



International Arbitration Case Law

*Academic Directors: Ignacio Torterola
Loukas Mistelis*

**GIOVANNA A BECCARA ET AUTRES
c/
REPUBLICQUE ARGENTINE
(CIRDI, CAS NO. ARB/07/5 – ORDONNANCE DE PROCÉDURE
No. 3)
ORDONNANCE DE CONFIDENTIALITÉ**

Commentaire par Amal Bouchenaki et Mildred Ojea¹
Edité par Andrea Saldarriaga^{***}
Traduit en français par Karolina Rozycka⁺

Ordonnance de procédure en date du 27 janvier 2010 traitant de problèmes de confidentialité soulevés par trois types de documents produits lors d'un arbitrage CIRDI : problème de la divulgation au public d'informations sur l'affaire en cours ; problème de l'accès à une base de données contenant des informations sur la nationalité des demandeurs ; et problème de l'admissibilité de pièces potentiellement confidentielles (notamment des opinions d'experts et des transcriptions) produites lors d'arbitrages antérieurs dans lesquels le Défendeur était partie.

Tribunal : Prof. Pierre Tercier (Président ; en remplacement du Dr. Robert Briner), Albert Jan van den Berg, Georges Abi-Saab.

Avocats du Demandeur : White & Case LLP.

Avocats du Défendeur : Procuración del Tesoro de la Nación.

¹ Amal Bouchenaki est conseiller juridique dans le département d'arbitrage du cabinet Gibson, Dunn & Crutcher LLP. Mildred Ojea est collaboratrice dans le département d'arbitrage et d'Amérique latine du cabinet Gibson, Dunn & Crutcher LLP.

^{***} Andrea Saldarriaga est consultant en droit des investissements et en arbitrage international.

⁺ Karolina Rozycka suit un LLM à New York University et est diplômée de l'Institut d'Etudes Politiques (Sciences Po) de Paris ainsi que de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne.

INDEX DES QUESTIONS DISCUTEES

1. Faits de l'affaire.....	3
2. Questions de droit discutées dans la décision.....	4
(a) Confidentialité dans les arbitrages CIRDI en général (¶¶ 52-73).....	4
(b) Confidentialité de la procédure arbitrale (¶¶ 77-120).....	5
(c) Confidentialité de la base de données des Demandeurs (¶¶ 121-135).....	6
(d) Admissibilité de documents issus d'arbitrages antérieurs, sans lien avec l'arbitrage en cours (¶¶ 136-151).....	7
3. Décision.....	7

Résumé

1. Faits de l'affaire

Les problèmes de confidentialité ont été soulevés lors d'une action contre la République d'Argentine, Défendeur (ci-après « l'Argentine » ou « le Défendeur »), qui concernait des obligations que le Défendeur aurait délivré à des citoyens italiens et qu'il n'aurait pas remboursé. Après avoir failli à ses obligations dans le cadre de cette dette externe, l'Argentine a procédé à une restructuration de sa dette, en proposant une offre aux termes de laquelle les titulaires d'obligations pouvaient échanger ces dernières contre de nouvelles créances. Les Demandeurs n'ayant pas donné suite à cette proposition d'échange, l'Argentine a refusé d'accorder compensation pour les obligations faisant l'objet de son offre. Après ce refus de l'Argentine, les Demandeurs ont initié un arbitrage CIRDI le 14 septembre 2006, et ce au titre du Traité bilatéral d'investissement signé entre l'Argentine et l'Italie (TBI). Lors de la phase de production de documents de cet arbitrage, la confidentialité de certains des documents requis par les parties a été remise en question. Sur demande des parties et aux termes de l'Article 19 du Règlement de procédure du CIRDI, le Tribunal traite de ces questions de confidentialité dans une ordonnance de procédure en date du 27 janvier 2010.

Trois problèmes de confidentialité apparaissent dans l'affaire :

- a) Les Demandeurs affirment que tant la position que le comportement du Défendeur témoignent de la conviction de celui-ci de pouvoir publier et se servir des informations confidentielles apparues pendant l'arbitrage. Les Demandeurs donnent entre autres l'exemple d'un article publié dans la presse italienne reprenant des affirmations qui « imitent à l'identique celles contenues dans les plaidoiries écrites et la correspondance du Défendeur » (¶ 35). Dès lors, les Demandeurs considèrent que le comportement du Défendeur rend nécessaire une ordonnance de confidentialité de la part du Tribunal afin de protéger certaines informations personnelles des Demandeurs.
- b) Le Défendeur demande à ce que lui soient communiquées, dans un format facilement accessible, des données complètes sur les Demandeurs, telles que leur personnalité juridique ou leur nationalité. Ces informations ont d'abord été réunies dans une base de données créée par « Task Force Argentina » – une organisation ayant assisté les titulaires d'obligations italiens dans la préparation de leur recours et qui avait procédé à une collecte d'informations personnelles de ceux souhaitant participer à l'arbitrage CIRDI. Ces informations ont été par la suite compilées dans une base de données en ligne par un prestataire informatique reconnu en Italie. Dans la mesure où les Demandeurs ont déjà communiqué une grande partie des données au Défendeur, ils estiment que la production des documents restants – comprenant notamment quelques informations supplémentaires ainsi que des documents relatifs à la nationalité des personnes recensées dans la base de données – serait en violation des lois italiennes et communautaire relatives à la protection des données personnelles. Les Demandeurs considèrent que le Tribunal devrait appliquer les droits italien et communautaire dans la résolution de cette question puisque les dispositions de la Convention et des Règles CIRDI n'assurent pas une protection suffisante des informations personnelles. Avant que le Tribunal n'accorde un accès complet à la base de données au Défendeur, les Demandeurs ont souhaité que ce dernier signe un accord de confidentialité, que le

Défendeur rejette comme étant trop vaste et inutile – même pour le droit italien. Le Défendeur note par ailleurs que les règles sur la confidentialité du CIRDI sont suffisantes et que, dans le cas contraire, il ne consent qu'à la signature d'un accord ayant un champ d'application plus restreint.

- c) Le Défendeur soumet à examen « des preuves supplémentaires » comprenant 21 opinions d'experts et des transcriptions d'autres arbitrages initiés contre l'Argentine sur la base de traités bilatéraux. Les Demandeurs estiment que le fait de produire ce genre d'opinions ou de transcriptions s'apparente à « ignorer (...) toute protection de la confidentialité dans la procédure » (¶ 29). Les Demandeurs avancent aussi que l'utilisation de ces documents violerait les principes de justice et d'égalité entre les parties, puisque eux-mêmes n'ont pas eu accès aux arbitrages dont les documents sont tirés. Ces documents pourraient en effet être utilisés hors de leur contexte et les Demandeurs ne pourraient pas recréer un environnement identique à celui dans lequel les témoignages d'experts ont été recueillis. Les Demandeurs notent enfin que l'attitude cavalière adoptée par le Défendeur dans l'utilisation de ces informations confidentielles préfigure la manière dont il traiterait les données confidentielles propres aux Demandeurs.

Le Défendeur soutient, quant à lui, que les opinions d'experts et les transcriptions produites étaient non seulement pertinentes et appropriées dans une procédure d'*impeachment*, mais qu'elles étaient aussi déposées dans les délais et concernaient de manière directe la crédibilité et la cohérence des témoins et des experts présentés par le Demandeur. Le Défendeur affirme aussi que la documentation qu'il souhaite introduire n'est pas issue de procédures arbitrales s'étant déroulées à huit clos, et qu'il l'a produite dans son intégralité, non pas de manière « sélective » ou « sortie de son contexte ». Le Défendeur argue finalement que « ni la Convention CIRDI ni le Règlement d'Arbitrage CIRDI ne contiennent de disposition établissant un principe général de confidentialité ou une règle de confidentialité applicable au type de documents déposés par l'Argentine » (¶ 51).

2. Questions de droit discutées dans la décision

(a) Confidentialité dans les arbitrages CIRDI en général (¶¶ 52-73)

Le Tribunal considère que la question de confidentialité relève de sa compétence et énonce les dispositions pertinentes en l'espèce : (i) les dispositions sur les mesures provisoires (Article 47 de la Convention CIRDI et Article 39(1) du Règlement d'Arbitrage CIRDI.) et (ii) les dispositions sur les ordonnances de procédure (Article 19 du Règlement d'arbitrage CIRDI). Le Tribunal note aussi qu'il n'existe pas actuellement de pratique uniforme relative à l'usage « d'ordonnances » ou de « mesures provisoires » concernant des questions de confidentialité dans l'arbitrage international des investissements. Bien que les membres du Tribunal aient des avis divergents sur cette question, ils conviennent que les problèmes soulevés dans l'affaire concernent tous des règles applicables à la conduite de la procédure et peuvent dès lors être résolus de manière appropriée par une ordonnance fondée sur l'Article 19 du Règlement d'arbitrage CIRDI.

Après une analyse de la jurisprudence du CIRDI (le panel des arbitres note que bien qu'il ne soit pas tenu de suivre les décisions des autres tribunaux, il souhaite néanmoins contribuer au développement harmonieux du droit des investissements), le Tribunal admet que s'il n'existe

pas d'exigence générale de confidentialité dans le droit du CIRDI, une obligation de confidentialité peut être admise dans certaines situations.

Le Tribunal reconnaît qu'il existe « une tendance (...) générale vers la transparence dans l'arbitrage des investissements (...) » (§ 67). Il suit à cet égard l'opinion sur la confidentialité émise dans *Biwater Gauff (Tanzania) Limited c/ République-Unie de Tanzanie*, CIRDI, Cas No. ARB/05/22, Ordonnance de Procédure No. 3 du 29 Septembre 2006 § 21, selon laquelle, si le droit du CIRDI n'impose pas d'obligation générale de confidentialité, il n'impose pas non plus « d'obligations de transparence ou de non confidentialité ». Le Tribunal rappelle enfin les quelques limites à la confidentialité et au caractère privé de l'arbitrage posées par la Convention CIRDI, le Règlement Administratif et Financier ainsi que le Règlement d'Arbitrage.

Toutefois, malgré l'absence de certaines règles sur la confidentialité dans le droit du CIRDI et malgré sa volonté de promouvoir la transparence d'une manière générale, le Tribunal identifie quelques principes majeurs se devant de restreindre la divulgation dans l'arbitrage des investissements :

- i. La divulgation d'un arbitrage et le fait de débattre publiquement à son sujet devraient être limités à « 'ce qui est considéré comme indispensable' » (§ 70, citations omises) ;
- ii. « Les considérations de transparence ne sauraient justifier des actions qui aggravent le conflit ou qui compromettent autrement le bon déroulement de la procédure arbitrale » (§ 72) ; et
- iii. « Les considérations de transparence ne sauraient prévaloir sur la protection d'informations privilégiées et/ou dont la divulgation serait contraire au droit national de l'une des parties » (*id.*).

Afin de respecter les principes ci-dessus, le Tribunal décide qu'au lieu « d'imposer des règles générales en faveur ou en défaveur de la confidentialité », il vaut mieux examiner les problèmes de confidentialité au cas par cas, tout en essayant « de parvenir à une solution d'équilibre entre l'intérêt général à plus de transparence et les intérêts individuels à la confidentialité de certaines informations et/ou de certains documents » (§ 73).

(b) Confidentialité de la procédure arbitrale (§§ 77-120)

En ce qui concerne le fait de rendre publics la procédure arbitrale et les débats à son sujet, le Tribunal rejette les positions trop extrêmes de chacune des parties (volonté de restreindre toute communication sur l'évolution générale de la procédure arbitrale d'une part et divulgation totale d'autre part). Le Tribunal souligne au contraire qu'avant l'établissement de restrictions à la divulgation lors d'une procédure, il est d'abord nécessaire de distinguer les différents types de documents et d'informations produits. De fait, le Tribunal juge que les parties peuvent débattre en public de la procédure arbitrale en général, mais ce uniquement de manière équilibrée, et non pas de manière à provoquer des hostilités, aggraver le conflit ou interrompre la résolution du litige.

Au sujet de la sentence arbitrale en tant que telle, le Tribunal rappelle l'existence d'un accord entre les parties autorisant sa publication. Le Tribunal indique qu'il sera décidé ultérieurement de la publication de certains des documents annexes à la sentence déposés par les Demandeurs et relatifs pour la plupart à l'identité de ces derniers.

Quant aux décisions, ordonnances et instructions du Tribunal (documents autres que la sentence elle-même), le Tribunal s'appuie sur la règle posée dans l'affaire Biwater selon laquelle il existe une présomption en faveur de la divulgation de ce genre de documents. Le Tribunal adopte la même position que le tribunal de l'affaire Biwater en estimant qu'à la différence de « la publication de plaidoiries des parties ou d'autres matériaux documentaires, il était peu probable » que la publication de décisions, d'ordonnances et d'instructions « aggrave ou exacerbe un conflit, ou encore qu'elle exerce une pression indue sur l'une des parties » (§ 90). De plus, le Tribunal note que plusieurs éléments de l'affaire plaident en faveur d'une telle publication, notamment l'accord des parties quant à la publication de la sentence et la possibilité de pouvoir débattre publiquement au sujet de la procédure en général. Le Tribunal considère par ailleurs que le souhait des Demandeurs d'assurer la confidentialité a été dilué par la quantité des demandeurs qui sont au nombre de 180,000 et lesquels ont tous en principe eu accès aux archives de la procédure. De fait, le Tribunal décide de ne pas restreindre la divulgation de ses décisions, ordonnances et instructions.

La divulgation des procès-verbaux et des transcriptions d'audiences ainsi que des plaidoiries, des mémoires, des preuves et d'autres conclusions écrites est en revanche restreinte. Au sujet des procès-verbaux et des transcriptions d'audiences, le Tribunal indique que les règles CIRDI « établissent le principe selon lequel, à défaut d'un accord entre les parties, le contenu de l'audience elle-même, ainsi que les procès-verbaux et autres transcriptions de cette dernière, ne devraient pas être communiqués aux tiers » (§ 96). Le Tribunal note aussi que les procès-verbaux et les plaidoiries sont en général plus détaillés, et sont ainsi susceptibles de contenir des informations sensibles, ce qui comporte le risque d'aggraver les hostilités entre les parties. En outre, une éventuelle publication de procès-verbaux ou de transcriptions peut influencer le comportement des participants à l'audience, et même mettre un frein à l'évolution potentielle de l'arbitrage. De même, la correspondance entre les parties et les décisions du Tribunal relatives à la simple conduite de la procédure seront elles aussi protégées par la confidentialité car elles concernent des questions de procédure très précises ne relevant pas de l'intérêt public.

Le Tribunal note que les plaidoiries et les mémoires écrits « sont susceptibles de contenir des références à des documents ayant déjà été communiqués suite à un exercice de *disclosure*, et leur publication ou leur distribution non maîtrisée risquerait de donner une impression erronée de la procédure » (§ 101). En conséquence, leur publication « empêcherait la bonne information du public », créerait des hostilités supplémentaires entre les parties et aggraverait leur conflit (§ 102). Finalement, le Tribunal adopte des règles spécifiques quant à la divulgation de preuves et d'autres documents déposés en soutien des plaidoiries des parties. Le Tribunal estime qu'au vu de la variété de ces documents, il faut « laisser la porte ouverte à des décisions divergentes, délivrées au cas par cas » (§ 111).

Le Tribunal décide que, sauf accord des parties ou ordre du Tribunal, les restrictions imposées à la divulgation perdureront jusqu'à la conclusion de la procédure.

(c) Confidentialité de la base de données des Demandeurs (§§ 121-135)

Quant à la base de données, « les considérations de transparence ne sauraient prévaloir sur la protection d'informations privilégiées et/ou dont la divulgation serait contraire au droit national de l'une des parties » (§ 121). De fait, le Tribunal a analysé les lois italienne et communautaire sur la protection des données personnelles. Ces lois autorisent le transfert des données dans d'autres pays si ces derniers contiennent des lois similaires, ce qui est le cas de l'Argentine. Cependant, dans la mesure où le contrôleur des données doit respecter le droit

italien et les directives européennes sur les obligations d'enregistrement, il peut exiger la mise en place de certains contrôles supplémentaires. Dès lors, le Tribunal enjoint aux Demandeurs d'accorder un accès complet à la base de données au Défendeur, celle-ci restant cependant soumise à des règles d'utilisation particulières, à l'instar des informations confidentielles antérieurement communiquées au Défendeur.

(d) Admissibilité de documents issus d'arbitrages antérieurs, sans lien avec l'arbitrage en cours (¶¶ 136-151)

Pour s'opposer à l'admission de différents documents issus d'arbitrages antérieurs, les Demandeurs avancent deux arguments : (1) les documents en question sont confidentiels et (2) l'utilisation sélective et hors contexte de ces documents irait à l'encontre du principe d'égalité entre les parties. Le Défendeur répond que ces documents n'ont pas été produits lors de procédures se déroulant à huit clos, et qu'ils seraient en outre indispensables à des fins de procédure d'*impeachment*.

D'abord, quant à la question de confidentialité, le Tribunal se fonde sur les instructions énoncées dans les arbitrages antérieurs dont les documents en question sont issus. L'une des preuves, produite dans l'affaire *BG Group PLC c/ République d'Argentine*, avait par exemple fait l'objet d'une ordonnance de confidentialité. Le Défendeur considère que le recours déposé ultérieurement contre la sentence de BG Group devant la District Court ou le District de Colombie avait levé la confidentialité du dossier arbitral. Le Tribunal adopte une position différente et estime que la confidentialité n'a pu être levée que sur les preuves ayant fait partie du dossier devant le tribunal étatique. Par conséquent, la preuve en question n'est pas accueillie dans la présente affaire.

Quant aux preuves restantes, le Tribunal confronte « les droits de défense du Défendeur (...) et (i) le droit des Demandeurs à l'égalité des armes ainsi que (ii) l'intérêt général à assurer le bon déroulement de la procédure et la recherche de la vérité en particulier » (¶ 143).

Le Tribunal juge que les opinions d'experts et les transcriptions d'interrogatoires « ne sauraient être transposées un par un dans l'affaire présente » dans la mesure où, à la différence de déclarations de principes généraux, ces opinions ont été rendues lors d'autres arbitrages, qui impliquaient des TBI, des lois, des demandeurs, et enfin des faits et des problèmes juridiques différents. De plus, les Demandeurs ne seraient pas en mesure de comprendre pleinement le contexte dans lequel ces opinions ont été émises « puisque l'intégralité des archives de ces procédures ne sont pas librement accessibles aux Demandeurs et au Tribunal » (¶ 147).

Par ailleurs, l'importance de ces documents pour le Défendeur n'est que relative ; les documents contiennent des opinions d'universitaires reconnus, dont les positions sur les problématiques pertinentes en l'espèce peuvent aisément être obtenues ailleurs (que ce soit dans leurs publications, dans leurs opinions déposées dans le cas présent, ou encore lors de contre-interrogatoires de ces experts par le Défendeur).

3. Décision

Le Tribunal décide de limiter la divulgation de certains documents de la procédure – comme les procès-verbaux, les plaidoiries, les preuves ou la correspondance – sans néanmoins restreindre le droit des parties de pouvoir débattre publiquement de l'affaire (à condition que cela ne conduise pas à créer des hostilités entre les parties), ni de publier la sentence et son

contenu. Le Défendeur se voit accorder l'accès à la base de données des Demandeurs, accès soumis néanmoins à certaines restrictions décidées par le Tribunal. Enfin, le Défendeur n'obtient pas l'autorisation de soumettre des preuves initialement produites lors d'arbitrages antérieurs.