Arbitration.”, Nziac international arbitration rules October 2016.

la Nouvelle-Zélande exige des parties de faire signer, bien avant le début de la procédure, aux non-parties qui dépendent d'elles, par exemple les témoins, les interprètes, ou toute personne présente à la procédure de leur fait, un engagement⁹⁶⁴ formel de non-divulgence et de préservation contre la divulgation d'informations confidentielles.

Cette précaution formelle est de nature à placer les non-parties à toute procédure arbitrale sous le parapluie des contraintes de la confidentialité au même titre que les parties. Cette précaution est très pratique et à même de servir effectivement à la protection des secrets d'affaires. Une non-partie qui signerait cet engagement pourra difficilement s'abriter derrière le fait qu'une personne, dans son statut, n'ait pas d'obligation vis-à-vis des parties en arbitrage.

738. Il est vrai que, plusieurs règlements internationaux des centres d'arbitrage de nos jours placent les non-parties sous le statut de l'obligation de confidentialité. Mais aucun n'a atteint le degré de perfection du règlement arbitral du centre d'arbitrage de la Nouvelle-Zélande. Très souvent, les dispositions qui, dans ces autres règlements, placent les non-parties sous obligation de confidentialité sont d'ordre général sans grande précision ni détail. Dans le règlement arbitral de la Nouvelle-Zélande, non seulement cette obligation est contenue dans le règlement lui-même⁹⁶⁵, mais aussi dans un document annexe que la non-partie est tenue de signer avant le début de la procédure arbitrale.

739. L'OMPI va dans le sens du règlement arbitral de la Nouvelle-Zélande, sans pour autant offrir plus de détails. Bien qu'il n'oblige pas les parties à avoir un engagement signé des témoins, il pose qu'un témoin appelé par une partie ne soit pas un tiers.

Dans ce sens, l'article 76 b) du règlement arbitral de l'OMPI dispose : « *Aux fins du présent article, un témoin appelé par une partie n'est pas considéré comme un tiers. Dans la mesure où un témoin a accès à des preuves ou autres informations présentées au cours de l'arbitrage afin*

⁹⁶⁴ Appendix 4, confidentiality agreement for non-parties

I have read and understand that I am bound by Rules 36.2-36.7 of the NZIAC Rules for International Arbitration. I understand that by being involved in, or being privy to NZIAC Arbitration, I am bound by these Rules.

I understand that I am not to disclose any information obtained in the course of the Arbitration, including the fact of the Arbitration itself, except in accordance with Rules 36.4 and 36.5.

I understand that I owe all Parties, NZIAC, the Arbitral Tribunal, and any other non-parties involved in the Arbitration, a duty of confidence and that failure to comply with this duty may result in legal consequences.

I understand that if I intend to make a disclosure of any Confidential Information in accordance with Rule 36.4, I must inform all persons listed in Rule 36.5. Dated this (day) (month) (year)", nziac international arbitration rules, october 2016.

⁹⁶⁵ Rules 36. 2-36.7 of the NZIAC Rules, 2016.

*de préparer son témoignage, la partie qui appelle ce témoin répond pour lui du secret auquel elle est elle-même tenue »*⁹⁶⁶.

Dans une contribution, des auteurs français ont estimé qu' : « *Un tribunal arbitral pourra s'appuyer sur l'article L.151-1 du Code de commerce pour reconnaître la confidentialité de documents à caractère sensible* »⁹⁶⁷. Cet article du code de commerce définit ce qu'est un secret d'affaires en droit français. Ceci est uniquement possible si les parties dans leur contrat s'accordent sur cela et explicitement désignent ce régime juridique comme applicable à leur relation.

Toute protection effective doit aussi résulter d'une collaboration entre les acteurs impliqués.

B. La nécessaire collaboration des autres acteurs impliqués

- 740.** Il est difficile de donner une réponse définitive à la problématique de la protection des informations confidentielles en général et celle des secrets d'affaires en particulier. Aucun texte, par lui seul, aucune personne par elle seule, ne peut apporter une solution effective et définitive, applicable à cette difficulté. Ce constat suggère une nécessaire collaboration, entre les parties et les non-parties, pour une protection effective des secrets d'affaires.
- 741.** Les juges, dans l'affaire *Esso c. Plowmand* ont à l'unanimité décidé que les non-parties ne sont pas soumises à une obligation de confidentialité. Cette décision a un fondement et une justification solide en droit. Il est un principe universel et commun à tous les systèmes juridiques qu'une personne n'est en général engagée que par sa volonté. Lorsqu'une personne ne s'engage pas, elle ne devrait pas en principe, être tenue par une obligation⁹⁶⁸. Toutefois, au plan interne des Etats, il y a des lois qui ont imposé la confidentialité à tous les participants dans une procédure arbitrale. Ce choix étant normatif s'impose à tous à l'intérieur du territoire. Mais il demeure effectif seulement au plan interne.
- 742.** L'*arrêt Esso* a beaucoup influencé la pratique arbitrale internationale qui s'est empressée d'intégrer ses effets pertinents pour se protéger contre les conséquences des décisions découlant de celui-ci. Plusieurs règlements, aujourd'hui, contiennent des clauses qui placent

⁹⁶⁶ Article 76 b) règlement d'arbitrage de l'OMPI, (en vigueur à compter du 1^{er} juin 2014).

⁹⁶⁷ M.a ORDONEZ et Th. ROUJOU DE BOUCHEE, « *La reconnaissance du secret des affaires pour la production de documents dans le cadre de l'arbitrage international* », *La semaine de la doctrine la vie des idées* 585, semaine juridique-édition générale n° 2122-27 mai 2019, p. 1055.

⁹⁶⁸ Cette affirmation connaît plusieurs exceptions légales et ceci, sans être développé, doit être mentionné.

spécifiquement l'obligation de confidentialité sur les non-parties :

Le centre d'arbitrage du Japon (JCAA)⁹⁶⁹, place les non-parties, les conseils et assistants et autres personnes impliquées dans la procédure arbitrale sous l'obligation de ne pas divulguer les faits relatifs ou les informations acquises durant la procédure arbitrale. Ce règlement place aussi, comme, c'est le cas dans le règlement arbitral de la Nouvelle-Zélande, le témoin sous la responsabilité de la partie qui l'a amené dans la procédure. En droit Français aussi, au plan interne, comme le souligne le Professeur Th. CLAY, la confidentialité couvre la procédure et va au-delà de la sentence arbitrale.

- 743.** La pratique arbitrale, se démarque progressivement de la position dans l'*arrêt Esso* qui a estimé que les témoins ne pouvaient pas être tenus d'une obligation de confidentialité pour la raison qu'ils n'étaient pas en lien contractuel avec les parties qui sont engagées dans une procédure arbitrale.

Cette nouvelle démarche présente dans la pratique arbitrale, démontre un pragmatisme dans la protection des secrets d'affaires. Sans cela, comment pourrait-on s'assurer qu'un témoin présent à une audience arbitrale ne divulguerait pas impunément les informations secrètes auxquelles il a eu accès durant l'audience.

- 744.** Faire de la partie la caution des personnes qui ne sont pas parties et qu'elle a introduites dans la procédure, est une innovation en ce sens que, non seulement elle place sur la partie l'obligation de conclure avec les non-parties qu'elle amène dans la procédure des engagements de non-divulgaration des secrets d'affaires, mais aussi oblige la partie à veiller à ce que la non-partie respecte le principe du secret qui doit entourer certains éléments qui ne sont pas dans le domaine public.

- 745.** La récente publication⁹⁷⁰ de la CCI relativement à la publication des sentences semble aller à l'encontre des efforts de protection des secrets d'affaire. En effet, dans son document intitulé « *Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage* », elle informe les parties et les arbitres qu'à compter du 1^{er} janvier 2019, les sentences et opinions divergentes ou concordantes peuvent être publiées dans leur intégralité ce, au minimum de deux ans après la

⁹⁶⁹ Rule 38. al. 2 Confidentiality, The Japan Commercial Arbitration Association, http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/docs/Arbitration_Rules_2015e.pdf consulté le 27 mai 2018.

⁹⁷⁰ Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage , 1^{er} janvier 2019, p. 8.

date de notification. Toutefois, toute inquiétude doit être apaisée. La CCI permet à chaque partie de s'y opposer ou demander que la sentence soit anonymisée ou pseudonymisée. Dans cette éventualité, la sentence ne sera pas publiée ou elle sera anonymisée ou pseudonymisée.

Elle précise que, si un accord de confidentialité couvre certains aspects de l'arbitrage ou de la sentence, la publication relève d'un consentement spécifique des parties.

Enfin, le secrétariat peut toujours, et à sa discrétion, écarter la publication des sentences.

§ 2 : La protection continue des secrets d'affaires au-delà de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale

746. Lorsque les parties envisagent la protection de leurs secrets d'affaires, dans la plupart du temps, elles la circonscrivent à la période couvrant la procédure arbitrale. La protection post arbitrage ne semble pas être leur préoccupation ou tout simplement elles l'omettent. Les règlements ne semblent pas eux-aussi étendre la protection à cette période d'après arbitrage. Et pourtant, l'expérience a montré que l'après-arbitrage peut être une période risquée pour les secrets d'affaires. La protection des secrets d'affaires durant un arbitrage ne serait effective que si après la procédure arbitrale, tous les secrets impliqués dans ladite procédure ne sont pas admis dans une procédure subséquente comme preuve. L'inverse reviendrait à exposer lesdits secrets à une chaîne non-interrompue de divulgations qui, à la longue, détruirait l'essence même qui le fonde **(A)**.

747. La protection de la sentence arbitrale se révèle aussi être un élément central dans la protection des secrets d'affaires. La sentence arbitrale est le résumé formel de toute la procédure arbitrale. Elle contient, par conséquent, des informations qui sont importantes et qui peuvent se révéler être des secrets d'affaires des parties. L'accès par un tiers au contenu d'une sentence arbitrale peut se révéler préjudiciable aux parties **(B)**.

A. Le principe de l'irrecevabilité des preuves issues d'un arbitrage dans un contentieux subséquent

748. Dans l'arrêt *D. Hassneh Insurance Co. Of Israel v. Steuart J. Men*⁹⁷¹, Justice COLMAN⁹⁷² a précisé que s'il est vrai que dans toute convention d'arbitrage il y a implicitement un principe de confidentialité, la divulgation à une tierce personne des documents issus dudit arbitrage

⁹⁷¹ *Hassneh insurance co. of israel and others v. steuart j. mew.* [1993] 2 *Lloyd's Rep.* 243. queen's bench division (commercial court).

⁹⁷² Dans le système anglo-saxon, ce terme désigne un juge de la cour suprême. Ici, le juge COLMAN a rédigé la décision « *opinion* » au nom de la majorité des juges siégeant.

équivaldrait à lui ouvrir les portes de la salle d'arbitrage. Cette observation est adaptée à la protection des secrets d'affaires. Divulguer les documents contenant les secrets d'affaires leur sera préjudiciable. Il ne serait pas exagéré de dire qu'ouvrir la porte de l'arbitrage à une tierce personne équivaldrait à lui livrer les secrets d'affaires des parties. Un secret d'affaires n'existe que parce qu'il est et demeure secret. Il n'est donc pas dans le domaine public et n'est pas de ce fait trop connu dans son secteur d'application. Laisser les secrets d'affaires sans protection à la fin de la procédure d'arbitrage serait préjudiciable à leur existence. Pour cette raison, il est important que les parties prennent des dispositions pour les protéger avant, durant et après la procédure arbitrale.

749. Il peut, en pareille circonstance, survenir un désaccord entre les parties sur l'existence de secrets d'affaires ou l'organisation de leur protection à la conclusion de l'arbitrage. En cas de désaccord entre elles, la partie la plus diligente peut demander au tribunal arbitral de prendre une ordonnance portant protection des secrets d'affaires qui s'étendrait au-delà de la procédure arbitrale. La partie diligente peut également saisir le juge compétent, après le rendu de la sentence arbitrale, pour se voir délivrer une ordonnance portant protection des secrets d'affaires au-delà de la sentence.

750. L'*arrêt Ali shipping* est une illustration parfaite de la protection des informations confidentielles en fin de procédure arbitrale contre leur utilisation dans les arbitrages subséquents. La cour d'appel⁹⁷³ a retenu que *Trogir Shipyards* ne pouvait divulguer les documents concernés parce qu'ils étaient couverts, par le principe de confidentialité (*In spite of these facts, the Court of Appeal held that the Shipyards could not disclose materials from the earlier arbitration because the documents and award were protected by an obligation of confidentiality*).

La décision dans l'affaire *Ali Shipping* doit être une inspiration pour les centres d'arbitrage du commerce en ce qu'elle pose clairement qu'après l'arbitrage, la protection accordée aux documents subsiste. La protection accordée aux documents préparés pour l'arbitrage ou introduits dans une procédure arbitrale ne se limite pas à celle des preuves, elle s'étend également à la sentence arbitrale.

751. L'autre enseignement tiré de cet arrêt est que les secrets d'affaires contenus dans les documents

⁹⁷³ I Lloyd's Rep. 643 Eng. C.A. 1998); A. SHEPPARD. Case Comment, *Ali Shipping Corp. v. Shipyards 'trogir'*. 1 (3) *int'l ARB. L. REC. nn.* 53-54 (1998).

issus de l'arbitrage sont protégés après la clôture de la procédure arbitrale. Bien qu'il n'y ait pas un texte connu sur le plan international ou un règlement arbitral clairement identifié qui stipule que les informations secrètes sont protégées à la clôture de la sentence arbitrale, cette lecture ne sera pas exclue. Rien ne justifie qu'on maintienne que c'est seulement lorsque les secrets d'affaires sont dans la procédure arbitrale qu'ils méritent protection. Pour renforcer cette protection des secrets d'affaires, elle doit être étendue à celle de la sentence.

B. Le cas spécifique des secrets d'affaires contenus dans la sentence arbitrale

- 752.** Le tribunal arbitral, pour motiver ses décisions dans une sentence, peut utiliser des éléments de preuve fournis durant la procédure, soit par les parties soit par les non-parties. Ces éléments de preuves peuvent contenir des informations confidentielles que l'une des parties souhaite garder secrètes. Il est aussi établi que plusieurs règlements des centres d'arbitrage permettent la divulgation de la sentence arbitrale dans certaines circonstances. Ces situations sont des facteurs qui exposent les secrets d'affaires et sont à même de créer un préjudice grave à leur auteur si rien n'est fait pour les mettre à l'abri des regards intéressés et non-autorisés.
- 753.** Il est aussi vrai que, pour des raisons d'efficacité de la justice et d'« *input* » éducationnel dans le secteur de la formation, l'on ne peut recommander une non-divulgence absolue des sentences arbitrales en arbitrage commercial. Pour des besoins de défense de leurs droits, des parties ou des non-parties peuvent être en situation où les autorités judiciaires⁹⁷⁴ ou règlementaires⁹⁷⁵ exigent la divulgation de la sentence arbitrale. Cela peut aussi être le cas, par exemple, où une partie demande l'exequatur d'une sentence ou sollicite la nullité de celle-ci devant une instance judiciaire étatique. Cela peut être également le cas lorsque, par exemple, les autorités de la bourse exigent d'être informées de toutes actions qui seront de nature à affecter la santé de l'entreprise cotée en bourse ou les compagnies d'assurance qui veulent savoir les risques qui pèsent sur leur client en raison d'une décision arbitrale.
- 754.** Devant ces cas possibles de divulgations justifiées de la sentence, il y a aussi une réalité indéniable : les secrets d'affaires n'ont de valeur que lorsqu'ils sont et demeurent secrets. Ceci

⁹⁷⁴ L'article 1464 al. 4 Du Code de procédure civile français, en énonçant que « *sous réserve des obligations légales* », il fait référence à des obligations de divulgations auxquelles la loi pourra soumettre les détenteurs d'informations confidentielles issues de l'arbitrage.

⁹⁷⁵ A FOURMENT, « Confidentialité de l'arbitrage: entre transparence et secret », n° 30, mars 2019, *op. cit.* note 344, p. 110.

explique, par exemple, l'approche prudente des règlements des centres d'arbitrage internationaux qui soumettent la divulgation de la sentence arbitrale à des conditions⁹⁷⁶. En effet, l'*Arbitration Act de 1996* de la Nouvelle-Zélande en son article 5-d), indique que le rôle de cet acte est, entre autres, de définir les conditions d'une revue judiciaire des sentences arbitrales (*to redefine and clarify the limits of judicial review of the arbitral process and of arbitral awards*)⁹⁷⁷. L'arbitrage international français, en faisant le choix de la neutralité⁹⁷⁸, laisse le choix aux parties d'organiser la protection de leurs secrets d'affaires.

755. L'*arrêt Ali shipping*, offre également une piste dans le cadre de la protection de la sentence arbitrale. Le juge COLMAN, en citant les documents qui sont protégés contre leur utilisation dans un arbitrage subséquent a mentionné la sentence arbitrale (*arbitration award*). La décision dans l'*arrêt Ali* pose en termes clairs que la sentence arbitrale doit aussi être protégée contre une divulgation dans un arbitrage subséquent, en raison du principe de confidentialité.

756. Il est question pour les auteurs de la divulgation, que ce soit les parties, ou un juge étatique, de prendre en considération le préjudice que la divulgation de la sentence peut causer à l'auteur des secrets d'affaires.

D'abord, il faut l'informer de la décision de divulgation et lui donner la chance d'avancer ses arguments de défense⁹⁷⁹. Ensuite, si la divulgation devenait inévitable, des dispositions devraient être prises pour que les secrets d'affaires qui ne sont pas sujets à divulgation soient protégés⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ Article 30.3 "The LCIA does not publish any award or any part of an award without the prior written consent of all parties and the Arbitral Tribunal", LCIA arbitration rules effective 1 October 2014. 14E "High Court may allow or prohibit disclosure of confidential information if arbitral proceedings have been terminated or party lodges appeal concerning confidentiality » *Arbitration Act de 1996 de la Nouvelle-Zélande* p. 9. Rule 38 -2 "The arbitrators, the JCAA (including its directors, officers, employees, and other staff), the Parties, their counsel and assistants, and other persons involved in the arbitral proceedings shall not disclose facts related to or learned through the arbitral proceedings except where disclosure is required by law or in court proceedings, or based on any other justifiable grounds. Japan commercial arbitration rules, As Amended and Effective on december 10, 2015.

⁹⁷⁷ Article 5-d) *Arbitration Act de 1996 de la Nouvelle-Zélande* p. 4.

⁹⁷⁸ Les professeurs E. GAILLARD et Y. DERAÏNS ont soutenu que les parties qui désirent organiser la protection des informations impliquées dans une procédure arbitrale doivent prendre des dispositions en ce sens. Toutefois, le professeur Y. DERAÏNS poursuit que l'absence de confidentialité en droit français de l'arbitrage de confidentialité ne voudrait pas dire qu'il y aura une divulgation sans limite.

⁹⁷⁹ La CCI permet à chaque partie de s'y opposer ou demander que la sentence soit anonymisée ou pseudonymisée. Dans cette éventualité, la sentence ne sera pas publiée ou elle sera anonymisée ou pseudonymisée, Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage, 1^{er} janvier 2019, p. 8.

⁹⁸⁰ Elle précise que, si un accord de confidentialité couvre certains aspects de l'arbitrage ou de la sentence, la publication relève d'un consentement spécifique des parties.

Le secrétariat peut toujours, et à sa discrétion, écarter la publication des sentences, Note aux parties et aux tribunaux sur la conduite de l'arbitrage, 1^{er} janvier 2019, p. 8.

Enfin, ceci pourra amener à une nécessaire opération d'extraction de certaines informations qui ne sont pas couvertes par la demande de divulgation. En tout état de cause, celui qui ordonne la divulgation de la sentence doit mettre en balance le besoin de cette divulgation et la nécessité de protéger les secrets d'affaires.

CONCLUSION

- 757.** Les secrets d'affaires sont des informations intangibles qui doivent leur valeur économique au fait qu'ils sont secrets. Pour garder cette valeur, ils doivent donc demeurer secrets. Il est, par conséquent, très important que des dispositions soient prises pour que durant une procédure arbitrale internationale, ils ne soient pas soumis au risque d'une divulgation illicite ou volontaire mais illégale.
- 758.** L'analyse de la protection des informations confidentielles en arbitrage commercial par le canal du principe de confidentialité révèle de nombreuses failles qui la rendent peu-effective pour la protection des secrets d'affaires. Il est question, dans une procédure arbitrale, pour les auteurs des secrets, et pour les non-acteurs de collaborer pour offrir une protection effective à ces informations intangibles, avant, pendant et après la clôture de la procédure arbitrale.

CHAPITRE 2 : L'IMPORTANCE D'UN REGIME DEROGATOIRE D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE INHERENTE AUX SECRETS D'AFFAIRES

759. L'initiation d'une action en contentieux arbitral connaît plusieurs étapes qui ont des incidences sur la protection des secrets d'affaires. Que ce soit au moment de la demande d'arbitrage avec échange de documents de supports aux prétentions, ou celui de l'acceptation par la défenderesse de la juridiction du centre d'arbitrage dans le cas de l'arbitrage institutionnel, ou encore à celui de l'échange de mémoires entre les parties, ou durant l'administration de la preuve, les parties et les autres acteurs échangent plusieurs informations qui peuvent contenir des secrets d'affaires, ou être elles-mêmes des secrets d'affaires.
760. La période de l'administration des preuves semble être la plus délicate en termes de divulgation des informations confidentielles et/ou secrètes d'affaires. C'est justement à cette étape que les parties, volontairement, par contrainte ou par astreinte, échangent les informations. C'est également durant cette période que les non-parties, acteurs de la procédure contentieuse arbitrale, en leur qualité de témoins ou experts, apportent des informations pour éclairer le tribunal arbitral. C'est aussi durant cette période que les acteurs (parties et leurs conseils) ou non-acteurs (témoins et autres) rentrent en connaissance d'informations qui ne sont pas normalement en leur possession et qui peuvent se révéler être des secrets industriels ou commerciaux. Il y a donc nécessité d'un régime spécifique d'administration de la preuve consacré aux secrets d'affaires (**Section 1**).
761. L'effectivité d'une protection des secrets d'affaires à travers une meilleure organisation de l'administration de la preuve passe forcément par une volonté politique des Etats comme l'a dit I. M. SMEUREANU⁹⁸¹.
- Un Etat peut décider par exemple que, vu la particularité des secrets d'affaires, l'administration de leur preuve soit organisée de manière dérogatoire au système général d'administration de la preuve. Il n'est pas exclu que cette décision puisse avoir des répercussions positives sur l'administration de la preuve au plan international.

⁹⁸¹ I. M. Smeureanu, « Confidentiality in International Commercial Arbitration » Op. Cit., P.252.

762. Une place très importante doit aussi être accordée par les autorités nationales aux acteurs du système judiciaire (juges) au sein des Etats à qui il faut consacrer un rôle important dans la mise en œuvre de la protection des secrets d'affaires durant la procédure arbitrale. Que ce soit comme juge d'appui ou comme juge de contrôle de la procédure arbitrale, le juge étatique compétent doit pouvoir utiliser son autorité pour protéger les secrets d'affaires contre une divulgation ou une exploitation non autorisée. Il a aussi le pouvoir de sanctionner les fraudes contre les secrets d'affaires. Les contributions du juge dans l'établissement d'une jurisprudence favorable à la protection des secrets d'affaires est un élément important qui pourra, sur le plan international, inspirer les usagers de l'arbitrage (**Section 2**).

SECTION 1 : LA NECESSITE D'UN REGIME SPECIAL D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE CONSACRE AUX SECRETS D'AFFAIRES

763. Le manque d'effectivité du régime juridique de protection des informations confidentielles issue de la pratique de l'arbitrage commercial est manifeste. Elle connaît une myriade de failles qui exposent les informations confidentielles qui sont censées être protégées durant la procédure. Les parties, dans une procédure arbitrale, ne sont pas certaines de nos jours que les informations qu'elles introduisent dans une procédure arbitrale sont protégées. Ce régime qui est censé les protéger est énoncé en termes généraux, sans détails ni spécificités, dans la plupart des règlements des centres internationaux d'arbitrage qui traitent⁹⁸² de la confidentialité de la procédure arbitrale.

Cet état de fait donne un aperçu des risques que courent les secrets d'affaires lorsqu'ils sont impliqués dans l'administration de la preuve durant une procédure arbitrale. Il y a donc nécessité d'adopter un régime dérogatoire d'administration de la preuve adapté aux besoins de protection des secrets d'affaires dans la procédure arbitrale internationale (§1).

764. Le *discovery* est un outil procédural très attentatoire à l'intégrité des secrets d'affaires. Il est donc important que des dispositions soient prises pour encadrer sa mise en œuvre lorsqu'il advient qu'il est le dernier recours nécessaire pour faire avancer une cause (§2).

⁹⁸² Nous avons relevé que certains règlements internationaux ne traitent pas de la confidentialité de la procédure arbitrale. Le cas le plus éloquent est celui de la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (CCI) qui simplement stipule que les parties peuvent s'adresser au tribunal arbitral pour la protection de leurs informations confidentielles ou secrètes d'affaires. Toutefois, elle consacre la confidentialité des travaux de la cour d'arbitrage qui couvre l'aspect administratif.

§1- Un régime juridique d'administration de la preuve adapté aux secrets d'affaires

- 765.** Un régime juridique d'administration de la preuve adapté aux secrets d'affaires est un régime qui prendra en considération leur spécificité. Ce régime doit, non seulement définir l'environnement de la protection, mais aussi organiser la divulgation des secrets d'affaires, en prenant en compte le fait que ces derniers ont une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets. Ce régime juridique d'administration de la preuve portant sur les secrets d'affaires doit couvrir les acteurs et l'environnement de la divulgation **(A)**.
- 766.** Un autre volet de cette protection des secrets d'affaires est l'intérêt qui sera tiré de l'insertion dans les règlements arbitraux des centres d'arbitrage internationaux d'un régime dérogatoire de l'administration de la preuve portant sur les secrets d'affaires. Cette insertion est importante en ce sens qu'elle permettra de placer les parties qui auront adopté sans réserve ce règlement dans l'obligation de respecter ce régime dérogatoire portant secret d'affaires **(B)**.

A. L'intérêt de l'élaboration d'un régime d'administration de la preuve détaillé prenant en compte la spécificité des secrets commerciaux

- 767.** La protection effective des secrets d'affaires rend nécessaire l'élaboration d'un régime dérogatoire d'administration de la preuve qui est détaillé et qui prend en compte leur spécificité. La nécessité de cette spécificité, tient au fait que les secrets d'affaires tirent leur existence et leur valeur commerciale du seul fait qu'ils sont et demeurent secrets. On ne peut donc pas les traiter dans le cadre général du principe de confidentialité en arbitrage commercial.
- Malheureusement, les règlements internationaux de l'arbitrage n'ont pas dans leur large majorité, adopté des règles suffisamment détaillées et adaptées à cet effet. Ils ne disposent pas de règles spécifiques à la protection des secrets d'affaires qui s'appliquent à l' « *audience sur la preuve* »⁹⁸³.
- Devant ce vide, souvent, les règlements internationaux des centres d'arbitrage se réfèrent aux

⁹⁸³ « L'« audience sur la preuve » vise toute audience, se déroulant sur une période de un ou plusieurs jours, consécutifs ou non, au cours de laquelle le tribunal arbitral, aussi bien physiquement que par téléconférence, vidéoconférence ou par une autre méthode, reçoit une preuve orale ou autre », Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international Adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010. file:///C:/Users/USER/Downloads/IBA%20Rules%20on%20the%20Taking%20of%20Evidence%20in%20Int%20Arbitration%202010%20-%20FRENCH%20(1).pdf. (Consulté le 09 juillet 2017).

règles⁹⁸⁴ de l'*International Bar Association* (IBA) qui offrent un modèle d'administration de la preuve plus détaillé qui peut servir d'inspiration. Ce modèle est présenté, comme constituant un système d'administration de preuves adapté au traitement des secrets d'affaires.

- 768.** Les règles de l'*International Bar Association* (IBA) organisent l'administration de la preuve à travers des normes qui présentent une procédure méthodiquement et détaillée.

Les règles de l'*International Bar Association* (IBA) relatives à l'administration de la preuve « visent toute audience, se déroulant sur une période de un ou plusieurs jours consécutifs ou non, au cours de laquelle le Tribunal Arbitral, aussi bien physiquement que par téléconférence, vidéoconférence ou par une autre méthode, reçoit une preuve orale ou autre »⁹⁸⁵.

- 769.** Les règles de l'IBA⁹⁸⁶ sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, qui n'est pas un règlement international d'un centre d'arbitrage, semblent apporter une solution au peu d'effectivité de la protection des secrets d'affaires durant l'audience sur la preuve. Elles prévoient que les parties et les tribunaux arbitraux peuvent adopter ses règles sur la preuve, en tout ou en partie, pour régir la procédure d'arbitrage ou elles peuvent les adapter ou s'en servir comme principes directeurs pour élaborer leurs propres procédures.

Cette flexibilité qu'on retrouve dans les règles IBA semble, être parfaitement adaptée à la protection des secrets d'affaires en ce sens que les parties peuvent estimer qu'en raison de la composition technique de l'information secrète ou de la nature sensible de l'information, des mesures particulières doivent être prises pour sa protection. Ces mesures peuvent venir du génie propre de l'auteur de la preuve.

Par ailleurs, l'auteur du secret d'affaires peut avoir reçu des orientations d'un expert en protection des secrets d'affaires qu'il souhaiterait inclure dans les règles IBA. La flexibilité rendra cela possible.

⁹⁸⁴Guido S Tawil Judith Gill, QC Co-présidents, Comité d'arbitrage 29 mai 2010 avant-propos, « Les Règles IBA sur la preuve ont été adoptées par une résolution du Conseil de l'IBA le 29 mai 2010. Les Règles IBA sur la preuve sont disponibles en anglais et des traductions dans d'autres langues sont prévues. Des exemplaires des règles IBA sur la preuve peuvent être commandés auprès de l'IBA, et les règles peuvent être téléchargées à l'adresse suivante: <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines> ». (Consulté le 20 juin 2018).

⁹⁸⁵ Définitions, règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA le 29 mai 2010, p. 4.

770. La flexibilité des règles IBA permet également de créer un cadre de discussion⁹⁸⁷ entre les parties et le tribunal arbitral dès la constitution de ce dernier. Dans ce schéma, les différentes parties en jeu peuvent initier un dialogue constructif qui permettra de concilier les règles IBA de la preuve avec les *inputs* des acteurs.

Les règles IBA de la preuve permettent, à travers une consultation entre les parties et le tribunal arbitral, de déterminer⁹⁸⁸ l'étendue et les modalités de l'administration de la preuve.

771. La question de la non-détermination de la portée (étendue) de la confidentialité en arbitrage commercial, est un point qui a été relevé comme étant une difficulté majeure dans la protection des informations confidentielles en général et du secret d'affaires en particulier. Les parties, ensemble avec le tribunal arbitral peuvent convenir de délimiter la portée de la confidentialité. Elles peuvent parvenir, par le biais des dispositions des règles IBA, à délimiter l'étendue de l'administration de la preuve, au cas par cas. Les parties peuvent, par ce mécanisme, dans un souci d'efficacité et de pragmatisme, circonscrire la protection des secrets d'affaires durant l'administration de la preuve.

772. L'article 2.2 des règles de l'IBA permet également de consulter les parties sur les modalités de l'administration des preuves. Les parties peuvent, notamment être consultées sur la préparation et la production des déclarations des témoins, les rapports d'expertise, l'administration de la preuve orale, sur les conditions et règles procédurales applicables à la production de documents ainsi que la forme de ces derniers.

L'article 2.2⁹⁸⁹ permet d'autre part, de consulter les parties sur le degré de confidentialité à respecter en ce qui concerne les preuves produites dans l'arbitrage. Cette disposition permettra aux parties d'exposer leurs préoccupations vis-à-vis des risques auxquels elles estiment que les secrets d'affaires qu'elles vont introduire dans la procédure feront face.

773. L'un des handicaps de la protection des informations confidentielles est le préjugé des parties et même parfois du tribunal arbitral que, les informations engagées dans une procédure arbitrale

⁹⁸⁷ Article 2 .1 Consultation sur les questions de preuve, « Le tribunal arbitral consulte les parties aussitôt que possible et les invite à se concerter et à s'accorder pour organiser l'administration de la preuve de la manière la plus efficace, économique et équitable que possible. » Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA le 29 mai 2010, p.6.

⁹⁸⁸ Article 2 .2 Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, Adoptées par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010, p. 6.

⁹⁸⁹ Article 2. 2. (d), règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA le 29 mai 2010, p. 6.

sont confidentielles. Or, dans les faits, il est constaté que plusieurs éléments font douter de l'existence de cette confidentialité. L'inclusion dans les règles IBA de dispositions permettant au tribunal arbitral de consulter les parties sur la question de la protection des informations confidentielles permettra de gérer cette situation. Ceci écartera la notion d'une présomption d'existence d'un principe de confidentialité en arbitrage international.

- 774.** Les règles IBA organisent aussi la production de documents, l'audition des témoins, la prestation des experts en permettant aux parties de jouer un rôle majeur à ces différentes étapes de l'audience des preuves. A ces différentes étapes, il est clairement détaillé les étapes d'exécution, la méthodologie. Possibilité est ici aussi donnée comme on l'avait souligné, aux parties d'adopter comme tel ou d'améliorer le système de protection proposé par les règles IBA.

Cette flexibilité rencontrée dans les règles IBA dans l'arbitrage international semble s'apparenter à la position de l'arbitrage français à l'international, surtout vis-à-vis du principe de confidentialité. En effet, le décret portant arbitrage français de 2011 abandonne le principe de la confidentialité en arbitrage commercial français. Ce choix du droit de l'arbitrage international français est une manifestation du désir du législateur français de laisser les parties définir elles-mêmes les modalités de protection dans le cadre de la confidentialité. Cette position des règles IBA et du décret français sur l'arbitrage a fait le choix de la flexibilité au nom de l'efficacité et de l'effectivité. Les promoteurs de ces deux instruments ont clairement compris que les parties sont seules à même de mieux se protéger. Nul en dehors des parties elles-mêmes, n'a plus d'intérêts à garder les secrets d'affaires loin des personnes étrangères. Par conséquent, elles sont les mieux outillées pour organiser une protection effective de leurs secrets d'affaires.

- 775.** Lorsque les parties optent ou que le tribunal arbitral décide d'appliquer les règles IBA sur la preuve, ces règles⁹⁹⁰ régissent l'administration de la preuve, sauf si une ou plusieurs des dispositions spécifiques qu'elles contiennent entrent en conflit avec une disposition impérative du droit applicable choisie par les parties ou que le tribunal estime applicable.

Les parties et le tribunal arbitral qui optent pour les règles IBA sur la preuve sont tenus à les respecter. Ces règles disposent clairement que la limite de ce principe est l'existence d'une loi applicable impérative choisie par les parties ou appliquée par le tribunal arbitral.

⁹⁹⁰ Article 1, champ d'application, règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA le 29 mai 2010, p. 6.

776. L'introduction d'un système dérogatoire d'administration de la preuve au sein de l'arbitrage commercial qui est adapté à la protection des secrets d'affaires est un impératif de nos jours lorsqu'on connaît les risques que courent ces derniers dans les procédures arbitrales internationales. Les règles IBA portant administration de la preuve en arbitrage commercial international sont une source d'inspiration effective pour commencer la réflexion. Elles offrent une flexibilité aux parties et au tribunal arbitral dans l'organisation de la protection des secrets d'affaires. Elles viennent combler un vide constaté au niveau des règlements arbitraux des centres d'arbitrage internationaux. Le régime dérogatoire d'administration de la preuve portant sur les secrets d'affaires doit fortement s'inspirer des règles IBA tant à travers leurs dispositions qui organisent l'administration de la preuve qu'à travers leur flexibilité inhérente qui permet aux parties et au tribunal arbitral d'adapter la protection des secrets d'affaires aux intérêts spécifiques en présence.

B. L'intérêt pratique d'un régime juridique effectif de protection des secrets d'affaires dans les règlements internationaux d'arbitrage

777. Selon un constat qui semble unanime, les centres d'arbitrage internationaux n'ont pas, au sein de leurs instruments, un texte régissant l'administration de l'audience de la preuve durant une procédure arbitrale. Face à ce vide, les tribunaux arbitraux sont obligés de faire une application des règles de preuve issues de la procédure civile de l'Etat dans lequel ils siègent, à moins que, les parties leur délivrent une procédure autonome d'administration de la preuve qui ne soit pas en conflit avec les textes du siège du tribunal ou avec l'ordre public international ou encore les parties ne demandent au tribunal arbitral de gérer l'audience de la preuve sur le fondement de l'arbitrage amiable compositeur.

778. Dans plusieurs autres situations par contre, les parties et le tribunal arbitral font le choix d'adopter les règles IBA d' « *audience de la preuve* ». Ceci répond fondamentalement à la raison d'être desdites règles. Le point 2 des règles IBA dispose que « *Les parties et les tribunaux arbitraux peuvent adopter les Règles IBA sur la preuve, en tout ou en partie, pour régir la procédure d'arbitrage ou elles peuvent les adapter ou s'en servir comme principes directeurs pour élaborer leurs propres procédures. Les Règles ne visent pas à restreindre la souplesse inhérente à l'arbitrage international, et l'avantage qu'elle présente, et les parties et les tribunaux arbitraux sont libres de les adapter aux circonstances particulières de chaque*

arbitrage »⁹⁹¹. Selon le point 2 du préambule des règles IBA sur l'audience de la preuve, les parties peuvent les adopter pour régir la procédure arbitrale, ou elles peuvent les adapter ou s'en servir comme principes directeurs pour élaborer leurs propres procédures.

779. Cette absence d'incorporation d'un régime juridique effectif d'audience sur la preuve au sein des règlements internationaux d'arbitrage commercial expose les intérêts des parties à une instabilité. L'audience de la preuve est une étape déterminante pour le bon déroulement du contentieux. Elle ne saurait être laissée au tâtonnement ou à l'improvisation des parties ou du tribunal arbitral. Autrement dit, elle demeurera la plus grande source d'insécurité pour les secrets d'affaires.

780. Les règles IBA souvent utilisées par les parties et les tribunaux arbitraux ne sauraient être une solution à long terme. Il serait judicieux que chaque centre d'arbitrage international ait ses propres règles d'administration de la preuve suffisamment détaillées et adaptées aux diverses sortes d'informations confidentielles. A défaut de choisir cette option, il serait important que les centres commerciaux fassent une option claire d'intégrer les règles IBA comme instruments d'administration de la preuve dans leurs règlements internationaux.

Une autre proposition est la suggestion que les Etats conviennent au plan international de procurer à l'arbitrage commercial, un règlement type d'administration de la preuve. Une loi-type du CNUDCI portant arbitrage commercial, il saurait avoir de raison qui s'oppose un texte conventionnel sur l'administration de la preuve portant sur les secrets d'affaires.

§2- La protection des secrets d'affaires dans une procédure de *discovery*

781. La doctrine de l'Europe continentale a décrié les ingérences du *discovery* dans la vie privée des personnes et surtout le développement de ce qui est qualifié de « *fishing expedition* »⁹⁹². Ce dernier facteur qui est sans équivoques, un risque majeur pour la protection des secrets d'affaires,

⁹⁹¹ Préambule 2. Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010, p. 4.

⁹⁹² "Fishing Expedition" also known as a "fishing trip." Is using the courts to find out information beyond the fair scope of the lawsuit. The loose, vague, unfocused questioning of a witness or the overly broad use of the discovery process. Discovery sought on general, loose, and vague allegations, or on suspicion, surmise, or vague guesses. The scope of discovery may be restricted by protective orders as provided for by the Federal Rules of Civil Procedure." <http://law.jrank.org/pages/6919/Fishing-Expedition.html>, more: Fishing Expedition - Discovery, Vague, Loose, and Scope - JRank Articles <http://law.jrank.org/pages/6919/Fishing-Expedition.html#ixzz5KlZuq2iH>, vu le 09-07-18Read.

appellent à une régulation de la divulgation de ces derniers durant la procédure du *discovery* (A).

782. Mise à part la régulation de la pratique du *discovery*, les parties désireuses de protéger leurs secrets d'affaires pourraient également utiliser le statut professionnel de leur conseil. La plupart des systèmes juridiques reconnaissent à un avocat le droit de faire prévaloir contre une demande de production de documents qu'il détient, les attributs du secret professionnel pour protéger la communication qu'il a eu avec une personne qui est venue le consulter dans le cadre d'une représentation ou les communications qu'il a eues avec son client. Dans le système américain, cette caractéristique de l'avocat est qualifiée de « *attorney –client privilege* » (B).

A. La régulation de la divulgation des secrets d'affaires durant la procédure de *discovery*

783. La régulation de la divulgation des secrets d'affaires durant la procédure de *discovery* est une nécessité. Le juge qui ordonne la divulgation des informations ne dit pas forcément comment cela doit se faire. Il paraît clair que l'exécution de cette divulgation sans régulation ou réglementation peut être source de risque pour les secrets d'affaires qui pourraient éventuellement se retrouver parmi les informations divulguées.

784. Par ailleurs, dans le cadre de la mise en œuvre du *discovery*, les institutions arbitrales internationales donnent au tribunal arbitral un pouvoir étendu de décider comment le « *pre-hearing discovery* »⁹⁹³ est organisé.

L'article 22 al. 2 du règlement de l'ICC dans sa version en vigueur à compter mars 2017, dispose que « *Afin d'assurer une gestion efficace de la procédure, le tribunal arbitral peut, après consultation des parties, adopter les mesures procédurales qu'il juge appropriées et qui ne se heurtent à aucun accord des parties* ». Une interprétation réaliste de cet article n'exclura point le pouvoir reconnu à l'arbitre d'ordonner⁹⁹⁴ le *discovery* s'il le désire. La *London Court of International Arbitration* (LCIA), en son article 20.1, donne au tribunal arbitral le pouvoir de « *conduire des recherches qu'il estime nécessaires et le pouvoir d'ordonner aux parties de produire n'importe quel document ou groupe de documents*⁹⁹⁵ ».

⁹⁹³ Ici, comme pour l'audience de mise en état, le « *pre-hearing discovery* » consiste à permettre à une partie sur demande d'obtenir de la partie adverse la production de documents d'intérêt qu'elle peut utiliser pour monter son dossier pendant.

⁹⁹⁴ Voir Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* : Commentary Arbitration art. 19. 2 (2006).

⁹⁹⁵ Voir le règlement de la LCIA Rules art. 20. 1 (2014).

Les tribunaux arbitraux détiennent le même pouvoir dans le règlement de l'*American Arbitration Association* (AAA) et celui du règlement de l'UNCITRAL. L'article 21 al.1 de l'AAA « *permet à une partie sur demande adressée au tribunal arbitral, d'exiger de l'autre partie de mettre à sa disposition certains documents à sa possession, qui seraient d'un intérêt matériel à la présentation de son cas* ⁹⁹⁶ ». Cette demande devrait « *nécessairement comprendre une description spécifique des documents ou groupe de documents ensemble avec la justification de leur intérêt au cas pendant* ⁹⁹⁷ ».

- 785.** Toutefois, la plupart de ces règlements internationaux ne disent pas clairement la procédure à suivre pour l'exécution du *discovery*. Ils se contentent de donner le pouvoir au tribunal arbitral d'ordonner le *discovery*.

Il est important que le tribunal soit guidé dans cette pratique procédurale du *discovery* par des règles de procédure qui lui serviront de piliers d'orientation.

Il est important que cette régulation du *discovery* exclue clairement les demandes qui ont manifestement un lien direct avec les secrets d'affaires, celles qu'on pourra classer dans les « *fishing expedition* ». Il reviendra dans cette situation à l'arbitre de faire un travail d'analyse et d'appréciation sur la pertinence de l'information demandée dans le cadre de l'affaire en instance. Il paraît clair que le droit français donne ce pouvoir à l'arbitre lorsqu'il dispose en arbitrage interne que le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale à moins que les parties n'en disposent autrement (article 1464 alinéa 1^{er}). Ce pouvoir est également reconnu à l'arbitre en droit de l'arbitrage international par le droit français sur la base des articles 1467 alinéa 3, 1468 et 1469 du code de procédure civile français.

- 786.** Quand le tribunal arbitral aboutit à la décision d'autoriser le *discovery*, avant de l'ordonner, il doit analyser la situation et voir s'il n'y a pas une autre solution qui permette d'aboutir au même résultat attendu par la partie requérante de l'information, sans être obligé d'aboutir au *discovery* qui peut être préjudiciable à la personne requise. Si le tribunal arbitral est convaincu, après toutes les précautions recommandées, que le *discovery* demeure la solution ultime, il lui

⁹⁹⁶ "The tribunal may, upon application, require a party to make available to another party documents in that party's possession not otherwise available to the party seeking the documents, that are reasonably believed to exist and to be relevant and material to the outcome of the case. Requests for documents shall contain a description of specific documents or classes of documents, along with an explanation of their relevance and materiality to the outcome of the case." Article 21 al. 1 AAA Rule : exchange of information.

⁹⁹⁷ *Idem*.

reviendra donc de prendre les dispositions pour protéger les secrets d'affaires de la partie requise. La protection des secrets d'affaires dans ce cas doit être faite en concert avec les parties. Cette recommandation dans le cadre du *discovery* s'applique aussi lorsque le juge siégeant sur demande d'une partie en arbitrage international utilise le mécanisme de l'astreinte pour contraindre la production d'éléments de preuve lesquels n'auraient pas été produits volontairement par celui qui les détient.

- 787.** En cas de d'accord entre les parties sur les mesures de protection à prendre, le tribunal arbitral peut décider de nommer un expert en confidentialité qui aura la charge de recevoir, d'analyser et d'extraire uniquement les informations sollicitées par le requérant. Cette disposition a le mérite de protéger les secrets d'affaires se trouvant dans les documents sollicités.

Au cas où le requis s'oppose à toute approche concertée pouvant aboutir à la divulgation de l'information, le requérant et le requis ont la possibilité de s'adresser à la juridiction étatique compétente du siège de l'arbitrage pour obtenir une ordonnance pour ou contre la divulgation.

B. L'utilisation du secret professionnel de l'avocat comme outil de protection des secrets d'affaires

- 788.** Durant un contentieux devant un tribunal d'Etat, des éléments de preuve peuvent être non-divulguables par l'une ou l'autre des parties pour la simple raison qu'ils sont entre les mains d'une personne physique qui a un statut particulier. C'est le cas du conseil d'une partie par exemple.

Cette protection existe aussi en arbitrage et protège certains documents ou éléments lorsqu'ils sont détenus par les conseils des parties.

Les règles IBA reconnaissent au conseil le droit d'objection sur la base du secret professionnel dans l'article 9 intitulé : « *Recevabilité et valeur probante des preuves* ». L'article 9. 1 dispose que « *Le Tribunal Arbitral détermine la recevabilité, la pertinence, et la valeur des preuves qui lui sont présentées* »⁹⁹⁸. L'article 9. 2 (b) poursuit que « *Le Tribunal Arbitral peut, à la demande d'une Partie ou d'office, exclure de la preuve tout témoignage, toute déclaration, tout document ou toute constatation faite dans le cadre d'une inspection ou encore interdire leur production, pour l'une des raisons suivantes : existence d'une règle légale de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique (legal privilege en anglais) que le Tribunal Arbitral estime*

⁹⁹⁸ Article, 9 .1 Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du Conseil de l'IBA du 29 mai 2010, p. 20.

applicable »⁹⁹⁹.

- 789.** Selon le bâtonnier J-M. BURGUBURU¹⁰⁰⁰, président de l'Union Internationale des Avocats (UIA) : « *Le secret professionnel est la condition de l'exercice de la profession d'avocat et est à ce titre l'un des tous premiers principes de la profession. Il permet, par la protection de la confidentialité, la confiance nécessaire du client dans son conseil et défenseur : sans la protection du secret de la confiance, les fonctions de défense et de conseil ne peuvent pas exister.*

Le secret professionnel de l'avocat est ainsi à la fois la garantie pour le client, dans quelque situation que ce soit, que son défenseur ne va pas révéler ce qui lui a été confié et la garantie pour l'avocat et son client qu'un tiers, singulièrement l'Etat et les autorités de poursuites ne va pas puiser dans ce qui a été transmis sous le secret. Le secret professionnel est ainsi un équilibre entre la protection de l'intérêt et des droits de l'individu et la protection de la société. Il est un élément clef du fonctionnement moderne de la justice dont la déclinaison et les nuances illustrent la complexité des intérêts en jeu. Le secret professionnel de l'avocat est ainsi inhérent à l'existence d'une société démocratique. »

Le caractère absolu du secret professionnel interdit en principe toute forme de révélation des informations du client. En droit français, avec le secret professionnel, le client a la garantie que ses propos ne seront jamais révélés¹⁰⁰¹. C'est l'avocat qui est tenu par le secret professionnel et le client lui-même n'est pas habilité à relever l'avocat de son secret professionnel.

- 790.** Aux USA, le *secret professionnel* est qualifié de « *attorney-client privilege* ». Il répond pratiquement aux mêmes caractéristiques que le secret professionnel en droit français. La majeure différence entre les deux secrets professionnels est le fait qu'en droit américain, c'est le client qui détient le privilège et l'avocat ne pourrait pas se libérer de ce privilège sans l'accord du client.

⁹⁹⁹ Article, 9.2. (b) Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, adoptées par résolution du conseil de l'IBA le 29 mai 2010, p. 20.

¹⁰⁰⁰ Bâtonnier Jean-Marie Burguburu, contenu et limites du secret professionnel, Rapport au Congrès UIA de Dresde (novembre 2012), avec le concours de Geoffroy Goubin, avocat au barreau de Paris (Debevoise & Plimpton LLP). P.1.

¹⁰⁰¹ Selon le bâtonnier Jean-Marie Burguburu, contenu et limites du secret professionnel, « Le secret professionnel, dans la relation avocat-client, ne peut céder que dans une situation : pour les exigences strictement nécessaires à la propre défense de l'avocat devant toute juridiction. Toutefois, même dans cette situation, l'avocat ne peut révéler que ce qui doit précisément servir à sa défense sans pouvoir aller au-delà. » Rapport au Congrès UIA de Dresde (Novembre 2012), avec le concours de Geoffroy Goubin, avocat au barreau de Paris (Debevoise & Plimpton LLP), P. 2.

791. L'importance du secret professionnel pour la protection des secrets commerciaux en arbitrage international est manifeste. Le secret professionnel ou « *attorney-client privilege* » est une règle qui relève de l'administration de la preuve (*a rule of evidence*) et qui interdit à l'avocat de faire un témoignage ou qui interdit de le contraindre à faire des révélations relatives aux échanges avec son client. Plus concrètement, si les informations relevant du secret d'affaires remises par le client à son avocat sont couvertes par le secret professionnel, il peut ne pas les divulguer. Il paraît clair que les secrets d'affaires pourraient bénéficier dans ce contexte de ce bouclier qui protège le secret professionnel lorsque le client les confie à son conseil, dans le cadre de sa représentation.

SECTION 2 : LE ROLE DETERMINANT DE LA VOLONTE POLITIQUE DES PROMOTEURS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL POUR UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS D'AFFAIRES

792. La promotion de l'arbitrage est devenue l'affaire de tous. Les Etats ont, ces derniers temps, démontré un intérêt particulier pour cette discipline. Ici et là, on voit émerger des lois portant arbitrage interne et international. La raison de cet engouement pour l'arbitrage au niveau des Etats est le constat que de nos jours la pratique internationale du commerce s'est accrue avec l'accroissement des litiges internationaux.

793. Dans l'enseignement supérieur, des masters consacrés exclusivement à la pratique arbitrale ne cessent de voir le jour dans les universités tant publiques que privées. L'intérêt de la matière est manifeste. L'importance qu'elle a acquise au niveau international n'a pas laissé indifférents les milieux universitaires qui sont des laboratoires d'idées fournissant à la société les solutions aux multiples défis. L'intérêt des universités ne se limite pas à la réflexion. De plus en plus, des universitaires sont devenus des praticiens de l'arbitrage.

794. Cet intérêt pour cette matière ne se circonscrit pas aux Etats ni aux universités. Aujourd'hui, plusieurs centres se disputent le marché international de l'arbitrage. L'un des plus anciens centres d'arbitrage, la CCI a été fondée en 1923¹⁰⁰².

Le contentieux arbitral a pris beaucoup d'importance tant au niveau national qu'international.

¹⁰⁰²<http://www.intracen.org/La-Cour-internationale-darbitrage-de-la-Chambre-de-commerce-internationale/>, (Consulté le 16-05-18).

L'internationalisation du commerce et celui du contentieux sont des sources de risques pour les informations confidentielles et surtout les secrets d'affaires.

795. L'arbitrage international a été testé pendant de longues décennies et sa défaillance vis-à-vis de la protection des secrets d'affaires est établie.

Les solutions fournies par les centres d'arbitrage et la pratique *ad hoc* ne sont pas à la hauteur des attentes. Elles ne sont pas parvenues à fournir une protection effective aux secrets d'affaires durant les contentieux.

Au niveau des Etats, les approches législatives locales sont circonscrites géographiquement et leurs effets sur le plan international sont réduits. Ne serait-il pas temps de recourir à un régime international de protection conventionnelle des secrets commerciaux ? (§1)

796. La question de la protection des secrets d'affaires à la clôture des procédures d'arbitrage se pose également. Si on convient qu'il y a un accord durant la procédure arbitrale pour la protection des secrets d'affaires, on est en droit de se demander si cette protection se poursuit une fois la procédure arbitrale clôturée. A cette question, il n'y a pas une réponse tranchée et unanime qui transcende les systèmes juridiques et les cadres juridiques nationaux des Etats. Le traitement est diversifié. Soit, il n'y a pas de réponse précise, soit les réponses existantes ne sont pas unanimes. Plusieurs facteurs entrent en jeu, notamment, la question de savoir s'il y a eu un accord à ce sujet entre les parties avant l'entame de la procédure. D'autres questions pourraient être, d'une part, de savoir si le droit du siège de l'arbitrage offre une protection dans ce sens et d'autre part, si le droit du fond choisi par les parties a des dispositions pertinentes dans ce sens ?

797. La question de la protection est très importante en ce sens qu'en cas de silence, les parties et/ou les témoins ou experts ne sont tenus d'aucun engagement. Par conséquent, ils ne sont pas tenus de garder les informations secrètes reçues durant la procédure. Il est donc important dans ce cas qu'un bouclier de sanctions soit prévu pour décourager les contrevenants et limiter leur capacité à avoir accès aux secrets d'affaires (§2).

§1 - Le recours à un régime conventionnel de protection international des secrets commerciaux

798. La question de la protection des secrets d'affaires est d'une importance capitale pour les Etats qui sont soucieux de protéger leurs entrepreneurs et start-ups contre le vol des secrets d'affaires. De nos jours, certains individus ou certaines structures se sont spécialisés dans cette pratique qui

consiste à pirater les serveurs internes des sociétés pour frauduleusement s'accaparer des secrets d'invention et produits de Recherches et Développement (R&D).

799. Le système de protection des secrets d'affaires tel qu'il se présente aujourd'hui est un paradis pour les délinquants. Il est marqué par l'absence dans plusieurs Etats de *lex speciali* protectrice des secrets d'affaires et pire, sur le plan international, il n'y a pas une convention ou un traité entre Etats protégeant de manière unanime¹⁰⁰³, les secrets d'affaires. Les Etats doivent, dans l'intérêt collectif, se mettre ensemble et adopter un accord international contraignant dans ce sens (A).

Toutefois, leur application sur le terrain passe obligatoirement par le système judiciaire national dans chaque Etat. Ceci se traduira par l'appui du juge étatique à l'organisation de la protection des secrets d'affaires (B).

A. L'intérêt d'un accord portant protection des secrets d'affaires sur le plan international

800. Mme I. M. SMEUREANU¹⁰⁰⁴ a démontré l'importance du rôle de l'Etat dans la promotion de l'arbitrage international. Elle a soutenu que ce sont les décisions, c'est-à-dire les lois et règlements, les jurisprudences et autres normes internes des Etats qui se manifestent plus tard au niveau international pour produire les textes internationaux. Pour cette raison, elle a conclu que les Etats et leurs structures sont importants dans la promotion de l'arbitrage international. S'agissant de la protection des secrets d'affaires au plan international, la responsabilité incombe aux Etats dans une large mesure.

801. L'importance des secrets d'affaires pour l'économie des Etats n'est plus à démontrer dans ce monde devenu très concurrentiel avec des opinions publiques très exigeantes vis-à-vis de leurs dirigeants. La question économique est au cœur de ces obligations qui pèsent sur les Etats. Les Etats sont conscients qu'un secteur entrepreneurial très important est le moteur de toute prospérité économique.

Le rôle régalién de l'Etat moderne ne se résume plus à ses attributs classiques qui étaient le

¹⁰⁰³ Les pays européens qui vivaient, dans un passé récent, dans une disparité totale avec un traitement divergeant de la protection des secrets d'affaires viennent récemment, en avril 2016, de se doter d'un texte portant sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, (V. secrets d'affaires), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016L0943>. (Consulté le 18 Juin 2018).

¹⁰⁰⁴ I. M. SMEUREANU, « Confidentiality in International Commercial Arbitration »,

maintien de l'ordre public, la défense du territoire, l'organisation de l'administration, etc. L'Etat aujourd'hui, est un partenaire économique incontournable. Dans ses nouvelles prérogatives non seulement il crée pour ses entrepreneurs, les conditions de la réussite interne et internationale, mais également il leur apporte la protection contre les risques qu'ils courent dans la pratique de leurs affaires. Le développement des branches de droit comme le droit pénal d'affaires en est une illustration¹⁰⁰⁵.

802. Un bon système entrepreneurial national qui prospère est source de création d'emplois et de revenus pour l'Etat à travers les impôts et diverses taxes. Il est commun de nos jours, de voir des lobbyistes qui sont recrutés par les sociétés privées ou les chambres de commerce pour avancer leur agenda économique auprès de leurs Etats. Le cas de la *US Chambers of Commerce* en est une illustration. En effet, la *US Chambers of Commerce* a introduit une contribution intitulée « *The Case for Enhanced Protection of Trade Secrets In Trans-Pacific-Partnership (TPP) Agreement Act* » pour exhorter les pays membres de TPP à prendre des mesures dissuasives pour décourager les atteintes aux secrets commerciaux sur leurs territoires.

803. Les secrets d'affaires ont une importance inestimable pour tous les Etats du globe. Il n'y a pas un seul aujourd'hui qui ne soit soucieux du risque que posent les pirates et autres délinquants à la vie même des secrets d'informations. La guerre économique qui est dans sa phase primaire entre les Etats-Unis et les autres puissances économiques en dit long sur l'importance des secrets d'affaires dans l'évolution du monde. Selon le journal en ligne du *Figaro*, « *Les Etats-Unis reprochent à la Chine de ne pas donner aux entreprises américaines les moyens de se défendre contre l'exploitation de leurs innovations par des sociétés chinoises.* »¹⁰⁰⁶

La Maison-Blanche avait déjà fait savoir qu'elle envisageait de cibler les produits « *Made in China* »¹⁰⁰⁷ dans les secteurs des technologies de l'information, de l'électronique grand public et des télécoms. Dans sa réplique, le ministre chinois du Commerce a soutenu que « *La Chine n'a*

¹⁰⁰⁵ « Le droit pénal des affaires est l'ensemble des règles de droit relatives aux infractions caractérisées dans le monde des affaires. La délinquance d'affaires est le fait des commerçants, dirigeants, industriels, et ses infractions (il peut s'agir d'infractions de droit commun ou spécifiques à la vie des affaires, comme les infractions au droit des sociétés », <http://www.cours-de-droit.net/cours-de-droit-penal-des-affaires-a121606484> consulté le 18 août 2018.

¹⁰⁰⁶ La guerre commerciale entre la Chine et les Etats-Unis prend forme, <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2018/03/23/20002-20180323ARTFIG00063-la-guerre-commerciale-entre-la-chine-et-les-etats-unis-prend-forme.php>, consulté le 18 juin 2018.

¹⁰⁰⁷ Idem.

en aucun cas peur d'une guerre commerciale»¹⁰⁰⁸. « *Si une guerre commerciale devait être lancée par les Etats-Unis, la Chine se battrait jusqu'au bout pour défendre ses propres et légitimes intérêts par tous les moyens nécessaires* »¹⁰⁰⁹.

804. L'importance prouvée des secrets d'affaires et les tensions qu'ils génèrent entre les Etats de la planète justifient d'un intérêt présent et pressant d'un accord international portant protection des secrets d'affaires. L'internationalisation du commerce a apporté plus de risques pour les secrets d'affaires. Aucun Etat aussi puissant soit-il, pris individuellement, ne saurait faire face à la menace que posent les pirates et autres délinquants.

805. La proposition d'une convention pour résoudre un problème planétaire ne saurait être en aucun cas une innovation en ce sens que les Etats de la planète ont à leurs actifs des exemples de conventions sur des points très importants du commerce international qui peuvent être cités. Toutefois, l'innovation est la proposition d'un accord portant sur la protection internationale des secrets d'affaires, à l'instar de ce qui a été fait dans le cadre de l'insolvabilité par la CNUDCI. En effet, le 30 mai 1997, a été adoptée la loi sur l'insolvabilité internationale. Elle dispose que : « *La loi type de la CNUDCI a pour but d'aider les Etats à doter leurs lois sur l'insolvabilité d'un cadre législatif moderne permettant de mener plus efficacement les procédures internationales concernant les débiteurs en proie à de graves problèmes financiers ou en situation d'insolvabilité. Elle vise à permettre et encourager la coopération et la coordination entre pays plutôt qu'à essayer d'unifier les règles de fond sur l'insolvabilité, et respecte les différences entre les règles de procédure nationales. Aux fins de la loi type, l'insolvabilité est dite internationale lorsque le débiteur insolvable dispose de biens dans plus d'un Etat ou lorsque certains des créanciers du débiteur ne sont pas de l'Etat où la procédure d'insolvabilité a été ouverte* »¹⁰¹⁰.

Les Etats peuvent convenir, à travers la CNUDCI, d'élaborer une loi-type qui va servir de modèle pour les pays qui n'ont pas de *lex specialis* portant protection des secrets d'affaires. Cette démarche faciliterait l'émulation et l'adoption des textes pertinents au niveau des pays qui n'ont pas de ressources adaptées pour cette entreprise.

¹⁰⁰⁸ Idem..

¹⁰⁰⁹ Idem.

¹⁰¹⁰ Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997), http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html, (Consulté le 18 juin 2018).

806. Il est important pour les Etats de percevoir les risques que courent les secrets d'affaires comme une question de sécurité nationale dont la résolution passe d'une part, par l'adoption au niveau international des textes définissant ce qui peut être considéré comme secrets d'affaires et d'autre part, l'élaboration d'une stratégie pour organiser leur protection dans un cadre transnational. Toutefois, cette protection ne saurait se faire sans l'appui des juges étatiques au niveau des pays composant la communauté internationale.

B. L'appui du juge étatique à la protection des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale

807. La mise en application d'une réforme ou d'une proposition d'amélioration de la protection des secrets d'affaires dans l'arbitrage commercial ne saurait se faire sans une contribution directe des Etats à travers leurs systèmes judiciaires. Dans ce schéma, le juge étatique se trouve être l'acteur principal de l'action de l'Etat vis-à-vis de la protection des secrets d'affaires. Détenteur du pouvoir de dire le droit, il est un acteur important dans toute politique de leur protection tant au plan national qu'international.

808. L'idée d'une protection des informations confidentielles durant la procédure arbitrale est d'origine jurisprudentielle. C'est elle qui a caractérisé le principe de confidentialité dans l'arbitrage. La pratique arbitrale a connu plusieurs arrêts qui ont permis de définir la protection des informations confidentielles par la confidentialité en arbitrage commercial. En 1986, dans l'affaire *Aita v. Ojeh*, la cour d'appel de Paris¹⁰¹¹ a décidé qu'une action introduite devant elle pour annuler une sentence a violé le principe de confidentialité entre les parties.

809. Une récente réforme (Loi de réforme de justice : procédure civile) du droit entrée en vigueur le 25 mars 2019 apporte des outils très importants en droit français pour assurer la protection des secrets d'affaires qui peuvent être issus d'un arbitrage, lorsque pour certains raisons l'affaire devait être connue par une juridiction étatique. En effet cette loi¹⁰¹² portant réforme exige d'une part une motivation, lorsqu'au cours d'une instance civile ou commerciale, le juge prend connaissance d'une pièce de nature à porter atteinte au secret d'affaires (L. n° 2019-222, art. 33-I). D'autre part, « *de la même manière, il est ajouté une exception au principe de publicité des débats devant les juridictions inférieures. Les débats « dans les matières mettant en cause les*

¹⁰¹¹Judgement of 18 feb. 1986, 1986 Revue de l'arbitrage 583, discussed in Jan Paulson & Nigel Rawding. The Trouble with confidentiality, 11 ARB. INT'L 303,312 (1995).

¹⁰¹² Loi de réforme de la justice : procédure civile, L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, const. 21 mars 2019, décis. n° 2019-778 DC.

secrets des affaires » auront lieu en chambre du conseil et le jugement subséquent ne sera pas prononcé publiquement (art. 33, V)¹⁰¹³. A coup sur cette réforme rendra sans raison l'inquiétude des partisans de la protection des informations secrètes impliquées dans l'affaire Tapie et apporte une sérénité aux usagers dans le système français de l'arbitrage.

- 810.** L'histoire de la confidentialité dans l'arbitrage commercial est marquée par des contributions jurisprudentielles qui ont façonné de diverses manières l'application de la confidentialité.

Deux arrêts, l'*Esso* en 1995 et celui *Ali shipping* plus tard, constituent une preuve de la capacité d'un Etat et particulièrement de son système judiciaire à faire évoluer le droit de la protection des secrets d'affaires en arbitrage commercial. Ceci témoigne de la profonde certitude que les juges nationaux ont un rôle primordial à jouer dans l'organisation de la protection des secrets d'affaires dans la pratique de l'arbitrage commercial. Bien que ce rôle ne soit pas direct – l'arbitrage étant du domaine de l'arbitre qui a la compétence des compétences- ils peuvent, avec leur rôle d'appui à l'arbitrage et la possibilité de connaître des contentieux qui en découlent, conceptualiser et développer un système de protection des secrets d'affaires et à partir de cette action, créer une prévisibilité dans la protection des secrets d'affaires qui inspirera les parties et les praticiens dans leur recherche de solution aux risques posés à ces derniers.

Lorsque les règles auxquelles elles sont convenues ont besoin d'être suppléées, le juge est entre autres, le gardien et le protecteur invisible des intérêts des parties à l'arbitrage. La protection des informations confidentielles se retrouvera plus renforcée par leur sécurisation à la clôture de la procédure.

§2- La protection des secrets d'affaires après la clôture de la procédure arbitrale

- 811.** La protection des informations confidentielles peut être rangée en deux phases : la première phase est celle qui est mise en œuvre durant la procédure arbitrale et qui prend fin normalement si aucun accord n'existe entre les parties ou aucune loi ne le prévoit, après le rendu de la sentence arbitrale définitive. La deuxième phase concerne la protection du secret d'affaires une fois que la sentence est rendue par le tribunal arbitral. Si les parties s'entendent pour protéger d'une manière ou d'une autre les secrets d'affaires durant la première étape, la protection de la seconde étape est problématique en ce sens que, soit les parties la négligent, ou tout simplement il n'existe

¹⁰¹³ C. PINATLE, *Loi de réforme de la justice : procédure civile, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* qui a pour objectif de simplifier et de moderniser le fonctionnement judiciaire entraîne plusieurs conséquences en procédure civile, L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, Cons. const. 21 mars 2019, décis. n° 2019-778 DC2 avril 2019.

prèsque pas de dispositions légales pour les protéger surtout contre les actions des tiers non-parties. Ces derniers n'étant pas dans un lien contractuel avec les parties, ils ne sont pas souvent soumis aux mêmes contraintes. (A).

812. Bien que l'importance du secret d'affaires ne soit pas contestée par la communauté internationale, grande est la surprise de voir le « désintérêt »¹⁰¹⁴ que les pouvoirs publics ont affiché vis-à-vis de sa protection.

A travers une expression qui dégage un goût de regret, le Professeur F. DESSEMONTET a soutenu dans son article que : « *Le droit des secrets est une branche en forte évolution de la propriété intellectuelle internationale* »¹⁰¹⁵.

En réalité, on peut qualifier la tendance actuelle d' « *Evolution* » lorsqu'on sait que la conception de la propriété intellectuelle qualifiée de « *traditionnelle* » ne prenait pas en compte, dans un passé récent, les secrets d'affaires surtout en Europe.

De nos jours, plusieurs Etats ou organisations d'Etats ont pris des textes pour protéger les secrets d'affaires. Cette tendance se manifeste au plan international par l'apparition des conventions internationales à l'instar de l'ADPIC, un texte de l'OMC qui regroupe un grand nombre d'Etats de la planète et qui vise entre autres la protection des droits de la propriété intellectuelle dont des secrets d'affaires.

L'ADPIC, par sa mission, se révèle à l'analyse être un très bon instrument de protection des secrets d'affaires dans tout contentieux international. Il est l'un des rares textes de nature globale qui offre dans son approche de protection des informations confidentielles, des sanctions civiles (les dommages-intérêts) et les sanctions pénales (les infractions et peines) (B).

A. La sanction de la violation des secrets d'affaires par les tiers comme dissuasion de la divulgation non-autorisée

813. Les secrets d'affaires sont des informations de nos jours très importantes pour l'économie des nations. Les gouvernements sont conscients de l'importance du secret d'affaires dans le progrès

¹⁰¹⁴ L'utilisation du mot « *désintérêt* » pourrait à certains égards, être considérée comme exagérée mais en réalité il ne l'est pas. Considérons le simple fait que c'est seulement en juin 2016 que l'UE et le 30 juillet 2018 pour la France se sont dotés de textes qui protègent les informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) pour soutenir notre position.

¹⁰¹⁵ Le professeur DESSEMONTET dans son article « *Les secrets commerciaux dans l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce* », p. 12 https://www.unil.ch/files/live/sites/cedidac/files/Articles/SSJ_FSA.pdf. (Consulté le 19-07-18).

économique de leurs pays et de ce fait, prennent de plus en plus de dispositions, pour les protéger. Le cas de l'Europe est très illustratif. Après plusieurs années de non régulation ou de traitement parsemé¹⁰¹⁶ de la protection des secrets dans ses Etats, l'UE dispose finalement de sa directive portant sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites¹⁰¹⁷.

- 814.** La sanction des violations des secrets d'affaires dans la directive est traitée par l'article 1 al.1. Elle condamne uniquement à des dommages-intérêts.

La directive en son article 6 « obligation générale » dispose que : « *Les Etats membres prévoient les mesures, procédures et réparations nécessaires pour qu'une préparation au civil soit possible en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicite des secrets d'affaires* »¹⁰¹⁸.

Le langage de cette disposition instruit les Etats membres pour qu'ils veillent à ce que l'autorité judiciaire compétente, sur demande de la partie lésée, ordonne à un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une obtention, à une utilisation ou à une divulgation illicites d'un secret d'affaires à verser à l'auteur des dommages et intérêts qui sont fonction du préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de son action.

En France, c'est la section 2 de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret d'affaires, en son chapitre 2 et chapitre 3 qui organise les actions contre une atteinte au secret d'affaires. Ils sont intitulés respectivement « *Des actions en prévention, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret des affaires* » et « *Des mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales* ».

- 815.** Le chapitre 1 en son article L. 152-1, dispose que « *toute atteinte au secret des affaires telle que prévue aux articles L. 151-4 à L. 151-6 engage la responsabilité civile de son auteur.* » Sa section première stipule des mesures pour prévenir et faire cesser une atteinte au secret des affaires ; la section 2 porte sur la réparation d'une atteinte au secret des affaires ; la section 3 porte sur les mesures de publicité.

¹⁰¹⁶ Avant l'entrée en vigueur de la directive européenne portant protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires), la situation en Europe n'était pas claire vis-à-vis de la protection des secrets d'affaires. Certains pays comme l'Italie et la France disposaient de certains textes portant protection des secrets d'affaires. Par contre, plusieurs autres Etats n'en disposaient pas. Cet état de chose caractérisait la situation parsemée relevée dans le développement.

¹⁰¹⁷ Directive (ue) 2016/943 du parlement européen et du conseil, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943>. (Consulte le 30 juillet 2018).

¹⁰¹⁸ *Idem.*

La section 1 offre au détenteur des secrets d'affaires les moyens légaux pour faire cesser une atteinte au secret des affaires. Son article L. 152-3-1 permet à une juridiction dans le cadre d'une action relative à la prévention ou à la cessation d'une atteinte au secret des affaires, ceci sans préjudice de l'octroi des dommages et intérêts, de prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte. L'utilisation du concept juridique « *juridiction* » indique que l'instance arbitrale qui est une juridiction est également un forum où cet article du code de commerce français est applicable. Cela va sans dire que l'arbitre, qui dit le droit dans un tel forum a le pouvoir de faire cesser une atteinte au secret des affaires en prenant des mesures même sous astreinte. Cette possibilité d'utilisation du mécanisme de l'astreinte pour faire exécuter une ordonnance/décision de l'arbitre est reconnue dans le décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage français en son article 1464 alinéa 3. Rien ne semble s'opposer à ce que le tribunal arbitral qui est saisi durant une instance par une partie pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires ait compétence pour ordonner les actions que prescrivent l'article L. 152-3-1¹⁰¹⁹ du code de commerce français en droit interne ou si les parties l'ont accepté en droit international de l'arbitrage. La cour de Paris a admis que « *Le pouvoir d'astreinte ou d'injonction constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise aucun dépassement de la mission de l'arbitre.* »¹⁰²⁰

¹⁰¹⁹ « Art. L. 152-3.-I.-Dans le cadre d'une action relative à la prévention ou la cessation d'une atteinte à un secret des affaires, la juridiction peut, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts, prescrire, y compris sous astreinte, toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte. Elle peut notamment :
« 1° interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ;
« 2° Interdire les actes de production, d'offre, de mise sur le marché ou d'utilisation des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires ou l'importation, l'exportation ou le stockage de tels produits à ces fins ;
« 3° ordonner la destruction totale ou partielle de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ou, selon le cas, ordonner leur remise totale ou partielle au demandeur.
« II.-La juridiction peut également ordonner que les produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires soient rappelés des circuits commerciaux, écartés définitivement de ces circuits, modifiés afin de supprimer l'atteinte au secret des affaires, détruits ou, selon le cas, confisqués au profit de la partie lésée.
« III.-Lorsque la juridiction limite la durée des mesures mentionnées aux 1° et 2° du I, la durée fixée doit être suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires.
« IV.-Sauf circonstances particulières et sans préjudice des dommages et intérêts qui pourraient être réclamés, les mesures mentionnées aux I à III sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte.
« Il peut y être mis fin à la demande de l'auteur de l'atteinte lorsque les informations concernées ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui. », Code du commerce français.

¹⁰²⁰ Paris, 7 octobre 2004, Rev. Arb. 2005. 925, note E. Jeulan ; JCP, 2005, II, 10071, note J.-M. Jacquet ; JDI, 2005,341, note A. MOURRE et Pr. PEDONE.

La réparation des atteintes au secret des affaires est faite par paiement de dommages et intérêts¹⁰²¹ à la partie lésée. La juridiction prend en considération distinctivement :

1° les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ;

2° le préjudice moral causé à la partie lésée ;

3° les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte.

La juridiction saisie peut aussi, « à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts, une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée »¹⁰²².

816. La sanction issue de la directive punit uniquement à hauteur du préjudice subi et quantifiable à l'instant. Elle ne prend pas réellement en compte le fait que le préjudice subi par l'auteur d'un secret d'affaires soit difficilement quantifiable. Par exemple, à l'opposé des autres informations confidentielles, la divulgation d'un secret d'affaires le détruit dans certaines circonstances comme c'est le cas lorsqu'il tombe dans le domaine public à la suite d'une divulgation illicite. En dehors de ce cas extrême, il est aussi possible que le contrevenant, après sa condamnation aux réparations, continue de tirer profit de son acte illicite. Ceci démontre le caractère insuffisant et non dissuasif de la sanction exclusivement basée sur la responsabilité civile.

817. L'une des grandes innovations qui viennent s'ajouter à l'audace dont a fait preuve les autorités

¹⁰²¹ « Art. L. 152-6.-Pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, la juridiction prend en considération distinctement :

« 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ;

« 2° Le préjudice moral causé à la partie lésée ;

« 3° Les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte.

« La juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée. », Code du commerce français.

¹⁰²² *Idem.*

françaises dans cette loi est l'introduction des mesures de publicité¹⁰²³ qui permettent à la juridiction d'ordonner toute mesure de publicité de la décision portant obtention, utilisation ou divulgation illicite d'un secret des affaires. Cette publication peut se faire par affichage ou par publication intégrale ou par extrait dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne. Cette publication est faite au frais de l'auteur des atteintes et surtout la juridiction ordonnant les mesures doit veiller à la protection du secret des affaires. Il faut le reconnaître, le droit français fait office d'innovateur dans sa démarche. L'un des aspects sur lesquels tablent les auteurs des atteintes est le fait que, bien que les décisions devant les juridictions soient rendues publiques, elles ne font pas en réalité l'objet d'une large publication. Cette mesure insérée par le droit français dans son code de commerce est plus dissuasive que toutes les autres en ce sens qu'elle expose l'auteur de l'atteinte et porte atteinte directement à son profit. Aujourd'hui, avec la technologie de l'information, la fraude commise par ce dernier fera vite le tour du monde et sa marque subira un coup sur le marché mondial.

La loi du 30 juillet 2018 a aussi pris des mesures pour limiter les abus dans l'utilisation des dispositions du chapitre 2. Il faut le reconnaître, il est possible que des personnes utilisent ces dispositions de manière abusive ou malicieuse pour se procurer un avantage ou gagner du temps dans le compte de leur stratégie commerciale. Il est par conséquent prévu qu'une personne morale ou physique qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre pourrait être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20% du montant de la demande de dommages et intérêts¹⁰²⁴.

- 818.** Le chapitre 3 de la loi du 30 juillet 2018 traite, comme souligné supra, des mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles et commerciales. Celui en son

¹⁰²³ « Art. L. 152-7.-La juridiction peut ordonner toute mesure de publicité de la décision relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires, notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans les journaux ou sur les services de communication au public en ligne qu'elle désigne, selon les modalités qu'elle précise.

« Lorsqu'elle ordonne une telle mesure, la juridiction veille à protéger le secret des affaires dans les conditions prévues à l'article L. 153-1.

« Les mesures sont ordonnées aux frais de l'auteur de l'atteinte. », Code du commerce français.

¹⁰²⁴ « Art. L. 152-8.-Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 €. « L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive. », Code du commerce français.

article L. 153-2¹⁰²⁵ organise les mesures de protections dans le cadre des mesures avant de dire le droit ou à l'occasion d'une action au fond. Dans pareille situation, s'il est demandé la divulgation d'une pièce qu'une partie ou qu'un tiers estime contenir des informations secrètes, le juge peut, soit prendre seul connaissance de la pièce, soit décider de limiter la communication ou la production de la pièce à certains éléments, soit décider que les débats auront lieu et la décision sera prononcée en chambre de conseil, soit adapter la motivation de sa décision et les modalités de publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Il est aussi interdit à toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couvert ou susceptible d'être couvert par un secret des affaires d'en faire divulgation. Il est tenu à une obligation de confidentialité¹⁰²⁶.

- 819.** Les Etats-Unis ont une longue histoire en matière de protection des secrets d'affaires. Au niveau fédéral, c'est le « *Interstate Transportation of Stolen Property Act (ITSP)*¹⁰²⁷ » qui organise la sanction des contrevenants qui fraudent dans un Etat et s'évadent dans un autre Etat de la fédération. Le « *Wire Fraud and Mail Fraud Statutes*¹⁰²⁸ » sanctionne les actions frauduleuses

¹⁰²⁵ « Art. L. 153-2.-Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient. « Dans le cas d'une personne morale, l'obligation prévue au premier alinéa du présent article s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction. « Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure. « Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1. « L'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles. », Code du commerce français.

¹⁰²⁶ « Art. L. 153-2.-Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient. « Dans le cas d'une personne morale, l'obligation prévue au premier alinéa du présent article s'applique à ses représentants légaux ou statutaires et aux personnes qui la représentent devant la juridiction. « Les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles, ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure. « Les personnes habilitées à assister ou à représenter les parties ne sont pas liées par cette obligation de confidentialité à l'égard de celles-ci, sauf dans le cas prévu au 1° de l'article L. 153-1. « L'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure. Toutefois, elle prend fin si une juridiction décide, par une décision non susceptible de recours, qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre-temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles. », Code du commerce français.

¹⁰²⁷ 18 U.S.C.A. § 2314-15 ; Le ITSP a été voté en 1930 dans l'esprit de prévenir les « fuites dans les autres Etats de la fédération où ils pouvaient être à l'abri des poursuites contre les crimes commis dans un autre Etat.

¹⁰²⁸ 18 U.S.C.A. §§ 1341 & 1343.

par courrier postal et par voie filaire.

Au niveau des Etats fédérés, dans le cadre des textes destinés à protéger les secrets d'affaires, on peut noter la section « 757 of the Restatement of Torts »¹⁰²⁹ et l'*Uniform Trade Secrets Act* (UTSA)¹⁰³⁰.

L'intention des promoteurs de l'UTSA était de codifier la pratique des textes du *Common Law* qui existent au niveau des Etats fédérés pour procurer des sanctions relevant de la responsabilité civile contre les contrevenants.

- 820.** La plupart de ces textes précités, qu'ils soient européens, français ou américains, dans une large mesure, traitent de la sanction dans le cadre de la responsabilité civile. La sanction uniquement civile n'est point suffisamment dissuasive. Les sanctions consacrées à la protection des secrets d'affaires doivent être assez dissuasives pour décourager les délinquants dans leur activité. Les infractions qui découlent de leur obtention, leur utilisation et leur divulgation illicites doivent être constitutives d'infractions pénales sans préjudice des dommages et intérêts qui sont déjà prévus par le droit de la responsabilité civile ou les lois spéciales portant protection des secrets d'affaires dans certains pays. Les USA sont dans cette logique avec l'*Economic Espionage Act* de 1996¹⁰³¹ qui organise la sanction pénalement contre certaines violations des secrets d'affaires aux USA.
- 821.** La recrudescence des activités de vols ou d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites des secrets d'affaires est une preuve que les sanctions uniquement civiles ne sont pas suffisantes et dissuasives. Il n'y a pas un seul jour sans que la presse ne fasse état de vols des secrets d'affaires des sociétés. Déjà au début 1996, appelé à témoigner devant des comités au sénat (*Senate Select Committee on Intelligence and the Senate Committee on the Judiciary, Subcommittee on Terrorism, Technology, and Government Information for the Economic Espionage Act (EEA)'s passage*), M. L. FREEH, Directeur du *Federal Bureau of Investigation (FBI)* disait que les pertes subies par l'économie américaine en terme de secrets d'affaires volés s'élevaient à cent milliards de dollars US. Les pertes dues aux pirates et aux pratiques illicites de tous genres de nos jours (22 ans plus tôt) sont conséquemment plus importantes.

¹⁰²⁹ Restatement of torts § 757, cmt. B (1939).

¹⁰³⁰ Unif. trade secrets act § 1(4) (West Supp. 1997).

¹⁰³¹ Sp. SIMON, *The Economic Espionage Act of 1996*, 13 Berkeley Tech. L.J. 305 (1998). <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/20>. (Consulte le 30 juillet 2018).

822. Les USA ont très tôt perçu cette inadéquation et cette ineffectivité des sanctions uniquement civiles qui se traduisent principalement par le paiement des dommages et intérêts à l’auteur des secrets d’affaires volés ou piratés.

Pour corriger cela, le Congrès américain a voté l’*Economic Espionage Act* en 1996 sous l’autorité du président Bill CLINTON. Il est consacré à la répression des contraventions aux secrets d’affaires. L’EEA est une loi qui doit inspirer les autres Etats de la planète soucieux d’apporter une réponse sérieuse à ce phénomène mondial de vol de secrets d’affaires. L’EEA, dans le contexte américain, était l’autre pilier manquant pour une protection effective des secrets d’affaires dans les rapports transfrontaliers et internationaux.

823. Le régime de la répression pénale des fraudes aux secrets d’affaires doit passer par un accord au plan international sur une définition de ce qu’est un secret commercial ou un secret d’affaires, la caractérisation de l’intention criminelle et la détermination des pénalités applicables aux infractions.

Mais il faut souligner qu’il sera particulièrement complexe d’aboutir sur le plan international à une loi pénale avec définition du quantum des peines à appliquer en cas de violation des secrets d’affaires dans tous les pays du monde. Il demeure néanmoins possible de reconnaître, sur le plan international, le caractère criminel de certaines infractions portées aux secrets commerciaux et laisser la définition du quantum des peines aux Etats.

824. L’importance d’un accord sur ce qu’il faut entendre par secrets d’affaires en arbitrage commercial est indispensable pour l’organisation d’un régime de protection effective. Elle permettra d’avoir une compréhension des éléments dans le commerce qui pourraient être considérés comme des secrets d’affaires.

Il pourrait être difficile, peut-être en considération des diverses cultures juridiques, d’avoir une définition quasi-identique au plan international en raison du fait que certains pays ne vont pas forcément considérer certains éléments comme secrets même s’ils sont reconnus secrets dans d’autres. La recherche d’une définition identique ne servirait pas forcément l’intérêt de la protection. Ce qu’il faut favoriser est la détermination au niveau international des éléments qui caractérisent un secret d’affaires.

Cette méthodologie est celle que la plupart des textes existant et traitant de la protection des secrets d’affaires utilisent. Selon l’article 9 de l’Accord sur les Aspects des Droits de Propriété

Intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹⁰³², les renseignements non divulgués, les secrets d'affaires sont des informations qui, dans leur globalité ou dans la configuration et assemblage ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles. Ces informations ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et leur auteur doit avoir entrepris des dispositions raisonnables pour les garder secrètes. La directive de l'UE portant sur les savoir-faire et les renseignements non divulgués en son article 2 stipule :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1) «secret d'affaires», des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;

b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;

c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »

Ces deux textes en plus du règlement OMPI représentent de nos jours, la conception mondiale des éléments de définitions des secrets commerciaux et ils instaurent dans la pratique une prédictibilité.

La détermination quasi-unanime sur le plan international des éléments caractéristiques d'un secret d'affaires est très importante pour les acteurs du commerce international qui se retrouvent dans une procédure arbitrale.

La prédictibilité¹⁰³³ est le fondement d'une excellente protection. Le droit français, il est très important de le préciser, dans sa transposition de la directive est allé plus loin en définissant à nouveau ce qui peut constituer le secret d'affaires. En son article L-15-1, *« objet de la*

¹⁰³² Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, annexe 1c.

¹⁰³³ Que ce soit dans le droit processuel ou sur le fond du droit, les usagers doivent être en mesure d'avoir une idée relative de la finalité de la procédure engagée. Dans le droit processuel cela paraît plus facile. Au fond, la jurisprudence permet aux usagers d'anticiper un temps soit peu sur certaines directions que le juge peut prendre. Ceci, parceque, entre autres, la jurisprudence est devenue constante sur le point de droit. L'utilisation du mot dans le présent contexte est justifiée par le fait qu'en droit international de l'arbitrage commercial, on ne sait pas quand le secret est protégé.

protection » al. 2, il prend en compte la valeur commerciale potentielle « 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ». Cette innovation rapproche le droit français de la protection des secrets d'affaires à celle du texte américain de l'UTSA¹⁰³⁴. Le droit français fait figure d'exemple au niveau des Etats avec une définition¹⁰³⁵ innovatrice en Europe.

825. L'autre élément important de ce régime de répression des atteintes portées aux secrets d'affaires est la détermination de l'intention coupable du contrevenant, le *Mens Rea*¹⁰³⁶.

Le contrevenant doit avoir eu l'intention de tirer profit ou de nuire à l'auteur du secret. Selon, Sp. SIMON, un commentateur de l'EEA américain de 1996, le contrevenant doit avoir eu l'intention de tirer profit économiquement pour lui ou pour un tiers autre que l'auteur des secrets d'affaires et avoir l'intention ou savoir que l'offense va porter préjudice à l'auteur des secrets d'affaires (*The perpetrator must intend to convert a trade secret to the economic benefit of "anyone other than the owner" and also intends or knows that the offense will injure the owner of the trade secret*¹⁰³⁷).

Le *Mens Rea* est un élément essentiel de la qualification d'une infraction en matière pénale. La plupart des textes issus des différents systèmes juridiques le reconnaissent et l'appliquent. Il ne

¹⁰³⁴ *The Uniform Trade Secrets Act ("UTSA") is model legislation drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. A hard copy with commissioners' comments on the various sections can be ordered from the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, op. Cit. p. 14.*

¹⁰³⁵ « Art. L. 151-1.-Est protégée au titre du secret des affaires, toute information répondant aux critères suivants :
« 1° elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
« 2° elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
« 3° elle fait l'objet, de la part de son détenteur légitime, de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret », Code de commerce français.

¹⁰³⁶ "Mens Rea refers to criminal intent. The literal translation from Latin is "guilty mind." The plural of *mens rea* is *mentes reae*. A *mens rea* refers to the state of mind statutorily required in order to convict a particular defendant of a particular crime. See, e.g. *Staples v. United States*, 511 US 600 (1994). Establishing the *mens rea* of an offender is usually necessary to prove guilt in a criminal trial. The prosecution typically must prove beyond reasonable doubt that the defendant committed the offense with a culpable state of mind. Justice Holmes famously illustrated the concept of intent when he said "even a dog knows the difference between being stumbled over and being kicked." The *mens rea* requirement is premised upon the idea that one must possess a guilty state of mind and be aware of his or her misconduct; however, a defendant need not know that their conduct is illegal to be guilty of a crime. Rather, the defendant must be conscious of the "facts that make his conduct fit the definition of the offense." https://www.law.cornell.edu/wex/mens_rea. (Consulté le 20 Avril 2017).

¹⁰³⁷ S.Simon, *The Economic Espionage Act of 1996*, 13 Berkeley Tech. L.J. 305 (1998) <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/20>. Consulté le 30 juillet 2018.

sera pas difficile pour les juridictions étatiques compétentes des Etats de déterminer cette intention coupable auprès des contrevenants.

826. Le dernier élément à incorporer dans ce régime est la détermination du quantum des peines applicables aux différentes infractions relatives aux secrets d'affaires. Cet aspect doit être entièrement laissé aux Etats. La détermination du quantum des peines est un élément de souveraineté des Etats. L'EEA, par exemple, a deux articles qui répriment le vol des secrets d'affaires. Sa section 1831 qui pénalise les actes accomplis avec intention de faire bénéficier un gouvernement étranger ou ses agents. La section 1832 « *Theft of Trade Secrets* » incrimine les violations des secrets d'affaires au sein de la fédération. Les violations de la section 1831 sont passibles de quinze ans de prison maximum et de cinq millions de dollars d'amende par violation établie. Pour une société, l'amende est de dix millions par violation établie.
827. La présence de l'EEA dans l'ordre juridique américain s'explique par le fait que le régime de sanction relevant de la responsabilité civile mis à la disposition des instances judiciaires pour réprimer la fraude aux secrets d'affaires a montré ses limites. Ceci a rendu indispensable le recours à l'EEA pour renforcer la répression des fraudes. Les autres Etats doivent s'inspirer de l'exemple des Etats-Unis en introduisant dans leur ordre juridique des lois de répression des actes de nature pénale contre les secrets d'affaires qu'ils soient commis en dehors ou durant une procédure arbitrale nationale ou internationale.

B. L'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, un texte effectif pour la protection des secrets d'affaires

828. L'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) est un texte de l'organisation Mondiale du Commerce (OMC)¹⁰³⁸.

Il vise selon son préambule à : « ...réduire les distorsions et les entraves en ce qui concerne le commerce international, en tenant compte de la nécessité de promouvoir une protection efficace et suffisante des droits de propriété intellectuelle et de faire en sorte que les mesures et les procédures visant à faire respecter les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-

¹⁰³⁸ « La plupart des accords de l'OMC résultent des négociations du Cycle d'Uruguay (1986-1994) qui ont abouti à leur signature à la réunion ministérielle de Marrakech en avril 1994. Les accords et décisions sont au nombre de 60 environ. L'« Acte final », signé en 1994 à Marrakech, ressemble à une note de couverture. Tous les autres textes lui sont annexés. En premier lieu, figure l'accord instituant l'OMC (ou Accord sur l'OMC), qui constitue un accord global, auquel sont annexés les accords sur le commerce des marchandises, le commerce des services, la propriété intellectuelle, le règlement des différends et le mécanisme d'examen des politiques commerciales ainsi que les accords plurilatéraux », https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#schedules. (Consulté le 24-07-18).

*mêmes des obstacles au commerce légitime »*¹⁰³⁹.

L'ADPIC liste les secrets d'affaires comme une propriété intellectuelle et leur accorde une protection conséquente. Cette protection est subdivisée en deux parties : les procédures civiles et administratives (1) et les procédures pénales (2).

1. Procédures et mesures correctives civiles

- 829.** L'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce a été négocié sous le *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) et signé en 1994 à Marrakech ensemble avec l'Accord de l'OMC. L'ADPIC contient en sa partie III, l'essentielle des mesures de protection des PI, y compris les secrets d'affaires. La section 1/ partie III dispose en terme général que « *Les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure. Ces procédures seront appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif* »¹⁰⁴⁰.

A travers cette section, les promoteurs de l'ADPIC exhortent les Etats membres à prendre des mesures législatives pour faire respecter les droits de la propriété intellectuelle reconnus. Ceci à travers une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de la propriété intellectuelle couverts par le présent accord.

Ils recommandent aussi la prise par les membres des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte comme moyens de dissuasion.

On peut soutenir sans se tromper, que le cadre légal créé par la section 1/partie III de l'ADPIC, définit les grandes lignes d'une politique internationale effective de protection des propriétés intellectuelles, des secrets d'affaires y compris. Ces orientations contenues dans cette section I/partie III donnent aux Etats membres qui le désirent, les pistes pour l'élaboration d'une législation nationale de protection effective des secrets d'affaires.

¹⁰³⁹ Préambule ADPIC, https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_02_f.htm, consulté le 24-07-18.

¹⁰⁴⁰ ACCORD SUR LES ADPIC Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm. (Consulté le 26-07-2018).

830. Selon la section I/partie III « *Procédures et mesures correctives civiles et administratives* », les Etats donneront aux détenteurs des droits d'accès aux procédures judiciaires civiles destinées à faire respecter les droits de la propriété intellectuelle couverts par le présent accord. Elle organise une procédure civile et l'administration de la preuve portant sur la propriété intellectuelle. Elle impose que les défendeurs soient informés en temps opportun par un avis écrit suffisamment précis indiquant entre autres choses, le fondement des allégations. Elle reconnaît le droit à l'assistance d'un conseil. Elle ajoute que « *La procédure comportera un moyen d'identifier et de protéger les renseignements confidentiels, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes* »¹⁰⁴¹.

831. L'ADPIC habilite aussi les autorités judiciaires des Etats membres à prendre des injonctions. Elles peuvent dans ce cadre : « *... ordonner à une partie de cesser de porter atteinte à un droit, entre autres choses, afin d'empêcher l'introduction dans les circuits commerciaux relevant de leur compétence de marchandises importées qui impliquent une atteinte au droit de propriété intellectuelle, immédiatement après le dédouanement de ces marchandises* »¹⁰⁴².

832. L'accord a créé un cadre légal et propice de protection en disposant que : « *Afin de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, détruites* »¹⁰⁴³.

Cet outil très pratique permet aux autorités judiciaires d'un Etat membre d'empêcher un contrevenant de tirer profit de sa fraude en lui interdisant l'accès aux marchés des Etats membres. Cette procédure est très dissuasive en ce sens qu'elle adresse directement la motivation de la fraude à la propriété intellectuelle qui est la recherche du gain. Par conséquent, si le contrevenant n'arrive pas à écouler sa marchandise sur le marché international en raison du fait que celle-ci contient des renseignements confidentiels dont il n'est pas l'auteur, il trouvera son projet non

¹⁰⁴¹ Accord sur les ADPIC Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm. (Consulté le 26-07-2018).

¹⁰⁴² Article 44, accord sur les ADPIC Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm. (Consulté le 26-07-2018).

¹⁰⁴³ Article 46, accord sur les adpic Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm. (Consulté le 26-07-2018).

profitable.

833. Les promoteurs de l'ADPIC autorisent aussi, lorsque les dispositions constitutionnelles le permettent, la saisie des outils de fabrication des marchandises incriminées afin de renforcer les mesures de dissuasion « ... *Elles seront aussi habilitées à ordonner que des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles atteintes, ...* »¹⁰⁴⁴.

834. L'ADPIC, reconnaît aux autorités judiciaires le pouvoir de condamner les contrevenants à des dommages-intérêts : « *Les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant de verser au détenteur du droit des dommages-intérêts adéquats en réparation du dommage que celui-ci a subi du fait de l'atteinte portée à son droit de propriété intellectuelle par le contrevenant, qui s'est livré à une activité portant une telle atteinte en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir* »¹⁰⁴⁵.

Ces dommages et intérêts viennent en réparation du préjudice subi par l'auteur du droit de la propriété intellectuelle. Cette réparation doit être adéquate afin que la victime soit justement indemnisée mais pas excessivement. Cette réparation ne sera pas punitive.

Dans les cas appropriés, l'auteur du droit de la propriété intellectuelle peut recouvrer les bénéfices ou obtenir le paiement de dommages-intérêts même si le contrevenant n'ignore pas qu'il se livrait à une activité illicite vis-à-vis de l'auteur du droit de la propriété intellectuelle : « *Dans les cas appropriés, les Membres pourront autoriser les autorités judiciaires à ordonner le recouvrement des bénéfices et/ou le paiement des dommages-intérêts préétablis même si le contrevenant s'est livré à une activité portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir* »¹⁰⁴⁶.

835. Le contrevenant est aussi tenu de rembourser à l'auteur du droit de la propriété intellectuelle, les frais associés à son action en justice « *Les autorités judiciaires seront également habilitées à ordonner au contrevenant de payer au détenteur du droit les frais, qui pourront comprendre les*

¹⁰⁴⁴ *Idem.*

¹⁰⁴⁵ Article 45 al.1, accord sur les ADPIC Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm. (Consulté le 26-07-2018).

¹⁰⁴⁶ Article 45 al.2, accord sur les ADPIC Partie III — Moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/t_agm4_f.htm, (Consulté le 26-07-2018).

honoraires d'avocat appropriés. »¹⁰⁴⁷ Ceci s'entend des frais de débours, frais de procédure, honoraires de conseil, frais d'expertise et autres.

2. Procédures pénales

- 836.** L'accord portant sur l'ADPIC, recommande aux Etats membres de prévoir des procédures pénales/correctionnelles et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit de l'auteur commis à une échelle commerciale. Il prévoit des peines d'emprisonnement. Les sanctions comprendront l'emprisonnement et/ou des amendes. L'ADPIC recommande que les peines soient en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante.
- 837.** Bien que cette proposition de sanctions et peines ne cite pas directement les secrets d'affaires, elle est une indication que les Etats peuvent utiliser des sanctions pénales ou correctionnelles dans la protection des droits de la propriété intellectuelle. Les secrets d'affaires sont considérés par l'ADPIC comme étant des propriétés intellectuelles.
- 838.** L'ADPIC prévoit, en son article 61, la possibilité pour les membres de prévoir des procédures pénales et des peines applicables. Certes, l'article 61 de l'ADPIC ne liste pas le quantum des peines, mais il atteste de la possibilité de sanctionner pénalement les infractions aux droits de la propriété intellectuelle.
- Cet aspect pénal/correctionnel manque cruellement à la directive de l'UE portant protection des savoir-faire¹⁰⁴⁸ et des renseignements non divulgués qui a clairement disposé que les sanctions applicables relèvent de la responsabilité civile. C'est aussi le cas de l'UTSA aux USA dans son organisation de la protection des secrets d'affaires au niveau des Etats. Ce texte s'est révélé particulièrement non dissuasif. Ceci a conduit le gouvernement fédéral à prendre l'*Espionage economic Act* en 1996 qui est d'ordre pénal.
- 839.** Il faut, pour une protection effective des secrets d'affaires en arbitrage commercial international, un texte qui permet non seulement la réparation des dommages créés à l'auteur du secret d'affaires mais aussi la sanction pénale du contrevenant.

¹⁰⁴⁷Idem.

¹⁰⁴⁸ Selon J.-M. MOUSSERON, « le savoir-faire est : Connaissance technique transmissible mais non immédiatement accessible au public et non brevetée », Aspect juridique Know-how, in *Le Know-how cahiers de droit de l'entreprise*, 1/1974, p.2.

L'accord sur l'ADPIC est un excellent exemple de ce qu'on peut obtenir sur le plan international à travers une collaboration entre Etats. Une autre voie à explorer est celle qui conduira à des législations nationales qui, non seulement respecteront et incorporeront les recommandations de l'Accord ADPIC mais seront fortement inspirées par celui-ci.

Les secrets d'affaires sont de nos jours au cœur du succès de toutes les grandes entreprises du monde. Il est important que la procédure arbitrale internationale prenne cette réalité en considération lorsqu'elle formule ses règlements et rend ses sentences.

CONCLUSION

- 840.** A l'analyse des risques permanents auxquels font face les secrets d'affaires, durant l'étape de l'administration de la preuve, on constate qu'il est impérieux de leur consacrer un régime spécifique d'administration de preuve et de sanctions. Ces régimes doivent être adaptés à la nature particulière du secret des affaires, ils doivent être détaillés et prendre en compte leurs spécificités.
- 841.** Le régime spécifique de protection du secret des affaires que nous appelons de tous nos vœux ne peut être possible sans une volonté réelle des Etats souverains. Seuls ces Etats souverains, par leur engagement à travers leur politique judiciaire, peuvent localement et sur le plan international, consacrer ce régime effectivement protecteur des secrets d'affaires.

CONCLUSION DU TITRE II

- 842.** L'étude des faiblesses de la protection des secrets d'affaires nous apprend que pour une protection effective de ces informations intangibles, il faut organiser un environnement propice de protection. Cet environnement doit reposer sur un fondement légal solide et impliquer les acteurs et non-acteurs engagés dans une procédure arbitrale donnée.
- 843.** Du point de vue légal, il est important d'utiliser toutes les régulations pertinentes, qu'elles soient législatives ou contractuelles. En effet, il est possible à une partie de placer durant la signature de son contrat, la protection de ses secrets d'affaires sous le parapluie d'une loi existante dédiée à la protection des secrets d'affaires. Ce faisant, lorsqu'il y aura un litige entre les parties, c'est sous l'autorité de cette loi que la question des secrets d'affaires sera traitée. L'autre aspect important de la protection est l'implication de toutes les personnes jouant un rôle quelconque durant la procédure arbitrale et ayant accès aux informations. Ces personnes doivent être couvertes par l'obligation de ne pas divulguer.
- 844.** Les parties peuvent aussi faire l'option du contrat pour organiser la protection de leurs secrets d'affaires. La voie contractuelle a le mérite de la flexibilité. Elle permet aux parties d'organiser la protection de leurs informations en adaptant la protection à la spécificité et à la particularité de leur information. Les secrets d'affaires dans le domaine industriel, par exemple, n'exigent pas les mêmes critères de protection que ceux dans le domaine de la R&D. Ceci donne un sens à l'exigence de flexibilité dans l'organisation de la protection des secrets d'affaires.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

- 845.** L'analyse de la protection des informations confidentielles en général et celle des secrets d'affaires en particulier par le canal du principe de confidentialité en arbitrage commercial international s'est révélée peu effective et expose ces informations à des risques de divulgation. Les conséquences de ces divulgations sont importantes pour les auteurs de ces informations en ce sens qu'ils perdent des informations qu'ils auraient souhaité garder confidentielles et subissent des dommages au sein de leurs entreprises.
- 846.** La cause essentielle des divulgations non autorisées est l'organisation peu effective de la protection des secrets d'affaires en arbitrage commercial. Cette organisation expose des failles, soit au niveau des règles applicables, soit imputables aux exceptions, soit aux personnes impliquées dans la procédure arbitrale.
- Toutefois, le plus grand problème est illustré par l'absence de portée de l'arbitrage clairement définie et l'absence d'un accord sur la source de la confidentialité. Tout ceci a abouti à un système qui protège des éléments qui n'ont pas une réelle importance économique pour les parties.
- 847.** Pour remédier au peu d'effectivité de la protection dans la pratique de l'arbitrage commercial, il y a lieu d'agir sur ces éléments afin de concentrer la protection sur des informations commercialement sensibles dont la divulgation cause effectivement une perte économique à leur auteur. Il y a donc lieu de séparer l'utile du futile pour une protection effective concentrée sur les secrets d'affaires.

CONCLUSION GENERALE

848. Les propriétés intellectuelles jouent un rôle moteur dans la croissance du commerce mondial. Selon la Banque Mondiale : « *depuis 1980, le plus grand gain économique a été réalisé par des nations en développement qui ont, de manière agressive, ouvert leurs économies aux technologies et méthodes d'affaires et protégé la propriété intellectuelle de leurs développeurs* »¹⁰⁴⁹.

Elles permettent aux acteurs du secteur d'internationaliser leurs activités.

De nos jours, dans la réalité économique mondiale, avec la nature et la complexité des relations d'affaires, les secrets commerciaux sont au centre même de l'existence et du développement des sociétés commerciales¹⁰⁵⁰. Les secrets commerciaux jouent un rôle stratégique voire décisif dans la conception et la création des sociétés et permettent aux sociétés, une fois créées, de réaliser et de maintenir un avantage économique voire stratégique vis-à-vis de la compétition¹⁰⁵¹.

849. Les secrets d'affaires, sont au centre des grandes fortunes du monde. Le cas de la marque Coca-Cola avec sa fameuse recette secrète qui depuis des décennies, demeure la justification de l'essor économique de cette entité, en est une preuve matérielle.

La compagnie KFC (Kentucky Fry Chicken), spécialisée dans la friture des morceaux de poulets et son fameux « *Original Recipe* », dispose d'une recette secrète de "*11 herbs and spices*"¹⁰⁵² qui se trouve dans un coffre-fort d'une banque.

850. La croissance du marché du commerce international sous l'impulsion de la propriété intellectuelle, ne se fait pas sans difficulté. Ces informations intangibles que sont les propriétés intellectuelles sont au centre de plusieurs contentieux arbitraux au cours desquels l'autre enjeu est l'effectivité de la protection des informations confidentielles.

Cette question prend toute son importance dans le cadre du traitement qui est réservé à la confidentialité qui porte sur les secrets d'affaires particulièrement. L'Aspect du Droit de la Propriété Intellectuelle lié au Commerce (ADPIC) les classe parmi les propriétés intellectuelles à travers sa section 7 intitulée "*renseignements non-divulgués*". Cette position est également

1049 R. J. SHAPIRO and K. A. HASSETT, "*The Economic Value of Intellectual Property*," at 5 (2005) (citing World Bank, World Development Indicators, and Washington, DC : World Bank, 2005). *Op. Cit.*, p.10.

1050 L. WYSS, "*How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration*", *Int. A. L. R. Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration*, 2009, p. 158 et s.

¹⁰⁵¹ *Idem*.

¹⁰⁵² <http://colonelsanders.com/>, (Consulté le 25 juin 2014).

celle de l'OMPI. Les secrets d'affaires qualifiés de *propriétés intellectuelles parasites* par M. G. Bone ne bénéficient pas d'un traitement particulier en arbitrage commercial bien qu'une simple divulgation puisse détruire leur valeur.

- 851.** L'organisation de la protection des informations telle que pratiquée en arbitrage commercial est peu effective. Elle doit être réorganisée de sorte qu'elle offre une prédictibilité aux usagers.

D'abord, concernant la source de la protection, le caractère inhérent du principe de la confidentialité adopté dans l'*arrêt Ali Shipping* doit être abandonnée car elle est source de plusieurs incertitudes. La source doit non seulement être formelle mais aussi être une manifestation explicite de la volonté des parties au contrat d'avoir leur arbitrage placé sous le convert du principe de la confidentialité.

Ensuite, la portée de la confidentialité doit être de nature à permettre la prédictibilité. Les usagers doivent pouvoir clairement identifier les informations qui, durant une procédure arbitrale internationale sont couvertes par la confidentialité. Cela se fera, soit par l'incorporation aux règlements internationaux de dispositions à cet effet soit à travers un accord entre les parties à l'entame d'une procédure arbitrale.

- 852.** La communauté de l'arbitrage commercial doit, par conséquent, tout mettre en œuvre pour la protection des secrets d'affaires surtout lorsqu'on sait l'importance que revêtent ces dernières. Cette amélioration de la protection des informations confidentielles en arbitrage commercial doit passer par la consécration d'une définition des secrets d'affaires qui permettra d'identifier la matière. Elle doit aussi passer par la réorganisation globale de la protection.

Il est important que les usagers de l'arbitrage commercial s'entendent sur ce qui caractérise un secret d'affaires ou une information commercialement sensible. Cette étape de la caractérisation ou de la consécration du secret d'affaires est très importante et doit impliquer les Etats qui doivent utiliser leur pouvoir souverain pour adopter une définition conventionnelle contraignante. Cette définition légale adoptée permettra une meilleure organisation de la protection de la matière du secret en arbitrage commercial.

- 853.** L'autre pilier de la réorganisation d'une protection effective des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale internationale est la phase de l'administration de la preuve. Cette étape est très délicate et source de risques majeurs pour les secrets d'affaires. Le système de droit commun d'administration de la preuve tel qu'il existe de nos jours est très lacunaire et non adapté à la particularité des secrets d'affaires. Il y a un besoin urgent d'un régime dérogatoire

d'administration de la preuve. Ce régime doit être très détaillé et prendre en compte la spécificité de cette matière.

- 854.** La quasi-absence de sanction pénale ou correctionnelle de la divulgation illicite des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale internationale est une des explications de la recrudescence de divulgation hors droit des informations commercialement sensibles. Il est par conséquent très important que des dispositions soient prises pour organiser la sanction pénale de divulgations illicites faites avec l'intention de tirer profit ou de nuire.

Les Etats-Unis ont vite saisi l'importance de la sanction pénale des infractions aux secrets d'affaires. L'*Economic Espionage Act de 1996*, vient compléter les anciens textes américains qui prévoyaient des sanctions relevant de la responsabilité civile.

- 855.** Au-delà des propositions qui pourront être faites pour une protection effective des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale du droit commercial international, le rôle des Etats ne saurait être surévalué. Il demeure d'une importance cruciale car ce sont eux, *in fine*, à qui revient la protection des citoyens, de leurs activités et de leurs biens, spécialement de leurs secrets d'affaires. I. M. SEMEUREANU ne disait-elle pas dans son ouvrage « *Confidentiality in International Commercial Arbitration* », que ce sont les décisions des Etats au niveau interne qui plus tard se retrouvent au plan international. Sur cette base, il est plus qu'impératif d'impliquer les Etats dans l'élaboration d'une politique judiciaire effective qui sera consacrée à la protection des secrets d'affaires. Ils pourront entre autres utiliser le juge pour accomplir cet objectif.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

BLACK LAW dictionary (West Group, 7th ed. 1999) at 1195.

CORNU G., Vocabulaire Juridique, Association Capitant, 2005.

HOBBS T., *Leviathan* pt. I, ch. 14 (Michael Oakeshott ed., Basil Blackwell 1960) (1651).

JACQUET J-M. et DELEBECQUE P., *Droit du commerce international*, 3e édition, 2014.

LOCKE J., *the second treatise of government*, § 27 (J.W. Gough ed., Basil Blackwell 1956) (1690).

LOEBL E., humanomics: *How we can make the economy serve us—not destroy us* 29–34 (1976).

RIALS S., *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988.

SANDRETTO R., *Le commerce mondial, un panorama*, in *L’économie mondiale*, La Documentation Française, cahiers français n 1995.

OUVRAGES SPECIALISES

BERGER K. P., *Private dispute resolution in international business, negotiation, mediation, arbitration*, vol. II (Luwert Law International, 2006).

BERNSTEIN R. ET AL., *Handbook of arbitration practice* 5 (3D ED. 1998).

BERNSTEIN R., *Handbook of arbitration practice* (Sweet & Maxwell, 1987).

BLACKABY N., PARTASIDES C., REDFERN A., HUNTER M., *Redfern and hunter on International Arbitration*, 5e éd., Oxford University Press, 2009 .

BOISSESON M. de, *Le droit français de l'arbitrage*, Gide Loyrette Nouel, 1990.

BONE R. G., *A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification*, 86 CAL. L. REV. 241, 245 (1998).

BONE R. G., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2009 ; J.M.D LEW, L.A. 2009.

BONE R. G., *International commercial arbitration*, VOL. I (Wolters Kluwer Law & Business, 3 edition, 2014).

BONE R. G., *The Law and Theory of Trade Secrecy, A handbook of contemporary research*, Edited by C. ROCHELLE D.-K. J. STRANDBURG.

BUHRING-UHLE Ch., *Arbitration and mediation in international business (Kluwer Law in International*, 1996), at 136.

CADIET L., CLAY Th., *Les modes alternatifs de règlements des conflits*, Dalloz, 3^e édition, 2019.

CHAVANNE A. et BURST J-J., *Droit de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 1998.

DAVID R. R. *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982.

DERAINS Y. / SCHWARTZ E.A., *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd ed., 2005, p. 281 ff.

DROSS W., *Clausier : Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec professionnel, Lexis Nexis, 2e éd., 2011, p. 161.

FOUCHARD Ph. GAILLARD E. et GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage international*, Litec, 1996.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *On international commercial arbitration* 609-13 (E. GAILLARD & J. SAVAGE eds, 1999).

FRIEDLAND P. D., *Arbitration for international contracts* (Juris Publishing, 200).

GAILLARD E. SAVAGE /J., FOUCHARD Ph., GOLDMAN B., *on International Commercial Arbitration*, 1999, no. 1272 ff.

GRAZIANO Th. K., *Comparative Contract Law, Second Edition: Cases, Materials and Exercises*, 2 edition (January 25, 2019).

JARROSSON Ch., , *la notion d'arbitrage*, LGDJ, 1987.

LEW J. D.M., L. MISTELIS A. & KROLL S., *Comparative international commercial arbitration*, (Kluwer Law International 2003).

LOH Q. Size On SC & Edwin Lee Peng Khoon, *Confidentiality in arbitration: how fr does it extend?* (Singapore Academy Publishing. 2007).

MAILATH G. J. & SAMUELSON L., *Repeated Games and Reputations: Long-Run Relationships* (2006).

MAILATH G. J. & SAMUELSON L., *Repeated Games and Reputations: Long-Run Relationships* (2006).

MERKIN R., *Arbitration Law*, 2004, p. 578 ff.

MEYER P., *Droit de l'arbitrage*, OHADA, 2002.

MOSES M. L., *The principle and practice of international commercial arbitration* (Cambridge University Press, 2008).

NEILL QC P. , Confidentiality in Arbitration, *Arbitration International*, Volume 12, Issue 3, [1984] 2 Lloyd' Rep. 373.

OPPETIT B., *Théorie de l'arbitrage*, PUF, 1998, p.87.

PERRITT H., 2006. Trade Secrets, A Practitioner's Guide. Practising Law Institute. New York: NY. P.1-1, 3-7.

POUDRER J. & BESSON S., *Comparative law of international arbitration* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2006).

POUDRET J.-F., BESSON S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2^e édition 2007.

REDFEN A., HUNTER M., BLACKABY N. & PARTASIDES C., *Law and practice of international commercial arbitration*, at 28 (Sweet & Maxwell, 4th ed., 2004).

REDFERN A. et HUNTER M., *Droit et pratique de l'arbitrage commercial international*. 2^e édition, 1994.

ROBERT J. avec la collaboration de MOREAU B., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé* 6^e éd, Dalloz 1993.

SERAGLINI C. et ORTSSCHEIDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, lextensoéditions, 2013.

SMEUREANU I. M., *Confidentiality in international commercial arbitration*, (2011).

SUTTON D. ST. J. ET RUSSELL AL. *on arbitration*, 162 (23st ed. 2007).

VARADY T., BARCELLO J. J. III & A. T. VON MEHREN, *International commercial arbitration. a transnational perspective*, 93 (Thompson West, 2nd ed., 2003).

VIDAL D., *Droit français de l'arbitrage interne et international*, lextenso éditions, 2012.

THESES

CLAY Th., *L'arbitre*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèse, 2001, n° 773, p.597.

ARTICLES, COMMUNICATIONS, MELANGES, NOTES ET CHRONIQUES DE JURISPRUDENCES

ABBOTT F. M., Protecting First World Assets in the Third World : Intellectual Property Negotiations in the GATT Multilateral Framework, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 22, 4/89, p. 739.

AKSEN G., “Ad Hoc versus International Arbitration”, 2 ICC IC. Arb. Bull.8-14 (1991).

BEGUIN V., ORTSCHIEDT J., J. et SERAGLINI CH., « Un second souffle pour l'arbitrage-Arbitrage international-A propos du décret du 13 janvier 2011 », JCP G 2011, 467, no 467.

BENSAUDE V. D., « Présentation des règles IBA 2010 sur l'administration de la preuve », Rev. Arb. 2011, p. 23.

BERTON J. F. , Le concept juridique du secret des affaires, <https://www.berton-associes.fr/blog/droit-des-affaires/secret-des-affaires-protection-juridique/>.

BLACKABY N. / PARTASIDES C., Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., 2009, no. 6-82 ff.

BÖCKSTIEGEK.-H. L., “Optionen und Kriterien der Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren”, in Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, 2001, p. 1 ff.

BOISSESON M. de, GLN-Joly éd, pref. P. BELLET, « Le droit français de l'arbitrage interne et international », 1990.

BONE R. G., “A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in search of Justification”, 86 CAL. L REV. 241, 245 (1998).

BORTOLOTTI F. / HAMILTON C. A., Discovery and Civil Law Systems, *International Arbitration Report*, Vol. 21, No. 10, 2006, p. 23 ff.

BOYD S., Expert Report (in *Esso/BHP v. Plowman*), Arb. Int. (1995).

BRINER R. et al. (eds.), « Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century », L. AMICORUM in honor of K-H. BÖCKSTIEGEL, 2001, p. 641 ff.

BROWN A. C. “Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International commercial Arbitration” American University International Law Review, 16, no 4 (2001), 969-1025.

BUCHER A. et P.-Y. TSCHANZ, « International Arbitration in Switzerland », Bâle/Francfort-sur-le-Main 1988.

BURGUBURU J.-M., contenu et limites du secret professionnel, Rapport au Congrès UIA de Dresde (Novembre 2012), avec le concours de G. GOUBIN, Avocat au Barreau de Paris (Debevoise & Plimpton LLP). P.1.

CARTER S. L., “Does It Matter Whether Intellectual Property Is Property?”, 68 CHI.-KENT L. REV. 715, 716 (1993).

CAVALIROS Ph., « la confidentialité de l’arbitrage » cah.arb. vol. III, Gaz. Pal. éd. 2006.

CAVAZOS-CEPEDA R. H., R. et al., “Policy Complements to the Strengthening of IPRs in Developing Countries,” OECD Trade Policy Working Papers, No. 104, OECD Publishing (2010).

CHIAPPETTA V., “Myth, Chameleon or Intellectual Property Olympian? A Normative Framework Supporting Trade Secret Law”, 8 GEO. MASON L. REV. 69, 69 (1999).

CLAY Th., « Liberté, égalité, efficacité : la devise du nouveau droit français de l’arbitrage, commentaire article par article » JDI 2012, p.443, spéc. P. 493.

CLAY Th., V^o Imperium, in L. CARDIET (dir.) Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

COHEN W. M. et al., “Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and Why U.S. Manufacturing Firms Patent (or Not),” NBER Working Paper No. 7552 (2000).

CRAIG W. L. / PARK W. W. /J. PAULSSON, “International Chamber of Commerce Arbitration”, 3rd ed., 2000, p. 449 ff.

CREMADES B. M., « Powers of the Arbitrators to Decide on the Admissibility of Evidence and to Organize the Production of Evidence », ICC Bulletin, Vol. 10, No. 1, 1999, p. 49 ff.

DAC Report on Arbitration Bill_1996, a substantial report on the Arbitration Bill, Para 9 DAC Feb 1996.

DELVOLVE J.-L., « Vraies ou fausses confidences, ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage », Rev. Arb. 1996.

DERAINS Y., « Les nouveaux principes de procédure : Confidentialité, Célérité et Loyauté » in Le nouveau droit de l'arbitrage, Lextenso éditions 2011, p. 91, spéc. No 24 et s., p. 100 .

DESSEMONTET F., "Arbitration and Confidentiality", 7 AM, REV. INT'L. ARB.299,307 (1996).

DESSEMONTET F., « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », p. 23, <https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files>.

DESSEMONTET F., «La protection du savoir-faire industriel », thèse Lausanne 1974, pp. 162 ss.

EASTERBROOK H., Intellectual Property Is Still Property, 13 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 108, 112 (1990).

FAGES B., « la confidentialité de l'arbitrage face à l'épreuve de la transpaence financière », Rev. Arb. 2003. P.5.

FLORENCE J. and GERKE M., "National Security Issues in Civil Litigation: A Blueprint for Reform", November 17, 2008.

FORRESTER Consulting, "The Value of Corporate Secrets" at 4-5, *available* <http://www.nsi.org>. Consulté le 15 janvier 2016.

FORTIER L. Y., "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality" (1999) 15 Arbitration International 13 an arbitrator or by the administrator.

FOURMENT A., Confidentialité de l'arbitrage: entre transparence et secret, N ° 30, mars 2019.

FRANC-MENGET L., « Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international » (janvier 2011).

FRASER D., "Confidentiality in Arbitration", Address in Paris (Oct. 13, 1998).

FRIEDLAND P. D., « A Standard Procedure for Presenting Evidence in International Arbitration, Mealey's International Arbitration Review », 1996, p. 133 ff.

FRONTIER L. Y., "The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality", 15, ARB. INT'L 131 (1998).

FURRER A., "The Duty of Confidentiality in International Arbitration", In Mélanges en honneur de Pierre Tercier (Genève: Schulthess, 2008).

GAILLARD E. et LAPASSE P. de, « Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage » (2011) 2 Cahiers de l'Arbitrage 263 au para 2 [Gaillard et de Lapasse].

GAILLARD E., « Le principes fondamentaux du nouvel arbitrage, le nouveau droit français de l'arbitrage », @lextenso éditions, 2011, p.74.

GAILLARD E., « Le principe de la confidentialité de l'arbitrage commercial international », Recueil Dalloz 1987.

GILL QC J., TAWIL G.-S. et KREINDLER R., « The 2010 Revision to the IBA Rules on taking of Evidence in International Arbitration », cah. Arb.2011, p.23.

GIOVANNINI T. / MOURRE A. (eds.), « Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies », Dossier VI of the ICC Institute of World Business Law, 2009.

GREY C., "The Malthusian Constitution", 41 U. MIAMI L. REV. 21, 30 (1986).

GUEZ Ph. dans MBDE / Arbitrage et ADR, « Adieu à la confidentialité de la procédure arbitrale? », <https://blogs.parisnanterre.fr/content/adieu-%C3%A0-la-confidentialit%C3%A9-de-la-proc%C3%A9dure-arbitrale-par-lorene-delsaut-0>.

HARABI N., "Appropriability of Technical Innovations: An Empirical Analysis," *Research Policy*, Vol. 24, No. 6, (1995) pp. 981-992.

HOHFELD W. N., Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial reasoning, 26 Yale L. J 710 (1917).

HUGLO J.-G. – « Cahiers du Conseil constitutionnel n° 11 » (Dossier : Le principe de sécurité juridique) - décembre 2001.

HUNTER M., « Modern Trends in the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration, in *The American Review: Essays in honor of Hans Smit* », Vol. 3, 1992, p. 204 ff.

IVAN P. L., “Law and Innovation: Evidence from State Trade Secrets Laws” (June 15, 2012), *available at SSRN*: <http://ssrn.com>.

JARROSSON Ch. et PELLERIN J., “ Le droit français de l’arbitrage après le décret du 13 janvier 2011” *Rev. Arb.* 2011, p5, spéc. n° 86, p.60.

JARVIN S. et REID G. *AI Trade Finance Inc Stockholm Arb. Report* 2002/2, p.144 ; *Rev. Arb.* 2001, p.821, note S.

JARVIN S., *Die Praxis der Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren – Ein einführender Beitrag zum Thema Disclosure of Documents*, in Karl-Heinz Böckstiegel (ed.), *Beweiserhebung in internationalen Schiedsverfahren*, 2001, p. 87 ff.

JAVORCIK B. S., “The composition of foreign direct investment and protection of intellectual property rights: Evidence from transition economies”, *The World Bank*, Accepted 13 June 2002.

JUAYE Th. de M., *Intelligence économique et secret des affaires : le point de vue des juristes* : *Cah. dr. entrep.* 2008, n° 5, dossier 44.

KAUFMANN-KOHLER G. /Ph. BÄRTSCH, “Discovery in International Arbitration: How Much Is Too Much?”, *Schieds VZ*, 2004, p. 13 ff.

KING B. D. / BOSMAN L., « Rethinking Discovery in International Arbitration: Beyond the Common Law/Civil Law Divide », *ICC Bulletin*, Vol. 12, No. 1, 2001, p. 24 ff.

KITCH E. W., *The Law and Economics of Rights in Valuable Information*, 9 *J. LEGAL STUD.* 683, 698 (1980).

LE STANC Ch., « Le secret de l’Espadon : Propr. Industr. », mars 2011.

LE STANC Ch., « Une protection pénale du secret des affaires ? » : *Prop. industr.*, oct. 2009, repère 9.

LECUYER H., « exercices abusif des voies de recours contre les sentences arbitrales : de quelques manifestations de l'ire du juge judiciaire » Rev. Arb. 2006, p.573 et les décisions citées.

LEE J-Y. and MANSFIELD E., "Intellectual Property Protection and U.S. Foreign Direct Investment," *Review of Economics and Statistics* 78, 181-86 (1996).

LERNER J., "The Importance Of Trade Secrecy: Evidence From Civil Litigation", (Harvard Bus. Sch., Working Pape No. 96-043, 1994.

LEVIN R. C. et al., "Appropriating the Returns from Industrial Research and Development," *Brookings Papers on Economic Activity*, Vol. 1987, No. 3, pp. 783-831 (1987).

LEW J. D. M. in *Esso v Plowman*,; Trackman, confidentiality in International Commercial Arbitration, 18-1 Arb. Int'l 1-18 (2002).

LICHTMAN D., "Property Rights on the Frontier: How the Law Responds to Self-Help", 1 J.L. ECON. & POL'Y 215, 232 (2005).

LLOYD I.'s Rep. 643 Eng. C.A. 1998); Audley Sheppard. Case Comment, *Ali Shiping Corp. v. Shippyard 'trogir'*. 1 (3) int'l ARB. L. REC. nn. 53-54 (1998).

LOQUIN E., « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », Rev. Arb. 2006, p. 323, spéc. no 27-32, p. 339-344.

LOQUIN E., « Existe-t-il un principe général de confidentialité de l'arbitrage en droit français ? », note sous Paris, 22 Jan. 2004, pré.

LOQUIN E., *L'arbitrage commercial international pratique des affaires*, Joly editions, Lextenso editions, 2015.

MAYER P., « Arbitrage : entrée en vigueur d'une procédure plus efficace » 203 Dr et pat (mai 2011).

MCDUGALL A. DE L., BOUCHARDIE N., « L'arbitre international et la preuve documentaire » RDA, n°4, 2008, p.517. Voir aussi Règlement IBA article 9 (5).

MIKOS R. A., "Eggshell" Victims, Private Precautions, and the Societal Benefits of Shifting Crime, 105 MICH. L. REV 307 (2006).

MILGRIM R. M., MILGRIM ON TRADE SECRETS 73-98 (2006).

MOLSUSKY H., « Le droit naturel dans la pratique judiciaire : Le respect des droits de la défense en procédure civile », Mélanges Paul Roubier, 1961, t.2, 175.

MOSSOFF A., “What Is Property? Putting the Pieces Back Together”, 45 ARIZ. L. REV. 371, 405–06 (2003).

MOUSSERON J.-M., « Aspect juridique Know-how, n Le Know-how cahiers de droit de l'entreprise », 1/1974.

MULLER Ch., « La confidentialité de l'arbitrage commercial international, un trompeur œil ? » Bull. ASA 2005, n° 2, vol. 23, p.216.

NADR. Crown Copyright reserved. [1997] EWCA Civ 3054 1, CA on appeal from the High Court (Mr Justice Clarke) before Beldam LJ.

NATIONAL SCIENCE FOUNDATION, “Business Use of Intellectual Property Protection Documented in NSF Survey” (2012), *disponible sur* <http://www.nsf.gov/statistics/infbrief/nsf12307/>.

NEILL P. QC, “confidentiality in Arbitration”, 12 ARB. INT’L 287. 316-17 (1996).

ORDONEZ M. ET TH- BOUCHEE R. de, « La reconnaissance du secret des affaires pour la production de documents dans le cadre de l'arbitrage international », La semaine de la doctrine la vie des idées 585, semaine juridique-édition générale N° 2122-27 Mai 2019, p. 1055.

PARK W. W., Arbitration of International Business Dispute: Studies in Law and Practice 459-62 (2006) (a critical examination of arbitral discretion and procedural flexibility).

PATOCCHI P. M. / MEAKIN I., Procedure and the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration, in International Business Law Journal, No. 7, 1996, p. 884 ff.

PAULSON J. & RAWDING N., Arrêt du 18 Feb. 1986, 1986, Revue de l'ARBITRAGE 583, discussed in « The Trouble with confidentiality », 11 ARB. INT’L 303,312 (1995).

PROUST O. & BURTON C. “Le conflit de droits entre les règles américaines de e-discovery et le droit européen de la protection des données à caractère personnel... entre le marteau et l'enclume », N 0 46 • FÉVRIER 2009 • REVUE LA M Y D R O I T D E L’ I M M A T É R I E L 79.

RACINE J-B., « Le nouvel arbitre », le nouveau droit français de l'arbitrage, @lextensoéditions, 2011, p.117.

RAESCHKE-KESSLER H., « The Production of Documents in International Arbitration – A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence, Arbitration International », Vol. 18, No. 4, 2002, p. 411.

RAYMOND A. H. , Confidentiality in a Forum of Last Resort: “Is the Use of Confidential Arbitration A Good Idea for Business and Society?” 16 Am. Rev. Int’l Arb. 479, 510 (2005).

REDFERN V., « The practical Distinction between the Burden of Proof and Taking of Evidence » An English Perspective », Arb. Int. 1994, P.317, spec. p. 321.

RISCH M., “Why Do We Have Trade Secrets?”, 11 Intellectual Property L. Rev. 1 (2007). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/ipplr/vol11/iss1/1>, consulté 20 avril 2016.

ROBINSON J. et JETTÉ S., « Protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », p.2.

ROGERS A., « Improving Procedures for Discovery and Documentary Evidence », in Albert Jan van den Berg (ed.), ICCA Congress Series No. 7, Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration », 1996, p. 131 ff.

ROWE E. A., “Contributory Negligence, Technology, and Trade Secrets,” 17 *George Mason L. Rev.* 1, 5 (2009).

SACHS K., “Use of Documents and Document Discovery: “Fishing Expeditions” versus Transparency and Burden of Proof”, SchiedsVZ, 2003, p. 193 ff.

SAMUELSON P., “Information as Property: Do Ruckelshaus and Carpenter Signal a Changing Direction in Intellectual Property Law?”, 38 CATH. U. L. REV. 365, 396 (1989).

SCHALAEPPER A. V. and BARTSCH Ph., “A Few Reflections on the Assessment of Evidence by International Arbitrators”, 2010 Thompson Reuters (legal) Limited and Contributors. Pg 213.

SCHILLER A. A., “, « Trade Secrets and the Roman Law; The Actio Servi Corrupti” », Columbia Law Review, Vol. 30, No. 6 (Jun., 1930), pp. 837-845.

SHAPIRO R. J. and HASSETT K. A., “The Economic Value of Intellectual Property,” at 5 (2005) (citing World Bank, World Development Indicators, and Washington, DC: World Bank, 2005).

SHERWOOD R. M., “Intellectual Property Systems and Investment Stimulation: the Rating of Systems in Eighteen Developing Countries,” 37 *IDEA* 261, 265 (1996).

SIMON Sp., The Economic Espionage Act of 1996, 13 *Berkeley Tech. L.J.* 305 (1998). Available at: <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/20>.

SMIT R. H. & SHAW N. J., “The Center for Public Resources Rules for Non-Administered Arbitration of International dispute: A Critical and Comparative Commentary”, 8 *AM. REV. INT’L ARB.* 275,316, (1997).

STAUGHTON Ch., “Common Law and Civil Law Procedures: Which is More Inquisitorial? A Common Lawyer’s Response”, *Arbitration International*, 1989, Vol. 5, No. 4, p. 352 ff.

STOUT L. A., “Social Norms and Other-Regarding Preferences”, in *Norms and the Law* 13-34 (John N. Droback ed., 2006).

SUEL M., « La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen : l’énigme de l’article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir », *Revue de droit public*, Paris, 1974, p. 1295-1318.

T NAKAMURA., “Confidentiality in Arbitration; SVEA Court of Appeal Decision-Is It Good News from Stockholm?” REDFERN & HUNTER, *Law and practice of international commercial arbitration* 23, 45 (2d ed. 1991).

TESTU F-X. “La confidentialité conventionnelle”, *Droit et patrimoine*, 2002 n°102, p.84.

TOWNSEND J., “Why Not publish Arbitration Awards” Paper presented at IBA San Francisco Conference (September, 16, 2003).

TRACKMAN L. E., “Confidentiality in International Commercial Arbitration”, 1-1 *Arb. Int* 1-1 (2002).

TRAVAUX du « Groupe de travail II sur l’arbitrage et la conciliation » de la CNUDCI, 54e section (7-11 fév.2011),<http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working-groups/2Arbitration.html>

TROLLER A., “in The Protection of Know-How - General Report, in The Protection of Know-How in 13 Countries. Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law”, Pescara 1970, Herman Cohen Jehoram éd., Kluwer - Deventer 1972.

US CHAMBER OF COMMERCE « The case for Enhanced Protection of Trade Secrets in The Trans-Pacific-Partnership Agreement » at 3 (2013), Covington & Burling LLP (translation franchise).

VERRILL Ch. O. Jr, “Discovery from Non-Parties (Third-Party Discovery) in International Arbitration”, P. 113, Reprinted from (2010) 76 Arbitration 113-124.

WATSON A., University of Georgia Law School "Trade Secrets and Roman Law: the Myth Exploded" (1996).

WHEELER F., “Trading Company AG, Revue de l’arbitrage 2004”, p.657-664, note E. Loquin.

WILLIAMS D., « New Zealand: The New Arbitration Act- Adoption of the Model Law with Additions », 1 (6) INT’L ARB. L. REV, 214,216, (2998) (illustrating the Arbitration Act 1996 §14 (New Zealand).

WINSTANLEY A., “The New Rule of the London Court of International Arbitration (LCIA)”, 8 Am, Rev. Int’l Arb. 59. 62 (1997).

WINTER J., “Confidentiality in Arbitration in Uk” (june 18m 1999).

WYSS L., “How to Protect Business Secrets in International Commercial Arbitration”, Int. A.L.R. Protection of Business Secrets in International Commercial Arbitration, 2009, p. 158 et s.

JURISPRUDENCES

FRANCE

CE, 10 oct. 2014, n° 367807, Syndicat national des isolants en laines minérales manufacturées ; consulté le 08-07-2018.

Cour d'appel d'Aix-en-Provence (CA Aix-en-Provence, 9e ch. 3 nov. 1997, n° 94/7207).

Cour d'Appel de Paris (1er Ch. Suppl.), Aita v. Ojjeh. (1986) Rev Arb, 583.

Cour de cassation Française, chambre civile 1 Audience publique du mardi 18 novembre 1997 N° de pourvoi: 95-19516.

Cour de Cassation-Première chambre civile, Arrêt n 189 du 25 Février 2016 (14-25-729)-ECLI :FR/CCASS :C100189.

Cour de cassation, chambre sociale, Arrêt 5 novembre 2014, n° 13-17270.

Paris 6 janv. 2011 (X), Rép. Gén. N°10/20243.

Paris, 1re Ch. C, 7 octobre 2004, *Rev.arb.*, 2005.737, note E. Jeuland : la mesure, prise sous forme de sentence partielle, limitait son effet à la durée de l'instance.

Paris 17 sept. 1999, *Rev. Arb.* 2006, p.573.

Paris, 24 mai 1991, *Rev.arb.*, 1992.636, obs. J. Pellerin : pour cette juridiction, l'astreinte permet d'assurer l'exécution de la sentence.

Paris, 18 févr. 1986, *Rev.arb.* 1986, p.583, note G. FECHEUX ; D.1987, p. 339, note. GAILLARD.

Trib. Com. Paris (Ord. réf), 22 fév. 1999, *Rev. Arb.* 2003, p. 189.

ETATS-UNIS

416 US 470, 94 S. Ct. 1879, 40 L. Ed. 2d 315 - Supreme Court, 1974.

ABBA Rubber Co. v. Seaquist (1991) at <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/235/1.html>.

ABBA Rubber Co. v. Seaquist, 286 Cal. Rptr. 518, 529 b,9 (Ct. App. 1991).

Affaires Société Nationale Industrielle Aérospatiale c. United States District Court for the Southern District of Iowa, 15 juin 1987, No. 85-1695, p. 482 U.S. 522 .

Cadence Design Sys., Inc. v. Avant Corp., 57 P.3d 647, 650 (Cal. 2002).

Carpenter v. United States, 484 U.S. 19, 26 (1987).

Cent. Transp. Co. v. Pullman's Palace Car Co., 139 U.S. 24, 53 (1891).

Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv., 499 U.S. 340, 349 (1991).

Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340 (1991 at https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/499_US_340.htm).

Hudson Hotels Corp. v. Choice Hotels Int'l, 995 F.2d 1173, 1178 (2d Cir. 1993).

In re Providian Credit Card Cases, 96 Cal.App.4th 292, 304 (2002).

Int'l News Serv. v. Associated Press, 248 U.S. 215, 236 (1918).

Int'l News Serv. v. Associated Press, 248 U.S. 215, 237 (1918).

Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470, 94 S.Ct. 1879, 40 L.Ed.2d 315 (1974).

Peabody v. Norfolk, 98 Mass. 452 (1868).

Pont de Nemours & Co. v. Christopher, 431 F.2d 1012 (5th Cir. 1970).

Rockwell Graphic Sys., Inc. v. DEV Indus., Inc., 925 F.2d 174, 179 (7th Cir. 1991) .

Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984).

Sargent Fletcher, Inc. v. Able Corp., 3 Cal. Rptr. 3d 279, 287 (CT. App. 2003).

Stephens v. ..Rea v. Workers' Compensation Appeals Board (Boostan), (2005) 127 Cal. App. 4th.

Stephens v. WCAB (1999) 64 Cal. Comp. Cases 2, in *Regents of the University of California v. WCAB (Lappi)* (2014) 226 Cal.App.4th 1530, 79 Cal Comp Cases 509.

United States v. Panhandle Eastern Corp. 118 F.R.D. 346 (D. Dcl. 1988).

USM Corp. v. Marson Fastener Corp., 393 N.E.2d 895, 903 (Mass. 1979).

Warner-Lambert Co. v. Execuquest Corp., 691 N.E.2d 545, 547 (Mass. 1998).

AUSTRALIE

Esso Australia Resources Ltd and Others v. Plowman (Minister for Energy and Minerals) and Others, (1995) 128 ALR 391.

GRANDE BRETAGNE

2 Lloyd's Rep. 243 (QB, 1993).

Ali Shipping Corporation v Shipyard Trogir [1997] APP.L.R. 12/19.

Bernier v. Merrill Air Eng'rs, 770 A.2d 97, 107 (Me. 2001) (affirming breach of contract but denying trade secret information due to lack of value).

Court of appeal, dolling-baker v. merrett and Another, See Law Reports version at [1990] 1 W.L.R. 1205 on February 02,2018, <http://www.uniset.ca/lloyddata/css/19901WLR1205.html>.

Hassneh insurance co. of israel and others v. Steuart j. mew. [1993] 2 lloyd's rep. 243. queen's bench division(commercial court).

Russel v. Russel (1880) 14 Ch. D. 471,474 ;at <http://www.trans-lex.org/302010>.

Vickery v. Welch, 36 Mass. (19 Pick.) 523 (1837).

AUTRES PAYS

Case No. Y 1092-98, SVEA Court of Appeal. 14 MEALEY's INT'L ARB. REP. 4 AI (199).

Europese Gemeenschap c. Otis NV Arrêt de la Cour (grande chambre) du 6 novembre 2012,. sur le site du Conseil de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0199>, ce 22-05-2018.

TEXTES

1-Code civil français

2-Code de commerce français

3-Code de procédure civil français

4-Code de procédure civil suisse

5-Code Français de la propriété intellectuelle

6-Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958).

7-Convention sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, n° 0.274.132, conclue à La Haye le 18 mars 1970.

8-CPR Non-Administered Arbitration Rules 2018

9-CPR Rules for Administered Arbitration of International Disputes 2014.

10-Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage français.

11-Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 777 texte n° 9.

12-Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

13-Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données,

14-Directive (UE) 2016/679 du parlement européen et du conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données.

15-Economic Espionage. US Code, Section 1831 et seq., Title 18, 1996; Defend Trade Secrets Act of 2016, 18 U.S.C. §1836.

16-Guide de l'article 6 [archive], DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE, consulté sur le site du Conseil de l'Europe le 22-05-2018

17-LOI n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, JORF n°0174 du 31 juillet 2018.

18-Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997),

19-CAL. CIV. CODE § 3426 .1 (West 1997).

20-RESTATEMENT (FIRST) OF TORTS § 757 cmt. b (1939).

21-RESTATEMENT (THIRD) OF UNFAIR COMPETITION § 39 (1995).

22-UNIF. TRADE SECRETS ACT § 1(4) (West Supp. 1997).

REGELEMENTS D'ARBITRAGE

1-ACICA Arbitration Rules incorporating the Emergency Arbitrator Provisions. 1 August 2011.

2-Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement CCJA (AUA).

2-Arbitration Act of 1996 § 14 (New Zealand), available at <http://rang:knowledge-basket.com.nz>.

3-pacts/public/text/1996/an/099.html.

4-China International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules CIETAC,

5-Règlement arbitral version 2017 de la Cour International d'Arbitrage de Chambre de Commerce International

6-NZIAC-2016-nziac international arbitration rules-Vers.5.0 October 2016.

7-Règlement des différends internationaux AAA, (incluant les règlements de médiation et d'arbitrage).

8-Règlement d'arbitrage de la CCJA

9-Règlement du Centre d'arbitrage commercial et édition pour les Amériques (CAMCA).

10-Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international, Adoptées par résolution du conseil de l'IBA du 29 mai 2010.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes

A

Arbitrage

- arbitrage commercial international, 21
- convention d'arbitrage, 21
- procédure judiciaire, 21
- arbitrage dualiste, 22
- justice étatique, 27
- caractère privé, 27
- témoins, 35,
- administrateur, 35
- Arbitrage Act , 36
- traités d'investissement, 37
- transparence, 37
- juges étatiques, 42
- prédictibilité, 48
-

Arbitrage international

- intérêts du commerce international, 22
- confidentialité, 22
- avantages de l'arbitrage, 29
- Ineffectivité du concept de la confidentialité, 31

Arbitrage interne

- réserve des obligations légales, 26

Actori incumbit probatio, 285-288

C

Commerce international

- commerce mondial, 1
- économie, 1
- échanges commerciaux, 1
- capitaux, 1
- marchandise, 1
- droit commercial, 75-77

Confidentialité

- présomption de confidentialité, 23
- in-camera , 24
- obligation de garder le secret, 24
- obligation de ne pas faire, 25

- caractère privé de l'arbitrage, 25
- confidentialité stricte, 28
- confidentialité conventionnelle, 31
- principe de la loyauté, 31
- limitations à la confidentialité, 35
- principe de la confidentialité, 60-66
- conceptualization, 65
- confidentialité inhérente, 65-66

Convention d'arbitrage

- volonté expresse, 16
- accord des deux parties, 34
- consentement, 78

D

Désignation des arbitres

- clause dissymétrique, 441-453
- désignation judiciaire, 489-499
- désignation par un centre d'arbitrage, 513-525
- liste fermée d'arbitres, 526-534

Divulgateion

- sanctions, 46

Droit

- droits, 67-68
- biens tangibles, 68-69
- concurrence déloyale, 115
-

Données

- données à caractère personnel, 99
- personne concernée, 99
- personne physique 99
- traitement, 99

E

Economie,

- économie nationale, 60
- économie nationale, 20-50
- valeur économique, 64
- avantage économique, 89
- valeur du secret d'affaires, 91
-

Exception

- informations au public, 126
- liberté d'expression et d'information, 126
- pluralisme des médias, 126
- droit de l'union européenne, 125-126
- informations des entreprises, 125-126
- intérêt général, 126
- comportement reprehensible, 126

F

Fondements théoriques

- conceptualisation, 71
- droit immatériel, 71
- généralement connus, 78, 94-96
- efforts raisonnables, 78-79
- facilement accessible, 83
- efforts raisonnables, 83
- valeur commerciale potentielle, 84
- usage unique, 85

H

Histoire de la protection des secrets d'affaires

- Federal Bureau of Investigation, 15
- The Actio Servi Corrupti, 17
- système judiciaire romain, 17
- mobilité des employés, 18
- période industrielle, 18

I

Illicéité

- informations sensibles, 97-98
- Diffusion Restreinte, 97
- Confidentiel, 97

- secret spécifique, 97
- obtention, 112-119
- divulgation, 112-119
- utilisation, 112-119
- concurrence déloyale, 97-119
- piraterie, 119

J

Juge d'appui,

- nomination des arbitres,
- garantie d'accès à l'arbitre,
- ordre public, 69-70, 114

P

Propriété intellectuelle

- oeuvres de l'esprit, 3
- Nation en développement, 2
- Economie et technologie, 2
- Développeurs, 2
- Corpus juridique, 3
- Croissance économique, 3
- protection des secrets commerciaux, 14
- recherche et développement, 14
- propriétés intangibles, 87
- parasites, 74
- Propriété intellectuelle ,60, 105

Protection

- Régime conventionnel, 593
- Recherches et Développement, 782, 799, 884

R

Réparations

- dommages et interest, 28, 262, 380
- responsabilité civile, 569, 815
- juridictions étatiques, 28
- mesures de publicité, 817

Règlements des institutions arbitrales

- ADPIC, 18, 72, 117

S

Secrets commerciaux

- notion de secret d'affaires, 72-73
- Trade secrets, 5
- Propriétés intellectuelles, 5, 60
- Brevets, 5, 17, 95, 128, 165
- lois relatives aux secrets d'affaires, 5
- Code français de la propriété intellectuelle, 5
- Négociations, 5
- Parasite, 7
- Renseignements non-divulgués, 7- 8
- avantage économique, 9-10
- économique Espionage Act, 10-12
- vol des secrets commerciaux, 12
- désossement, 105
- savoir-faire, 12-13, 126, 204
- entreprise, 12, 63
- appropriation illicite, 12
- marché intérieur, 12
- avantage concurrentiel, 64
- valeur économique inhérente, 67
- désossement, 69
- droit de la propriété; 70
- actifs incorporels, 74-75
- droit d'auteur, 106-108
- trademark, 109-110
- découverte indépendante, 112, 129, 181
- actifs incorporels, 75
- caractère objectif, 92, 676, 722, 734
- caractère subjectif, 92

Sentence arbitrale

- Divulcation, 34, 62
- domaine public, 33, 94
- publication de la sentence, 40
- autorité régaliennne, 40
- transparence financière, 40
- exequatur

Sanction

- simple misdemeanor, 87
- high misdemeanor, 87
- concurrence déloyale, 117, 154
-

T**Tribunaux**

- tribunaux arbitraux, 31
- institutions, 31
- Arbitrage Commercial International, 31
- traitement des preuves, 42

Titulaire

- auteur du secret, 65
- propriétaire, 65
- propriété tangible, 65
- détenteur légitime, 96

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| DEDICACE | 2 |
| REMERCIEMENTS..... | 3 |
| LISTE DES ABREVIATIONS | 4 |
| RESUME..... | 6 |
| SOMMAIRE..... | 7 |
| INTRODUCTION..... | 9 |
| PREMIERE PARTIE: L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL | 34 |
| TITRE I : LE RÉGIME DE LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL..... | 36 |
| CHAPITRE I : LES SECRETS COMMERCIAUX..... | 38 |
| SECTION 1 : NOTION DE SECRETS COMMERCIAUX | 39 |
| §1. <i>Le secret commercial, une propriété intellectuelle non traditionnelle</i> | 40 |
| A. Définition juridique des secrets commerciaux | 40 |
| 1. Les définitions d'ordre conventionnel..... | 41 |
| 2. Les définitions d'ordre étatique..... | 44 |
| 3. Les critères de caractérisation des secrets d'affaires..... | 47 |
| B. Les droits de l'auteur des secrets commerciaux | 56 |
| §2. <i>Les atteintes aux droits de l'auteur des secrets commerciaux</i> | 61 |
| A. Les traitements juridiques des atteintes aux droits de l'auteur des secrets commerciaux | 61 |
| B. Les limites à la protection accordée à l'auteur du secret d'affaires..... | 66 |
| SECTION 2 : LES FONDEMENTS THEORIQUES DES SECRETS COMMERCIAUX ET LEURS EFFETS ÉCONOMIQUES | 70 |
| §1. <i>Les théories du droit de la protection des secrets commerciaux</i> | 71 |
| A. La théorie de la propriété..... | 71 |
| 1. La théorie de l'exclusivité | 72 |
| 2. La théorie intégrée..... | 74 |
| B. Les justifications alternatives du droit des secrets commerciaux | 79 |
| 1. La justification économique des secrets commerciaux | 80 |
| 2. La justification philosophique des secrets commerciaux | 81 |
| §2. <i>Les conséquences économiques de la protection des secrets commerciaux</i> | 84 |
| A. L'utilité marginale du droit des secrets commerciaux | 84 |
| B. L'importance économique de la protection des secrets commerciaux | 89 |
| CONCLUSION..... | 95 |
| CHAPITRE 2 :LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX..... | 96 |
| SECTION 1 : LA CONSECRATION DE LA CONFIDENTIALITE AU SEIN DE L'ARBITRAGE COMMERCIAL..... | 100 |
| §1.- <i>La consécration jurisprudentielle de la confidentialité</i> | 101 |
| A. La confidentialité est inhérente à la convention d'arbitrage : arrêt Ali | 101 |
| B. La confidentialité pour exister devrait relever d'un accord explicite : <i>arrêt Esso</i> | 103 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| §2- <i>La consécration institutionnelle du principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial international</i> | 111 |
| A. Le régime de la non-consécration institutionnelle | 111 |
| B. Le régime de la consécration institutionnelle | 112 |
| SECTION 2 : L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES INFORMATIONS DANS LA PROCEDURE | 114 |
| §1- <i>Le régime de la confidentialité dans le contexte de l'arbitrage commercial international</i> | 114 |
| A. La protection des informations confidentielles dans un processus arbitral | 115 |
| 1. La confidentialité portant sur l'existence même de la procédure arbitrale..... | 115 |
| 2. La confidentialité durant l'audience arbitrale..... | 119 |
| 3. La confidentialité portant sur la sentence arbitrale | 120 |
| B. Les limites au principe de la confidentialité dans l'arbitrage commercial | 123 |
| 1. Les exceptions à l'obligation de confidentialité dans l'arbitrage commercial | 124 |
| 2- L'admission de l'outil procédural du « Discovery » dans l'arbitrage commercial | 125 |
| §2- <i>La tentative de protection dérogatoire des secrets commerciaux</i> | 128 |
| A. La protection des secrets commerciaux dans les règlements arbitraux internationaux | 129 |
| B. La protection d'origine législative et judiciaire des secrets d'affaires dans l'arbitrage commercial | 135 |
| CONCLUSION | 138 |
| CONCLUSION DU TITRE I | 139 |
| TITRE II :LES OBSTACLES A UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL | 140 |
| CHAPITRE I : L'ABSENCE DE CONCEPTUALISATION DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITÉ | 141 |
| SECTION 1 : LA DIFFICULTE DE FORMULATION LEGALE D'UN PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE PROTECTEUR DES SECRETS COMMERCIAUX..... | 144 |
| §1- <i>L'absence de conceptualisation conventionnelle de la confidentialité dans l'arbitrage commercial</i> | 144 |
| A. L'absence d'une définition conventionnelle contraignante de la confidentialité au plan international..... | 144 |
| B. La régulation quasi-impossible des exceptions au principe de confidentialité dans l'arbitrage commercial | 152 |
| §2- <i>Les conséquences de l'absence de conceptualisation du principe de confidentialité</i> | 157 |
| A. La non-délimitation de la portée du principe de confidentialité | 158 |
| B. L'ineffectivité du principe de confidentialité vis-à-vis des acteurs..... | 164 |
| SECTION 2 : LES OBJECTIONS A L'INTERDICTION DE DIVULGATION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES | 168 |
| §1 - <i>Les divergences profondes sur le fondement du principe de confidentialité qui affaiblissent la protection des informations confidentielles</i> | 168 |
| A. Une hétérogénéité de sources du principe de confidentialité..... | 169 |
| B. La quasi-inexistence d'un régime de sanction des violations de l'obligation de confidentialité sur le plan international | 173 |
| §2 - <i>La divulgation des sentences arbitrales internationales : une exception au principe général de confidentialité attentatoire au régime de la protection des secrets d'affaires</i> | 175 |
| A. La publication des sentences arbitrales | 176 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| B. La publication des sentences commerciales, un risque pour la protection des secrets commerciaux | 183 |
| CONCLUSION..... | 185 |
| CHAPITRE II :L'INEFFECTIVITE DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES DURANT L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE..... | 186 |
| SECTION 1: LES EFFETS DE LA JUDICIARISATION DE LA PROCEDURE ARBITRALE SUR LA PROTECTION DES SECRETS COMMERCIAUX | 188 |
| §1- <i>Le Discovery dans l'arbitrage commercial</i> | 190 |
| A. La mise en œuvre de la procédure du <i>discovery</i> | 190 |
| B. L'atteinte à la confidentialité par la <i>Discovery</i> | 196 |
| §2- <i>Le caractère invasif des mécanismes de l'astreinte et du discovery</i> | 202 |
| A. Le caractère « péremptoire » du <i>discovery</i> | 202 |
| B. L'astreinte, une autre menace pour la protection des secrets d'affaires | 207 |
| SECTION 2 : L'ABSENCE D'UN RÉGIME PROTECTEUR DES SECRETS D'AFFAIRES | 210 |
| §1- <i>Un régime d'administration de la preuve peu protecteur des secrets d'affaires</i> | 211 |
| A. L'ineffectivité du régime de droit commun de la confidentialité..... | 211 |
| B. L'hétérogénéité des solutions à la question de la protection des secrets d'affaires .. | 215 |
| §2- <i>Le caractère limité du rôle de l'arbitre dans la protection des secrets d'affaires</i> | 218 |
| A. Le pouvoir de l'arbitre dans la protection des secrets d'affaires..... | 219 |
| B. L'absence de règles encadrant l'action de l'arbitre dans l'administration de la preuve | 224 |
| CONCLUSION..... | 226 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 227 |
| CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE | 228 |
| PARTIE II : LES PARAMETRES D'UN REGIME JURIDIQUE POUR UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS COMMERCIAUX DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL..... | 229 |
| TITRE 1 : SEPARER LE FUTILE DE L'UTILE POUR UNE APPLICATION EFFECTIVE DU PRINCIPE DE CONFIDENTIALITE DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL..... | 231 |
| CHAPITRE 1 :LA NECESSITE D'UNE CONCEPTUALISATION CONVENTIONNELLE DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE AU PLAN INTERNATIONAL..... | 234 |
| SECTION 1 : ... LA NECESSITE D'UNE CONCEPTUALISATION CONVENTIONNELLE DU PRINCIPE | 234 |
| §1- <i>La recherche d'une homogénéité dans l'application du principe de confidentialité à la procédure et aux acteurs</i> | 234 |
| A. La nécessaire protection des informations commercialement sensibles durant la procédure arbitrale..... | 235 |
| B. L'importance de la protection de la sentence arbitrale..... | 240 |
| §2- <i>Une politique étatique favorable à l'arbitrage commercial international</i> | 248 |
| A. L'urgence d'un consensus dans la détermination conventionnelle des acteurs soumis à l'obligation de confidentialité..... | 248 |
| B. L'encouragement d'une politique législative limitative des exceptions | 254 |
| SECTION 2 - LA SOUMISSION DE LA VIOLATION DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE A UN RÉGIME DE RESPONSABILITE | 261 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| §1- La sanction de la violation contractuelle du principe de la confidentialité | 262 |
| A. Le traitement des violations contractuelles imputables aux acteurs | 262 |
| B. La réparation de la violation portant divulgation non autorisée des informations confidentielles | 267 |
| §2- La sanction de la violation extracontractuelle du principe de la confidentialité..... | 268 |
| A. La sanction civile de la violation extracontractuelle du principe de confidentialité..... | 269 |
| B. Le rejet de la production sur demande d'un tiers de documents contenant les secrets d'affaires..... | 272 |
| CONCLUSION..... | 275 |
| CHAPITRE 2 : LES PILIERS D'UNE PROTECTION EFFECTIVE DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES | 276 |
| SECTION 1 : L'IMPORTANCE D'UNE PREVISIBILITE DES EFFETS DU PRINCIPE DE LA CONFIDENTIALITE..... | 278 |
| §1- <i>L'impératif d'une harmonisation quant au fondement du principe de la confidentialité</i> | 279 |
| A. La recherche d'une source unique au principe de la confidentialité | 279 |
| B. Le réalisme juridique d'un fondement contractuel de la confidentialité fondé sur la liberté contractuelle : la jurisprudence dans l' <i>arrêt Esso</i> | 284 |
| §2- <i>L'adoption d'une conception restrictive de la portée de la confidentialité</i> | 286 |
| A. Les avantages d'une conception restrictive du domaine de la confidentialité sur l'effectivité du principe de la confidentialité | 287 |
| B. La limitation des exigences légales de divulgation des informations confidentielles | 291 |
| SECTION 2 : LA LIMITATION DE LA PRATIQUE DU <i>DISCOVERY</i> | 295 |
| §1- <i>L'adoption d'une pratique du discovery qui prend en compte la diversité des systèmes juridiques internationaux</i> | 296 |
| A. La nécessité d'une modération de la pratique du discovery | 296 |
| B. L'adoption d'une conception conservatrice du <i>discovery</i> comme un compromis durant l'administration de la preuve..... | 298 |
| §2- <i>L'arbitre garant de la lutte contre les abus dans l'administration de la preuve</i> | 301 |
| A. La nécessité pour le tribunal arbitral de mettre son pouvoir discrétionnaire au service de la protection des informations confidentielles..... | 301 |
| B. La nécessité d'un guide de poche pour les arbitres | 305 |
| CONCLUSION..... | 308 |
| CONCLUSION DU TITRE I..... | 309 |
| TITRE 2 : .LA NECESSITE D'UNE PROTECTION DEROGATOIRE DES SECRETS COMMERCIAUX EN ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL..... | 310 |
| CHAPITRE I : L'ORGANISATION D'UN ENVIRONNEMENT LEGAL PROPICE A LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES | 312 |
| SECTION 1 : LA MISE EN OEUVRE D'UNE PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES ANTERIEUREMENT A L'AUDIENCE ARBITRALE..... | 313 |
| §1- <i>L'organisation de la protection des secrets d'affaires sur initiative des parties</i> | 314 |
| A. La préexistence entre les parties d'un accord qui organise la protection des secrets d'affaires..... | 314 |
| 1. L'encadrement de la phase de la négociation | 315 |
| 2. L'accord sur les informations à protéger | 317 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B. L'imposition d'une ordonnance du juge étatique portant sur la protection des secrets d'affaires impliqués dans la procédure arbitrale | 318 |
| §2- <i>L'entame dès la constitution du tribunal arbitral d'une discussion entre le tribunal arbitral et les parties sur la protection des éventuels secrets d'affaires</i> | 322 |
| A. La conférence préparatoire comme cadre des discussions relatives à la protection de secrets d'affaires..... | 323 |
| B. L'Acte de Mission, un cadre de formalisation entre le tribunal et les parties de l'accord sur l'existence et les méthodes de protection des secrets d'affaires | 325 |
| SECTION 2 : L'ORGANISATION DE LA PROTECTION DES SECRETS D'AFFAIRES INTRODUICTS DANS LA PROCEDURE D'ARBITRAGE | 327 |
| §1 : <i>Le rôle déterminant des acteurs dans la protection des secrets d'affaires</i> | 328 |
| A. Le rôle déterminant des parties dans la protection des secrets d'affaires | 328 |
| B. La nécessaire collaboration des autres acteurs impliqués | 332 |
| § 2 : <i>La protection continue des secrets d'affaires au-delà de l'ordonnance de clôture de la procédure arbitrale</i> | 334 |
| A. Le principe de l'irrecevabilité des preuves issues d'un arbitrage dans un contentieux subséquent | 334 |
| B. Le cas spécifique des secrets d'affaires contenus dans la sentence arbitrale | 336 |
| CONCLUSION | 339 |
| CHAPITRE 2 : L'IMPORTANCE D'UN REGIME DEROGATOIRE D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE INHERENTE AUX SECRETS D'AFFAIRES | 340 |
| SECTION 1 : LA NECESSITE D'UN REGIME SPECIAL D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE CONSACRE AUX SECRETS D'AFFAIRES | 341 |
| §1- <i>Un régime juridique d'administration de la preuve adapté aux secrets d'affaires</i> | 342 |
| A. L'intérêt de l'élaboration d'un régime d'administration de la preuve détaillé prenant en compte la spécificité des secrets commerciaux | 342 |
| B. L'intérêt pratique d'un régime juridique effectif de protection des secrets d'affaires dans les règlements internationaux d'arbitrage | 346 |
| §2- <i>La protection des secrets d'affaires dans une procédure de discovery</i> | 347 |
| A. La régulation de la divulgation des secrets d'affaires durant la procédure de <i>discovery</i> | 348 |
| B. L'utilisation du secret professionnel de l'avocat comme outil de protection des secrets d'affaires..... | 350 |
| SECTION 2 : LE ROLE DETERMINANT DE LA VOLONTE POLITIQUE DES PROMOTEURS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL POUR UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SECRETS D'AFFAIRES | 352 |
| §1 - <i>Le recours à un régime conventionnel de protection international des secrets commerciaux</i> | 353 |
| A. L'intérêt d'un accord portant protection des secrets d'affaires sur le plan international | 354 |
| B. L'appui du juge étatique à la protection des secrets d'affaires durant une procédure arbitrale..... | 357 |
| §2- <i>La protection des secrets d'affaires après la clôture de la procédure arbitrale</i> | 358 |
| A. La sanction de la violation des secrets d'affaires par les tiers comme dissuasion de la divulgation non-autorisée | 359 |
| B. L'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce, un texte effectif pour la protection des secrets d'affaires | 369 |
| 1. Procédures et mesures correctives civiles | 370 |
| 2. Procédures pénales | 373 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|------------|
| CONCLUSION..... | 375 |
| CONCLUSION DU TITRE II | 376 |
| CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE..... | 377 |
| CONCLUSION GENERALE | 378 |
| BIBLIOGRAPHIE | 381 |
| LOI TYPE DE LA CNUDCI SUR L'INSOLVABILITE INTERNATIONALE (1997), . | 400 |
| INDEX ALPHABÉTIQUE..... | 402 |
| TABLE DES MATIERES | 408 |