



# Assemblée générale

Distr. générale  
20 octobre 2010  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-quatrième session  
Vienne, 27 juin-15 juillet 2011

## **Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010)**

### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1-4	3
II. Organisation de la session.....	5-12	4
III. Délibérations et décisions.....	13	6
IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.....	14-100	6
A. Remarques générales .....	16-21	6
B. Forme d'une norme juridique sur la transparence .....	22-30	8
1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux .....	24-29	8
2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur .....	30	10
C. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence .....	31-75	10
1. Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale.....	32-39	10
2. Documents à publier.....	40-45	12
3. Conclusions présentées par des tiers (" <i>amici curiae</i> ") dans une procédure arbitrale .....	46-51	13
4. Audiences .....	52-60	14
a) Publicité des audiences .....	52-57	14
b) Transcriptions des audiences.....	58-59	16



---

c) Participation de tiers (“ <i>amici curiae</i> ”) aux audiences.....	60	16
5. Publication des sentences arbitrales.....	61-66	16
6. Exceptions possibles aux règles sur la transparence.....	67-72	17
7. Lieu de conservation des informations publiées (“registre”).....	73-75	19
D. Forme d’une norme juridique sur la transparence.....	76-100	20
1. Au niveau des traités d’investissement multilatéraux ou bilatéraux.....	78-94	20
a) Traités d’investissement multilatéraux ou bilatéraux futurs.....	78-84	20
b) Traités d’investissement multilatéraux ou bilatéraux existants.....	85-94	21
2. Au niveau de la relation entre l’État hôte et l’investisseur.....	95-100	23
V. Questions diverses.....	101-103	24
A. Préparatifs de la prochaine session du Groupe de travail.....	101	24
B. Questions à examiner par la Commission dans le cadre de travaux possibles dans le domaine de l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.....	102-103	25

## I. Introduction

1. La Commission a examiné la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008). À cette session, elle est convenue qu'il ne serait pour l'heure pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (le "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou le "Règlement") lui-même, et que tout examen des litiges entre investisseurs et États que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser à l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue par principe que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Une délégation a présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration a également été faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission a généralement estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence était un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et devrait être examinée à l'avenir. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (*ibid.*, par. 69) y compris l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen de la question de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités par le Groupe à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir au Secrétariat de nombreuses informations sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a insisté sur le fait que, lors de la composition des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'efforcer de réunir les meilleurs spécialistes du droit des traités et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités<sup>1</sup>.

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session, que

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait examinée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet. Elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à cette même session, le Secrétariat avait transmis aux États un questionnaire sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail<sup>2</sup>. Ces réponses sont reproduites dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs.

3. À la quarante-troisième session de la Commission, on a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011<sup>3</sup>.

4. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.158, aux paragraphes 5 à 11, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

## II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-troisième session à Vienne du 4 au 8 octobre 2010. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après<sup>4</sup>: Afrique du Sud (2013), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bélarus (2011), Bolivie (État plurinational de) (2013), Botswana (2016), Brésil (2016), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), France (2013), Grèce (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Malaisie (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Norvège (2013), Ouganda (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013),

---

<sup>2</sup> Ibid. *soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 190.

<sup>3</sup> Ibid., par. 191.

<sup>4</sup> Les six États membres suivants, élus par l'Assemblée générale le 3 novembre 2009, ont décidé de siéger en alternance jusqu'en 2016, comme suit: Bélarus (2010-2011, 2013-2016), République tchèque (2010-2013, 2015-2016), Pologne (2010-2012, 2014-2016), Ukraine (2010-2014), Géorgie (2011-2015) et Croatie (2012-2016).

République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Belgique, Croatie, Équateur, Finlande, Hongrie, Indonésie, Iraq, Pays-Bas, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Togo et Yémen.

7. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO).

8. Ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Bureau d'observateur permanent de la Ligue des États arabes à Vienne, Centre du commerce international (CNUCED/OMC), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et Union européenne.

9. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association arabe pour l'arbitrage international, Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation, Centre international d'arbitrage de Vienne de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Chambre d'arbitrage de Milan, Comité Français de l'Arbitrage (CFA), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial, Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Insolvency Institute, International Law Institute, Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration (RCICAL), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis et School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres.

10. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

*Président:* M. Salim Moollan (Maurice)

*Rapporteur:* M<sup>me</sup> Isabel Soares da Costa (Brésil)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.158); b) notes du Secrétariat relatives à l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et

États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs; et A/CN.9/WG.II/WP.160 et son additif).

12. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

### **III. Délibérations et décisions**

13. Le Groupe de travail a commencé ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs; et A/CN.9/WG.II/WP.160 et son additif). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur le point 5 de l'ordre du jour, "Questions diverses", au chapitre V.

### **IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités**

14. Le Groupe de travail a rappelé la discussion tenue à la quarante et unième session de la Commission, durant laquelle cette dernière est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence<sup>5</sup>. Il a également rappelé que son mandat, défini par la Commission à sa quarante-troisième session et mentionné aux paragraphes 2 et 3 ci-dessus, devait se limiter à l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités<sup>6</sup>.

15. Le Groupe de travail a procédé à sa présente session à une discussion préliminaire et générale, sans tenter à ce stade de parvenir à un consensus. Il s'agissait de cerner les questions à examiner à la session suivante du Groupe de travail.

---

<sup>5</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17)*, par. 314.

<sup>6</sup> *Ibid.*, *soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17)*, par. 190 et 191.

## A. Remarques générales

16. Des remarques générales ont été faites concernant le contexte de politique générale dans lequel se posait la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été dit que la discussion sur la nécessité d'assurer la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités devrait être envisagée dans le contexte de l'investissement étranger direct comme outil pour la croissance durable à long terme des pays en développement. Entre autres choses, il a été dit que l'investissement étranger direct contribuait à renforcer les capacités de production et à améliorer les infrastructures des pays; à améliorer l'accès à des services essentiels tels que l'eau, l'éducation et les soins de santé, notamment au bénéfice des pauvres et des marginalisés; et qu'il pouvait aussi générer des retombées en stimulant la demande et l'esprit d'entreprise du pays. Il a été ajouté que cela pouvait entraîner dans le pays un cercle vertueux d'augmentation de l'emploi et de la demande et, à terme, une croissance économique soutenue.

17. Il a été dit qu'en plus de contribuer à l'objectif général de promotion du développement durable au moyen du droit international de l'investissement la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et la possibilité réelle pour le public de participer à ces arbitrages étaient un moyen de promouvoir l'état de droit, la bonne gouvernance, les garanties d'une procédure régulière, l'honnêteté, l'équité et le droit d'accéder à l'information. Elles étaient aussi considérées comme une mesure importante s'agissant de faire face aux difficultés croissantes concernant la légitimité du droit international de l'investissement et de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux en tant que tels. Il a été dit que ces difficultés étaient notamment les suivantes: une augmentation du nombre d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et notamment du nombre de demandes abusives; une hausse des montants des dommages-intérêts octroyés; une incohérence croissante des sentences, accompagnée de préoccupations concernant le manque de prévisibilité et de stabilité juridique; et des incertitudes concernant la manière dont le système de règlement des litiges entre investisseurs et États s'articulait avec d'importantes considérations d'ordre public. Il a été dit que des normes juridiques renforçant la transparence permettraient à la population de mieux comprendre le processus et d'en renforcer la crédibilité générale.

18. Il a été dit que le fait que des organes, institutions et entités des Nations Unies, dont le Représentant spécial du Secrétaire général sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, s'employaient à promouvoir la transparence et à faire face aux problèmes de légitimité posés par le système de règlement des différends relatifs aux investissements montrait que la transparence et l'ouverture étaient l'expression de valeurs essentielles des Nations Unies telles que les droits de l'homme, la bonne gouvernance et l'état de droit.

19. Le Groupe de travail est convenu dans son ensemble qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui différait de l'arbitrage purement privé, où la confidentialité était une caractéristique essentielle. Conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États devraient être soumises à des exigences fondamentales de transparence et d'accès du public. L'avis a été exprimé que l'arbitrage entre

investisseurs et États fondé sur des traités pouvait comporter des questions d'ordre public et risquait d'entraîner d'importantes dépenses de fonds publics. À cet égard, il a été dit que certains traités d'investissement contenaient déjà des dispositions relatives à la transparence.

20. Il a été souligné que le Règlement de la CNUDCI était le plus utilisé pour résoudre les litiges entre investisseurs et États après celui du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Il a été dit qu'on avait modifié les règlements du CIRDI en 2006 pour les rendre plus transparents et permettre l'accès du public aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

21. Il a été dit qu'un trait essentiel de l'arbitrage était son caractère consensuel et qu'il convenait de garder cet élément à l'esprit lorsqu'on examinait la forme et la teneur d'une norme sur la transparence. Des réserves ont été émises à l'égard de toute norme qui chercherait à imposer la transparence comme une règle obligatoire, compte tenu du caractère ad hoc de l'arbitrage mené conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Certaines délégations ont aussi noté qu'il fallait garder à l'esprit l'efficacité et l'efficience de la procédure de règlement des litiges lorsqu'on examinait sur le fond la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

## **B. Forme d'une norme juridique sur la transparence**

22. Le Groupe de travail a ensuite examiné plus généralement le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre. D'autres discussions sur la question se sont tenues à un stade ultérieur de la session (voir par. 76 à 100 ci-après).

23. Il a été dit que le règlement des différends en vertu de traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux ("traités d'investissement") présentait des particularités qui pourraient amener les tribunaux arbitraux à étudier de près les activités législatives, administratives ou même judiciaires d'un État. En outre, les décisions des tribunaux arbitraux n'étaient généralement pas susceptibles d'appel. Sauf dans les procédures menées en vertu de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États ("Convention du CIRDI"), les sentences arbitrales avaient force exécutoire dans les conditions énoncées par la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York"). Il a été souligné que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités avait des incidences considérables et différait donc par nature des autres formes d'arbitrage commercial international. Il a également été dit que, lorsqu'on examinait la forme d'une norme juridique sur la transparence, dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondés sur des traités, il fallait garder à l'esprit la nécessité de tenir compte de deux niveaux distincts de consentement: le consentement entre les États, parties au traité d'investissement, et le consentement entre l'État hôte et l'investisseur, parties à l'arbitrage.

## 1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux

24. Une des possibilités évoquées était que le Groupe de travail envisage de définir un ensemble de règles sur la transparence, à caractère normatif, qui seraient incorporées dans les traités d'investissement conclus entre États. Il a été signalé qu'à ce niveau l'expérience avait montré qu'en dépit de l'existence de traités d'investissement types, les clauses étaient négociées au cas par cas et différaient généralement du modèle initial. Il a donc été dit qu'il pourrait être approprié de rédiger des clauses types, que les États pourraient inclure dans leurs traités d'investissement. Selon cette approche, une norme sur la transparence ne s'appliquerait que si les États en décidaient ainsi. Il leur appartiendrait donc de décider s'ils modifieraient leurs traités d'investissement existants pour y inclure ces normes, et d'incorporer les dispositions pertinentes dans leurs traités d'investissement futurs.

25. Certaines délégations ont proposé de limiter l'examen d'une norme juridique sur la transparence à un ensemble de règles ou de clauses types qui pourraient être incorporées dans les traités d'investissement, d'autres estimant que cette option devrait être remplacée ou complétée par l'adoption d'une norme juridique, prenant par exemple la forme de principes directeurs et applicable en cas de différend entre un investisseur et un État.

26. Il a été suggéré de rédiger une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui s'appliquerait si l'investisseur et l'État hôte partie à l'arbitrage en décidaient ainsi ou si le traité d'investissement prévoyait son application. Il a été dit que les normes juridiques sur la transparence auraient plus d'effet si elles étaient liées au Règlement. Divers avis ont été exprimés sur la question de savoir si une telle annexe devrait être facultative ou obligatoire et si des mécanismes d'option positive ou négative devraient être prévus. Il a été convenu que ces questions devraient être examinées plus avant.

27. Des questions ont été posées à propos de l'effet contraignant que des normes juridiques sur la transparence pourraient avoir sur les dispositions des traités d'investissement relatives à l'arbitrage faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en particulier sur celles ne précisant pas la version applicable du Règlement. Il a été dit que la plupart des traités d'investissement indiquaient que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'appliquait, sans autre précision. À cet égard, il a été dit que l'application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement conclus avant l'adoption de ces normes pourrait être contraire au droit international public et au principe fondamental du consentement dans l'arbitrage international.

28. Selon un autre avis, il importait de veiller à ce que toute norme juridique sur la transparence s'applique à tous les traités d'investissement existants, et il a été proposé d'élaborer des solutions créatives pour assurer l'application universelle d'une telle norme. À cet égard, il a été noté que le paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposait que le Règlement de 2010 était présumé s'appliquer lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue après le 15 août 2010, mais que cette présomption ne s'appliquait pas lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date. Il a également été noté que cette modification avait été apportée au paragraphe 2 de l'article premier pour tenir

compte de l'effet d'une application rétroactive et imprévisible (voir document A/CN.9/646, par. 76) et le Groupe de travail a indiqué qu'il fallait élaborer des solutions cohérentes à cet égard.

29. Il a été dit que l'élaboration d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui ne s'appliquerait qu'aux arbitrages relatifs aux investissements pourrait soulever des difficultés concernant la définition de ce type d'arbitrage (régé par cette annexe) par rapport à d'autres types d'arbitrage (auxquels elle ne s'appliquerait pas), et que cette question devrait également être examinée plus avant.

## **2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur**

30. S'agissant de la relation entre l'État hôte et l'investisseur, le Groupe de travail a considéré qu'il faudrait prendre à un stade ultérieur une décision de principe quant à savoir si l'investisseur devrait avoir la possibilité de rejeter une offre de recourir à un arbitrage en vertu des normes juridiques sur la transparence.

## **C. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence**

31. Le Groupe de travail a commencé à examiner le contenu possible d'une norme juridique qui serait élaborée concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été généralement convenu que les questions de fond à examiner à cet égard seraient les suivantes: publicité de l'ouverture des procédures arbitrales; documents à publier (tels que les actes de procédures, les ordonnances de procédure et les pièces justificatives); documents soumis par des tiers ("*amici curiae*") durant les procédures; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("*registre*").

### **1. Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale**

32. Certaines délégations ont déclaré que la publication d'informations sur l'ouverture d'une procédure arbitrale était une mesure importante pour assurer la transparence et donner tout leur sens aux autres dispositions en la matière. Le Groupe de travail a entendu un échange de vues préliminaires sur les conditions de la publicité de l'ouverture des procédures.

33. Différents points de vue ont été exprimés concernant les informations qu'il convenait de rendre publiques à ce stade initial de la procédure, en particulier sur la question de savoir si celles-ci devaient se limiter à l'existence du litige, ou s'il fallait publier également la notification d'arbitrage. Il a été suggéré que la notification d'arbitrage, qui déclenchait l'ouverture de la procédure en application de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit rendue publique. On s'est inquiété de ce que la publication de la notification d'arbitrage n'était peut-être pas suffisante pour fournir des informations équilibrées sur l'affaire. Elle pouvait en outre soulever diverses questions concernant notamment la protection d'informations confidentielles ou sensibles et les risques de demandes abusives. Il a été suggéré que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire. On a donné l'exemple des informations publiées par le Secrétariat du CIRDI. Il a été souligné

qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par la Convention du CIRDI le Secrétariat ne rendait pas publique la notification d'arbitrage et affichait sur son site Web, après enregistrement, le nom et l'objet de l'affaire ainsi que sa date d'enregistrement, conformément à la Convention.

34. Plusieurs avis ont été exprimés sur la question de savoir si les informations devraient être rendues publiques une fois la procédure engagée au moment où la notification d'arbitrage était reçue, ou au moment où le tribunal arbitral était constitué. Il a été jugé important d'informer rapidement le public de l'existence d'une procédure afin qu'il ait connaissance des étapes de la procédure arbitrale. Il a été dit que, d'un point de vue pratique, il n'était pas souhaitable de publier prématurément des informations, étant donné qu'aucun tribunal arbitral n'était encore constitué au moment de la notification d'arbitrage et qu'il était encore possible que la procédure n'ait pas lieu. Selon certains avis, il était peut-être préférable que les informations soient publiées une fois le tribunal arbitral constitué, de manière à garantir leur fiabilité.

35. Quant à savoir qui serait chargé de prendre l'initiative de rendre publique l'ouverture d'une procédure, divers points de vue ont été exprimés sur le point de savoir si cette responsabilité incombait à l'État d'accueil ou à l'investisseur. Il a été dit que les parties pourraient publier conjointement les informations, dès lors qu'elles y consentaient.

36. Le Groupe de travail est convenu de continuer d'examiner plus avant si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect devrait être passible de sanctions. Il a été suggéré que si l'obligation de publicité incombait aux parties et si celles-ci ne s'en acquittaient pas, elle pourrait alors être transférée au tribunal arbitral. En réponse à cette proposition, il a été dit que le tribunal arbitral n'aurait pas les moyens pratiques de s'en charger. On a également demandé comment il convenait de réagir si les parties convenaient de ne pas communiquer d'informations bien qu'elles y soient tenues en vertu des dispositions applicables.

37. S'agissant de la manière dont la publicité pourrait être organisée, plusieurs suggestions ont été faites, telles que laisser aux États le soin de publier les informations sur les sites Web des ministères pertinents ou par d'autres voies appropriées dans les pays concernés, ou d'établir un registre central. Concernant la première possibilité, il a été dit que les États n'avaient pas le même degré d'expérience de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Les États expérimentés seraient dotés des circuits permettant de publier ce type d'informations, alors que, pour des États moins expérimentés, cette possibilité serait difficile à mettre en pratique. Concernant la possibilité d'établir un registre central, on a indiqué que les institutions qui pourraient mener cette tâche étaient le secrétariat de la CNUDCI, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ou les autorités de nomination. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de la question lorsqu'il examinerait la question du lieu de conservation des informations publiées (voir par. 73 à 75 ci-après).

38. Il a également été souligné que la publication des informations sur les sites Web des organisations internationales ne suffirait peut-être pas pour atteindre le degré voulu d'information du public et qu'il faudrait peut-être rendre les informations accessibles sous d'autres formes.

39. Une remarque générale a été faite concernant l'élaboration de dispositions sur la publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale. Il a été déconseillé au Groupe de travail de prévoir des procédures trop détaillées, le non-respect de celles-ci pouvant donner lieu à des contestations fondées sur l'incompatibilité entre la procédure arbitrale et l'accord entre les parties. Il a été suggéré que le Groupe de travail envisage de s'en tenir à une formulation générale dans les dispositions sur la publication afin que celle-ci puisse se faire par tout moyen approprié et efficace. On a également souligné que des dispositions sur la transparence devraient prévoir une règle supplétive en cas de désaccord entre les parties afin d'éviter de long débats sur la question au cours de la procédure arbitrale.

## 2. Documents à publier

40. Le Groupe de travail a examiné la question des documents qui pourraient être publiés. Différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels, et quelles personnes seraient responsables de leur publication.

41. L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être mis à la disposition du public, afin que celui-ci soit informé de la procédure arbitrale et pour permettre à des tiers de soumettre plus facilement des mémoires d'*amicus curiae*. Une ordonnance rendue en l'affaire *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*<sup>7</sup> et l'Accord type canadien sur la protection de l'investissement étranger ont été cités comme exemples de textes contenant des dispositions relatives à la publication de documents. Il a été suggéré de mettre au point des mécanismes permettant de protéger les informations confidentielles ou sensibles et de régler tout différend qui pourrait survenir entre les parties concernant les informations à protéger. L'objet de tels mécanismes serait de faire en sorte que la transparence ne porte pas injustement préjudice à une partie. À titre d'exemple, il a été expliqué que si la divulgation des documents était généralement autorisée, la partie souhaitant divulguer un document devrait en informer l'autre 20 jours à l'avance. Le document ne serait publié que si les deux parties s'accordaient sur la manière de protéger les informations confidentielles ou si le tribunal arbitral avait résolu la question. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question de la protection des informations confidentielles ou sensibles, ainsi que celle des informations protégées qui ne pouvaient pas être publiées en vertu des lois applicables, à un stade ultérieur de la discussion (voir par. 67 à 72 ci-après).

42. Il a été dit qu'il ne serait pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt public et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace. À cet égard, il a été estimé que la publication des mémoires serait une tâche lourde mais encore gérable, alors que celle des témoignages et des rapports d'experts risquait de s'avérer coûteuse. Il a donc été proposé de faire une distinction entre, d'une part, les mémoires des parties et ordonnances des tribunaux arbitraux, qui pourraient être publiés et, d'autre part, les autres pièces et éléments de preuve, qui pourraient ne pas l'être. Il a été souligné que d'autres documents étaient

---

<sup>7</sup> *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada, ordonnance relative à la confidentialité, 21 janvier 2008.*

produits par les parties ou par le tribunal arbitral pendant la procédure. Il serait donc aussi possible de classer les documents pertinents en: a) documents officiels soumis au tribunal arbitral; b) pièces, déclarations écrites, rapports d'experts et documents soumis à l'appui des documents officiels; c) décisions et ordonnances du tribunal arbitral; d) procès-verbaux des déclarations et dépositions; et e) communications entre les parties. Il a donc été indiqué qu'il serait préférable de ne pas établir la liste des documents à publier et de prévoir plutôt que tous pourraient être publiés, en laissant au tribunal arbitral le pouvoir d'apprécier lesquels ne le seraient pas, compte tenu de facteurs tels que la charge incombant aux parties d'examiner tous ces documents pour indiquer quelles informations ne devraient pas être divulguées.

43. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il revenait aux parties ou au tribunal arbitral de décider de la publication des documents. Il a été estimé que les parties étaient les mieux placées pour déterminer s'il convenait de publier des documents et qu'elles devraient donc être celles qui prendraient cette décision. À cet égard, il a été dit en outre que l'accord des parties devrait être une condition préalable à la publication des documents. Toutefois, il a été souligné que, comme le montraient le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs, plusieurs États n'avaient pas d'expérience dans ce domaine et qu'il faudrait en tenir compte lors de l'élaboration des dispositions sur la transparence.

44. Selon d'autres avis, le tribunal arbitral devrait décider de la publication des documents au cas par cas. En conséquence, toute disposition sur ce point pourrait prévoir que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être publiés comme le décide le tribunal arbitral. On s'est inquiété de ce que le tribunal arbitral aurait trop de pouvoir et de liberté d'action s'il était le seul à décider en l'absence de lignes directrices. On s'est également inquiété de ce que cette tâche imposerait une charge trop lourde au tribunal. Il a également été suggéré que les parties pourraient aider le tribunal à déterminer quels documents seraient rendus publics et quelles informations il faudrait protéger.

45. Une autre question soulevée portait sur les aspects pratiques de la publication des documents, tels que la langue de publication.

### **3. Conclusions présentées par des tiers ("*amici curiae*") dans une procédure arbitrale**

46. De nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la soumission de conclusions par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*, dans les procédures arbitrales entre un investisseur et un État. Il a été dit que les mémoires d'*amicus curiae* pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral.

47. Il a été largement estimé que certains critères de restriction devraient être définis, notamment en ce qui concerne le sujet de ces mémoires, les compétences de l'*amicus curiae*, la pertinence des mémoires pour la procédure, le nombre de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis. À cette fin, il a été proposé que la décision d'autoriser ou non la soumission de tels mémoires soit laissée aux parties, étant donné qu'ils pourraient entraîner des coûts supplémentaires et retarder la procédure. En réponse, il a été dit qu'il ne serait pas judicieux de laisser la décision aux parties, étant donné que les mémoires d'*amicus curiae* étaient souvent favorables à une partie ou même, comme cela avait déjà été le cas, n'étaient

favorables à aucune. On a noté que l'objet de ces mémoires était d'éclairer le tribunal arbitral dans son processus de prise de décision. En conséquence, on a appuyé l'avis selon lequel le tribunal arbitral lui-même devrait jouer un rôle de "garde-fou" et décider si des mémoires d'*amicus curiae* pouvaient être soumis en se fondant sur certains critères. Il a été dit qu'on disposait d'une expérience suffisante de ces critères, notamment dans le cadre de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), avec la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie et les différents modèles de traités bilatéraux d'investissement.

48. Le Groupe de travail a laissé ouverte la question de savoir si le tribunal arbitral aurait toute latitude pour autoriser les mémoires d'*amicus curiae* ou s'il devrait consulter les parties, conformément au caractère consensuel des procédures arbitrales.

49. Il a été fait observer qu'il convenait d'établir une distinction entre deux types d'*amicus curiae* et peut-être de les considérer différemment: d'une part, le tiers pouvant avoir intérêt à contribuer au règlement du différend et, d'autre part, un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité. En réponse, il a été dit que l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur est ressortissant pourrait soulever des questions liées à la protection diplomatique et appelait un examen attentif. Il a été suggéré que le tribunal arbitral identifie les tiers qui pourraient contribuer au règlement du différend et les invite à l'assister. L'État d'origine de l'investisseur pourrait être l'un de ces tiers.

50. Il a été dit également que le rôle de l'*amicus curiae* devrait être examiné du point de vue des systèmes juridiques nationaux qui connaissaient mal ce concept. À cet égard, il a été demandé si un *amicus curiae* pouvait être considéré comme un expert, ce qui posait la question de la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire. En réponse, il a été dit que le rôle de l'*amicus curiae* était différent de celui d'un expert, étant donné que les experts étaient habituellement nommés par le tribunal arbitral sous certaines conditions d'impartialité et d'indépendance. Le Groupe de travail a pris note de la proposition de définir le terme "*amicus curiae*" et le rôle qu'un *amicus curiae* était censé jouer en précisant qui pourrait être autorisé à comparaître à ce titre, s'il devrait s'agir d'une personne physique ou morale, quels seraient les critères régissant sa participation et si celle-ci devrait être laissée à la décision du tribunal arbitral ou des parties, quelle forme prendraient ses mémoires, ainsi que d'autres aspects pratiques tels que la détermination et la répartition du coût de ses interventions.

51. Dans le contexte plus large de la soumission de conclusions par un *amicus curiae*, on a souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité des conclusions des *amici curiae* dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur serait accordé. Eu égard à leur rôle, on s'est demandé s'il faudrait leur accorder un niveau d'accès différent de celui du public.

#### 4. Audiences

##### a) Publicité des audiences

52. Le Groupe de travail a examiné si les audiences devraient être ouvertes au public. Il a été précisé que par “publicité des audiences” ou “audiences ouvertes au public”, le Groupe de travail entendait que le public était autorisé à assister aux audiences mais pas à y participer activement.

53. De nombreuses délégations ont appuyé la publicité des audiences. Il a été dit qu’elle constituait un élément fondamental d’un système transparent qu’il faudrait promouvoir dans l’arbitrage en matière d’investissements internationaux. Il a été dit en outre que la logique qui pourrait justifier l’accès du public aux documents devrait aussi s’appliquer à la publicité des audiences. Celle-ci était considérée comme essentielle pour renforcer la sensibilisation et la confiance du public en ce qui concerne l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

54. Il a été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme sur la transparence devrait inverser la règle par défaut figurant au paragraphe 4 de l’article 25 du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI de 1976 et au paragraphe 3 de l’article 28 de la version révisée en 2010 du Règlement, et disposer que les audiences se tiennent en public sauf convention contraire des parties. Le Groupe de travail est convenu que la question du consentement des parties à la publicité des audiences devrait être examinée plus avant à un stade ultérieur.

55. Il a été demandé si la publicité des audiences visait également les médias et l’éventualité que les procédures arbitrales soient diffusées dans le monde entier. Il a été dit que la possibilité d’assister à des audiences publiques dépendrait du lieu où se trouvait le public intéressé et que la diffusion des audiences permettrait l’accès le plus vaste du public. Selon un autre point de vue, si les médias étaient autorisés à assister aux audiences, il faudrait que, comme dans les procédures judiciaires ordinaires, ils ne soient pas autorisés à enregistrer ni à diffuser les débats.

56. Il a été noté que les audiences pouvaient aussi toucher des informations confidentielles ou sensibles et que l’accès du public n’était donc pas souhaitable en tant que règle générale et ne devrait pas être accepté dans tous les cas. À cet égard, il a été dit que, dans certaines circonstances, des mécanismes devraient être mis en place pour limiter l’accès du public aux audiences, et des dispositions logistiques pourraient être prises pour que les audiences se tiennent à huis clos lorsqu’on y traitait d’informations confidentielles ou sensibles. Il a été généralement convenu qu’il serait préférable de laisser le tribunal arbitral libre de décider de tenir les audiences à huis clos dans des circonstances exceptionnelles et au cas par cas. À l’appui de cette idée, il a été dit que le tribunal arbitral était le mieux placé pour trouver un juste équilibre entre l’intérêt du public et des intérêts divergents tels que la nécessité d’assurer le bon déroulement des audiences et d’éviter que le différend ne s’aggrave. Il a été proposé que les décisions du tribunal arbitral sur la publicité des audiences soient prises en consultation avec les parties. Il a été noté que les motifs de tenir une audience à huis clos pourraient être examinés dans le cadre des exceptions possibles aux règles sur la transparence (voir par. 67 à 72 ci-après).

57. Des réserves à caractère général ont été formulées à l’égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l’arbitrage, qui, a-t-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l’accès de tiers aux audiences. Il a

été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités soulèverait souvent des questions à caractère politique et que la publicité des audiences soumettrait probablement l'État participant à une pression accrue. La participation du grand public risquait donc de ne pas faciliter le règlement du différend mais de le compromettre. Des avis ont été exprimés en faveur du maintien de la règle générale par défaut figurant dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, aux termes de laquelle "sauf convention contraire des parties, les audiences se tiennent à huis clos". Selon un autre avis, les audiences ne devraient pas être publiques mais les transcriptions des débats devraient être accessibles au public après suppression des informations confidentielles ou sensibles.

**b) Transcriptions des audiences**

58. Il a été généralement convenu que la décision de rendre publiques les transcriptions des audiences dépendrait de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences. Il a été suggéré que dans les cas où les audiences se sont déroulées à huis clos, les transcriptions ne soient accessibles au public que dans des circonstances exceptionnelles où le huis clos avait été décidé pour des raisons logistiques et non pour protéger des informations confidentielles ou sensibles. Dans de telles circonstances, la publication des transcriptions permettrait au public n'ayant pas pu assister aux audiences d'être informé de la teneur des débats. On a fait observer que le fait de rendre les transcriptions accessibles au public renforcerait l'effet positif de la publicité des audiences. À cet égard, une délégation a expliqué que dans un cas où les audiences étaient publiques, sa pratique avait été d'en publier les transcriptions sur Internet.

59. Le Groupe de travail a été informé qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par le Règlement du CIRDI, la décision de tenir des audiences publiques était laissée au tribunal arbitral à moins que l'une ou l'autre des parties ne s'y oppose. En revanche, le consentement des parties était nécessaire pour rendre les transcriptions accessibles au public. Il a été dit en outre que la publication des transcriptions était une question généralement laissée à l'État défendeur, au moins dans les affaires régies par l'ALENA, et que le CIRDI n'avait à ce jour publié aucune transcription sur son site Web.

**c) Participation de tiers ("*amici curiae*") aux audiences**

60. Il a été noté que la pratique générale avait été de permettre à des *amici curiae* de soumettre des conclusions écrites mais pas d'assister aux audiences ni d'y participer activement. Cependant, il a été estimé que la participation d'*amici curiae* ne devrait pas être exclue puisque les tribunaux pourraient dans certains cas vouloir interroger un *amicus curiae* à une audience, et qu'en conséquence toute disposition sur la question devrait comporter un certain degré de discrétion. Comme argument en faveur d'une participation d'*amici curiae* aux audiences, il a été dit qu'un *amicus curiae* avait souvent une connaissance spéciale du sujet sur lequel portait le différend. Il a été expliqué également que les conclusions écrites devraient peut-être dans certains cas être complétées par des explications orales. Il a été dit en outre que la participation d'*amici curiae* aux audiences donnerait davantage de poids à leurs interventions dans le processus, ce qui aurait une incidence positive sur l'image de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. D'un autre côté, il a été noté que dans les procédures régies par l'ALENA pour lesquelles des conclusions

écrites soumises par des *amici curiae* pouvaient être acceptées par le tribunal arbitral, leur participation aux audiences n'avait pas été jugée nécessaire.

## 5. Publication des sentences arbitrales

61. Le Groupe de travail a examiné la question de la publication des sentences et pris note des dispositions sur la question figurant au paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et au paragraphe 5 de l'article 34 de la version révisée en 2010 du Règlement. Ces deux versions du Règlement disposent en substance que la publication d'une sentence nécessite le consentement de l'ensemble des parties.

62. De nombreuses délégations ont appuyé la création d'une disposition générale selon laquelle les sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités devraient être publiées, ce qui supposait de s'écarter du principe énoncé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été dit que si d'autres documents devaient être publiés, les sentences devraient évidemment l'être aussi. Même si aucun autre document n'était publié, la publication des sentences constituerait un pas décisif dans l'amélioration de la légitimité du processus et la constitution d'une jurisprudence accessible et cohérente. La publication des sentences contribuerait aussi à fournir des informations sur l'interprétation des traités, qui pourraient être utiles aux parties au traité non parties au différend ou même à des parties à d'autres traités.

63. L'avis a été exprimé qu'une disposition sur la question pourrait aussi préciser que les sentences doivent être rendues publiques à moins que les parties à l'arbitrage n'en décident autrement. Il a été suggéré que, le cas échéant, il pourrait toujours être possible de publier des extraits de sentences contenant le raisonnement juridique pertinent, comme le fait le Secrétariat du CIRDI. Il a été souligné que tout accord entre les parties aux fins de la confidentialité des sentences susciterait des soupçons de la part du public et qu'à moins que des raisons de sécurité publique ne le commandent, il ne serait pas souhaitable de refuser la publication des sentences.

64. Il a été dit qu'une disposition sur la publication des sentences devrait aussi contenir des règles de protection des informations confidentielles ou sensibles. Il a été expliqué que des difficultés pourraient survenir si le tribunal arbitral devait consulter les parties sur les informations à caractère confidentiel à supprimer du texte de la sentence et que la publication des sentences pourrait donc avoir une incidence sur la manière dont elles seraient rédigées et sur leur contenu. Il a été noté que les raisons d'expurger ou de ne pas publier une sentence pourraient être traitées dans le cadre des exceptions possibles aux règles sur la transparence (voir par. 67 à 72 ci-après).

65. Il a été suggéré d'établir une différence entre les sentences rendues par le tribunal arbitral à différents stades de la procédure et de rendre la publication de la sentence finale obligatoire en laissant la publication des autres sentences à l'appréciation du tribunal arbitral ou des parties. En réponse, il a été dit qu'il n'était pas rare qu'un tribunal arbitral rende des sentences sur différentes questions à différents moments et que le public pourrait être intéressé par chacune d'entre elles. Il a également été suggéré qu'outre la publication des sentences, les dispositions sur la question pourraient permettre la publication des documents mentionnés dans les

sentences, en particulier si ces documents n'avaient pas été publiés antérieurement et ne revêtaient plus de caractère sensible.

66. S'agissant de la rédaction, il a été souligné que plusieurs dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI portaient sur les sentences et que toute norme juridique sur la question devrait être conforme à ces dispositions.

## 6. Exceptions possibles aux règles sur la transparence

67. Le Groupe de travail a ensuite examiné les exceptions possibles aux règles sur la transparence aux fins de protéger des informations confidentielles et sensibles (appelées pendant la discussion "*carve outs*", ou "traitements spéciaux"). L'avis a été exprimé que toute disposition sur la question devrait être rédigée de manière générique, ce qui éviterait de devoir envisager toutes les circonstances possibles et laisserait au contraire un grand pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral. Il a en outre été indiqué qu'une définition générique du terme "information confidentielle" figurait dans des traités d'investissement existants. Une "information confidentielle" pourrait par exemple être définie comme "toute information factuelle sensible non disponible dans le domaine public". Une telle définition couvrirait les informations qui pourraient être désignées comme sensibles par l'une ou l'autre des parties au litige. Il a été dit que d'autres catégories d'informations non incluses dans la notion d'"information confidentielle" devraient peut-être également être protégées, par exemple les informations qui pourraient être utilisées pour faire obstacle à l'application des lois et celles qui ne pouvaient être divulguées en vertu de la loi d'une partie. L'avis a été exprimé qu'il était difficile d'élaborer une définition complète de l'expression "information confidentielle" mais qu'il serait utile de fournir aux tribunaux arbitraux des indications sous la forme d'exemples.

68. Il a été dit qu'un autre modèle contenait des indications utiles pour les arbitrages entre investisseurs et États: les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), dont les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 sur la recevabilité et la valeur probante des preuves contenaient des dispositions sur la confidentialité.

69. L'avis a été exprimé qu'il revenait au tribunal arbitral de déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles. Il a été expliqué que, dans la pratique de certains États, les parties contestantes avaient la charge de signaler au tribunal arbitral quelles informations étaient confidentielles ou autrement protégées, ce qui permettait au tribunal d'examiner la question et de prendre une décision.

70. D'une manière générale, il a été dit que même si des exceptions étaient nécessaires pour protéger les informations confidentielles ou sensibles, elles ne devraient pas être importantes au point d'affaiblir les règles principales sur la transparence. Il a également été suggéré que les exceptions à la transparence aux fins de protéger des informations confidentielles ou sensibles devraient apporter des précisions et des orientations afin d'éviter tout différend entre les parties sur ce point.

71. On s'est interrogé sur les conditions dans lesquelles ces exceptions seraient appliquées et la question de savoir si une sanction devrait être prévue au cas où une partie ne respecterait pas ses obligations de confidentialité. Il a été suggéré que les États pouvaient invoquer des immunités pour se défendre. Une sanction possible mentionnée concernait les coûts. Le paragraphe 7 de l'article 9 des Règles de l'IBA

sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010) a été cité comme un exemple de disposition prévoyant une telle sanction. Ce paragraphe dispose que "Si le Tribunal arbitral estime qu'une partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure permise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve".

72. On s'est demandé si des exceptions précises pourraient être envisagées pour traiter de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral. Il a été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de cette question dans le cadre du débat sur la transparence, mais qu'elle ne relevait pas nécessairement des exceptions relatives à la protection des informations confidentielles et sensibles. Il a généralement été convenu que la protection de l'intégrité du processus arbitral devait être assurée par le tribunal arbitral qui, en tout état de cause, jouissait déjà d'une grande latitude à cet égard en vertu de l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et de l'article 17 de la version du Règlement révisée en 2010. Il a été estimé que la question générale de la gestion de l'instance était importante et qu'elle devrait être examinée plus avant avec chaque question de fond.

#### **7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")**

73. Le Groupe de travail a rappelé qu'un certain nombre de suggestions avaient été formulées concernant les mécanismes à mettre en place pour assurer l'accès du public aux informations qui pourraient être rendues publiques aux fins d'assurer la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été rappelé que lors des délibérations du Groupe de travail sur les questions de fond, il avait été proposé que les informations soient rendues publiques par les parties – l'État d'accueil ou l'investisseur – ou dans un registre neutre. Il a été souligné que les informations concernant les procédures d'arbitrage menées en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pouvaient être publiées par le secrétariat de la CNUDCI sur son site Web. La Cour permanente d'arbitrage de La Haye ("CPA") a également été mentionnée, entre autres institutions, comme une entité qui pourrait fournir ce service (voir par. 37 ci-dessus).

74. Il a été généralement estimé qu'il fallait tout d'abord mieux définir le rôle qu'un tel registre pourrait jouer avant de décider si les parties ou d'autres entités devraient être chargées de cette tâche. On s'est demandé si, concernant la publication d'informations sur l'ouverture d'une procédure d'arbitrage, cet organe devrait également procéder à un examen préliminaire des informations reçues, en particulier au cas où une norme juridique sur la question disposerait que les informations devaient être publiées avant qu'un tribunal arbitral ne soit constitué. Dans ce cas, il devrait déterminer si l'affaire relevait de l'éventuelle norme juridique sur la transparence et, par exemple, s'il y avait bien eu une convention d'arbitrage. On s'est également demandé s'il serait compétent non seulement pour les affaires d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, mais aussi pour d'autres affaires résultant de contrats entre États et investisseurs et relevant du droit de l'investissement ou d'autres cas encore. À cet égard, on s'est également demandé s'il serait en mesure de refuser de publier de telles affaires.

75. Le Groupe de travail a été informé que, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI étant un instrument des Nations Unies, il serait logique que le Secrétariat

de l'Organisation des Nations Unies fournisse de tels services aux États. Il a en outre été noté que le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation, dont dépend le secrétariat de la CNUDCI, avait une certaine expérience de ce type de services et notamment de la publication des instruments de ratification, d'adhésion et d'acceptation des conventions internationales. La CPA a confirmé qu'elle était disposée à fournir de tels services au cas où le secrétariat de la CNUDCI ne le ferait pas.

#### **D. Forme d'une norme juridique sur la transparence**

76. Le Groupe de travail a rappelé ses discussions antérieures sur le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (voir par. 22 à 30 ci-dessus). S'agissant de la forme, de nombreuses délégations ont appuyé l'idée d'ajouter des normes juridiques sur la transparence en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sous la forme d'une annexe ou, étant donné que le Règlement ne faisait pas référence à une annexe, sous la forme de règles autonomes sur la transparence. Il a également été dit que les dispositions sur la transparence pourraient prendre la forme de principes directeurs ou de clauses types.

77. Afin de faciliter la discussion sur l'applicabilité de règles sur la transparence, il a été proposé d'établir une distinction entre l'offre de recours à l'arbitrage faite par les États parties à un traité et le consentement donné ensuite par l'investisseur, au niveau investisseur-État.

##### **1. Au niveau des traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux**

78. S'agissant du premier niveau de consentement (niveau du traité), il a été suggéré d'établir une seconde distinction entre traités d'investissement futurs et existants.

##### **a) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux futurs**

79. Le Groupe de travail a examiné si les traités d'investissement futurs devraient comporter une référence expresse aux règles sur la transparence aux fins de leur application, en plus d'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Selon plusieurs avis, pour éviter l'incertitude juridique et les divergences d'interprétation qui pourraient résulter de l'absence de référence aux règles sur la transparence, une solution préférable serait de prévoir le consentement exprès des parties. Il a été dit que les États auraient connaissance de l'existence de nouvelles règles sur la transparence et que l'absence de référence explicite à ces règles dans un traité d'investissement devrait être interprétée comme une décision de ne pas les appliquer. En particulier, il a été souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contenait aucune disposition sur la publication des documents, la publicité des audiences ou la participation de tiers, et qu'on pourrait donc difficilement déduire d'une référence au Règlement qu'il existe un accord implicite d'appliquer également des règles supplémentaires sur la transparence.

80. Cependant, il a été souligné qu'en exigeant une référence spécifique pour que les règles sur la transparence s'appliquent dans le contexte des traités

d'investissement futurs, on diminuerait l'importance des travaux que mène actuellement le Groupe de travail. Selon un autre point de vue, en incluant dans les règles sur la transparence des dispositions relatives à leur applicabilité, on rendrait plus claires leurs modalités d'application et d'utilisation. Par exemple, il pourrait être précisé que les règles sur la transparence s'appliquent dès lors qu'il est fait référence à la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

81. Il a été dit qu'une solution permettant de concilier les différents points de vue exprimés pourrait être de rédiger des règles reflétant un haut niveau de transparence mais qui ne s'appliqueraient que si les parties optaient expressément pour un arbitrage transparent. De l'avis général, ces questions devaient être examinées plus avant à une session ultérieure.

82. Il a été rappelé que le mandat confié au Groupe de travail par la Commission à sa quarante-troisième session était d'élaborer un instrument sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir par. 2 ci-dessus), le Groupe de travail étant libre de décider comment il s'acquitterait de cette tâche. Il a été ajouté que si l'instrument élaboré s'appliquait seulement si le traité d'investissement y faisait expressément référence, cela représenterait une importante lacune dans l'exécution du mandat. Il a été dit ensuite qu'il fallait répondre aux critiques selon lesquelles le système actuel d'arbitrage entre investisseurs et États était parfois décrit comme fermé et ne servant pas l'intérêt général. Il a été dit encore que le moment était peut-être venu de répondre à ces critiques en adoptant des dispositions sur la transparence qui seraient largement appliquées dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. À cet égard, il a été dit que le Groupe de travail devrait, dans l'instrument qu'il élaborerait sur la transparence, fournir une présomption que les règles sur la transparence s'appliqueraient à l'avenir aux arbitrages relatifs aux investissements. Il a été suggéré que le Groupe de travail examine comment créer au mieux cette présomption.

83. À l'appui de cet avis, il a été dit qu'une présomption de l'application des règles sur la transparence pourrait se concevoir de manière à donner aux parties le degré de certitude nécessaire quant à savoir si elles agissaient en vertu des dispositions relatives à la transparence dans un arbitrage donné. À titre d'exemple, il a été suggéré que la partie des règles sur la transparence traitant de leur applicabilité pourrait inclure un libellé du type "les présentes règles seront incorporées au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour tout arbitrage régi par ce Règlement en application d'un traité d'investissement ratifié ci-après à moins que ce traité ne dispose expressément qu'elles ne s'appliquent pas". Il a été dit qu'un tel libellé présenterait l'avantage de créer une présomption en faveur de la transparence en ce qui concerne le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

84. Il a été généralement convenu que les dispositions visant l'application des règles sur la transparence aux traités futurs devraient être claires et fournir le degré de certitude voulu quant à l'existence d'un consentement des parties sur l'adoption de ces règles dans le cadre de leur processus d'arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a également été suggéré que le texte adopté concernant les traités futurs soit examiné du point de vue de son impact sur les traités d'investissement déjà conclus.

**b) Traités d'investissement multilatéraux ou bilatéraux existants**

85. Le Groupe de travail a envisagé l'application d'une nouvelle norme aux traités d'investissement existants. Il a été estimé que cette question avait des incidences pratiques importantes étant donné que plus de 2 500 traités d'investissement étaient en vigueur à ce jour<sup>8</sup>, mais que moins de 10 avaient été conclus en 2010.

86. De nombreuses délégations ont exprimé l'avis qu'il serait souhaitable que les règles sur la transparence s'appliquent également aux traités d'investissement existants, ce qui, a-t-on jugé, servirait le mandat confié par la Commission, à savoir améliorer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Toutefois, on s'est demandé si cette application était réalisable, du fait par exemple de la grande diversité des dispositions de traités se référant à l'arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, et si elle pourrait se faire au moyen d'un instrument élaboré par le Groupe de travail et adopté par la Commission.

87. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'effet du paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui disposait que: "Les parties à une convention d'arbitrage conclue après le 15 août 2010 sont présumées s'être référées au Règlement en vigueur à la date à laquelle commence l'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues d'appliquer une version différente du Règlement. Cette présomption ne s'applique pas lorsque la convention d'arbitrage a été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date." Il a été rappelé en outre que le Règlement de 1976 ne contenait aucune présomption que le texte serait susceptible d'être modifié.

88. Le Groupe de travail a examiné différents moyens d'obtenir la certitude que les règles sur la transparence s'appliqueraient aux traités d'investissement existants. Il a été dit que l'application de règles sur la transparence aux traités d'investissement existants ne devrait entraîner aucune application rétroactive de ces normes.

89. Il a été suggéré que le consentement des États parties à un traité d'investissement à recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en vertu du Règlement de la CNUDCI pourrait être interprété comme un consentement à recourir à un système d'arbitrage se développant avec le temps. Selon cet avis, les règles sur la transparence s'appliqueraient automatiquement, dès lors qu'elles feraient partie du système évolutif d'arbitrage de la CNUDCI. Selon un autre avis, il n'était pas certain qu'on ne puisse déduire de la simple mention du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans un traité d'investissement que les parties acceptaient automatiquement d'être liées par toute modification du Règlement. Il a également été dit qu'une application automatique des règles sur la transparence aux traités d'investissement existants faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait impossible, sauf si les États parties faisaient une déclaration conjointe en application de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. À cet égard, il a aussi été noté que le Règlement d'arbitrage de la

---

<sup>8</sup> On trouvera un recueil en ligne de tous les traités d'investissement dans la base de données de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), consultée le 28 juillet 2010 à l'adresse [http://www.unctadxi.org/templates/Startpage\\_\\_\\_\\_718.aspx](http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx).

CNUDCI ne contenait aucune référence à une annexe ou à un instrument qui devrait être lu conjointement avec lui.

90. Le Groupe de travail a étudié la question de la forme que prendrait un consentement exprès des États. Il a été dit que les procédures de modification des traités d'investissement existants étaient trop lourdes et trop longues.

91. Il a été dit que la CNUDCI avait notamment pour mandat de préparer de nouvelles conventions internationales, lois types et lois uniformes ou d'en encourager l'adoption<sup>9</sup>, mais qu'elle n'avait pas le pouvoir de créer d'elle-même des obligations législatives pour les États sans leur consentement. Par conséquent, il a été estimé que la seule possibilité pour le Groupe de travail d'améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités était de formuler des dispositions et d'encourager les États à les utiliser.

92. L'avis a été exprimé que si une norme juridique sur la transparence prenait la forme d'un instrument non contraignant, tel que des lignes directrices, la question de leur applicabilité ne se poserait pas. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait prématuré, à ce stade de la discussion, de prendre une décision définitive sur la forme de la norme juridique qui serait élaborée.

93. Diverses suggestions ont été faites pour améliorer la certitude que les règles sur la transparence s'appliqueraient aux traités existants, portant notamment sur des déclarations unilatérales ou une interprétation conjointe des gouvernements, un instrument ouvert à la signature ou à la ratification, dans lequel les États pourraient exprimer leur consentement à un arbitrage transparent ou accepter d'appliquer les règles sur la transparence prévues par les traités existants. Il a été dit en outre que même si des déclarations unilatérales étaient possibles, des déclarations conjointes seraient préférables pour assurer un traitement équitable et correspondraient à la pratique actuelle en matière de traités. Il a été dit que des instruments interprétatifs avaient une valeur juridique limitée.

94. Convenant que toutes les suggestions exigeaient une analyse juridique plus approfondie, le Groupe de travail a décidé que cette question devrait être examinée plus avant à une session ultérieure.

## **2. Au niveau de la relation entre l'État hôte et l'investisseur**

95. S'agissant du deuxième niveau de consentement (entre investisseurs et États), il a été noté qu'une décision de politique générale devrait être prise quant à savoir si un investisseur serait lié par l'offre d'un État de recourir à l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, y compris les règles sur la transparence, ou s'il aurait la latitude de rejeter l'offre de recourir à un arbitrage transparent.

96. Il a été dit que dans la pratique arbitrale, il était possible de négocier les règles d'arbitrage qui s'appliqueraient. Toutefois, l'avis général était qu'en donnant à l'investisseur le dernier mot concernant l'application des règles de transparence, on l'avantagerait à tort et on provoquerait une diminution de la transparence. On a indiqué qu'une telle approche serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été souligné en outre qu'à la différence de l'arbitrage commercial,

---

<sup>9</sup> Voir résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités se faisait sur la base d'un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité pour l'investisseur de refuser les offres de l'État d'accueil. Cependant, il a été dit que pour garantir l'égalité des parties dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, il pourrait être souhaitable de prévoir qu'un investisseur a le droit de réagir à l'offre de l'État d'accueil de recourir à un arbitrage transparent.

97. La question s'est posée de savoir dans quelle mesure les parties au différend devraient être autorisées à déroger à certaines dispositions des règles sur la transparence et on pourrait légalement les en empêcher. L'avis a été exprimé que le traité entre les États parties empêcherait un État partie et l'investisseur de déroger aux règles sur la transparence. Selon une opinion contraire, les parties au différend pourraient toujours, juridiquement, modifier leur convention d'arbitrage (y compris la référence aux règles sur la transparence qu'elle contiendrait), et il n'était donc pas possible de fixer dans les règles sur la transparence des dispositions non susceptibles de dérogation. Selon un autre point de vue, la décision de déroger aux règles sur la transparence devrait être prise formellement par le tribunal arbitral à la demande des parties. Il a été répondu qu'une telle approche placerait le tribunal arbitral dans une position délicate à un stade initial de la procédure.

98. On a suggéré de rendre certaines dispositions des règles sur la transparence non susceptibles de dérogation, par exemple en omettant dans ces règles le droit des parties de les modifier par un accord ultérieur, tel que celui figurant au paragraphe 1 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À l'appui de cette suggestion, il a été dit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lui-même contenait également des dispositions auxquelles il ne pouvait être dérogé. Il a été proposé de préciser, pour chacune des dispositions des règles sur la transparence, si elle serait susceptible de dérogation, en tenant compte du fait qu'on pourrait dire que certaines règles confèrent ces droits aux tiers.

99. On a rappelé que ces difficultés pourraient être évitées en élaborant des recommandations ou principes directeurs non contraignants.

100. Le Groupe de travail est convenu que toutes ces suggestions exigeaient une analyse juridique plus approfondie et que ces questions devaient être examinées plus avant à une session ultérieure.

## **V. Questions diverses**

### **A. Préparatifs de la prochaine session du Groupe de travail**

101. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer pour sa prochaine session des documents de travail présentant une analyse des questions de forme et de fond examinées à sa présente session, y compris des exemples de dispositions sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il l'a prié en outre d'élaborer, si cela était possible et souhaitable, des dispositions types pour examen. Les délégations ont été invitées à fournir au Secrétariat les informations, notamment les contributions et propositions écrites, qu'elles jugeraient pertinentes sur les questions examinées à la présente session.

---

**B. Questions à examiner par la Commission dans le cadre de travaux possibles dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités**

102. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 3 ci-dessus), le Groupe de travail a tenu une discussion afin d'identifier d'autres questions se posant plus généralement dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires et pourraient donc être portées à l'attention de la Commission à une session future.

103. Il a été proposé de porter à l'attention de la Commission, à une session future, la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant, mentionnée au paragraphe 49 ci-dessus. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander à la Commission s'il pouvait se saisir de cette question dans le cadre de ses travaux en cours. Une autre suggestion a été faite concernant le sujet de l'impartialité et de l'indépendance des arbitres. L'idée de porter cette question à l'attention de la Commission n'a pas été appuyée.

---