



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-sixième session
Vienne, 8-26 juillet 2013

**Résolution des litiges commerciaux: projet de règlement sur
la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États
fondé sur des traités**

Compilation des commentaires des États

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Commentaires reçus des États	2
Allemagne	2
Kenya	3
Libéria	3
Singapour	4
Slovaquie	6
États-Unis d'Amérique	7



I. Introduction

1. En préparation de la quarante-sixième session de la Commission (Vienne, 8-26 juillet 2013), le texte du projet de règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, tel qu'il résultait de la troisième lecture par le Groupe de travail II, a été, à la demande de ce dernier, distribué sous la cote A/CN.9/783 à tous les États pour commentaires (voir A/CN.9/765, par. 14).
2. Le présent document reproduit les commentaires qu'a reçus le Secrétariat concernant le projet révisé de règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Les commentaires que recevra le Secrétariat après la parution du présent document seront publiés dans des additifs, dans l'ordre de leur réception.

II. Commentaires reçus des États

Allemagne

[Original: anglais]
[Date: 26 avril 2013]

1. *Projet d'article 4 – Observations présentées par des tiers*: il est proposé de supprimer, à l'article 4, par. 2 a), le membre de phrase "(notamment toute organisation le contrôlant directement ou indirectement)".
2. *Projet de modification de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*: l'Allemagne est plutôt favorable à la solution d'un appendice; elle se prononce pour la disposition figurant au paragraphe 29 du document A/CN.9/783 avec le maintien des mots "en appendice".
3. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI comporterait en appendice le règlement sur la transparence et constituerait un règlement d'arbitrage spécifiquement adapté à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur un traité (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013). Les parties ayant engagé une procédure d'arbitrage régie par un autre règlement d'arbitrage pourraient néanmoins inclure le Règlement de la CNUDCI sur la transparence.
4. *Projet d'article premier – Champ d'application, paragraphe 2*: "2) Dans le cas d'arbitrages entre investisseurs et États engagés i) conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité conclu avant (date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence), ou ii) d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité et engagés conformément à un autre règlement d'arbitrage ou ad hoc, le présent Règlement s'applique si: a) Les parties à l'arbitrage (les "parties au litige") conviennent de son application à l'arbitrage; ou b) Les Parties au traité ou, dans le cas d'un traité multilatéral, l'État de l'investisseur et l'État défendeur sont convenus après (date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence) de son application."

Kenya

[Original: anglais]

[Date: 30 avril 2013]

1. Le Bureau de l'Attorney General de la République du Kenya tient à féliciter le Groupe de travail de la façon dont il s'est acquitté de sa tâche.
2. À propos de l'article premier, par. 7, la Commission souhaitera peut-être prendre note de la contradiction qu'implique le fait de disposer que le Règlement sur la transparence complète tout règlement d'arbitrage applicable mais qu'en cas de conflit entre les deux règlements, le Règlement sur la transparence prévaut sur le règlement qu'il est censé compléter. À part sur ce point, le Kenya souscrit au projet.

Libéria

[Original: anglais]

[Date: 1^{er} mai 2013]

La République du Libéria est membre de la CNUDCI; elle est également signataire d'un certain nombre d'accords de concession conclus avec des investisseurs, dont beaucoup prévoient l'arbitrage régi par le Règlement de la CNUDCI. Le Ministère de la justice de la République du Libéria estime que le projet de règlement sur la transparence dans les procédures arbitrales, y compris en particulier les audiences publiques qu'il prévoit, n'entre nullement en conflit avec la Constitution et la législation du Libéria. Nous félicitons donc le Groupe de travail de son œuvre.

Nous avons néanmoins des réserves au sujet des dispositions ci-après du règlement révisé:

A. Octroi au tribunal, dans l'intérêt de la transparence, de larges pouvoirs discrétionnaires pour accepter des communications de Parties au traité non parties au litige.

1. La raison première pour laquelle un État Partie ou un investisseur soumet une affaire à l'arbitrage de la CNUDCI tient, pour l'un comme pour l'autre, au fait qu'il juge la procédure équitable, rapide et peu coûteuse. La promotion de l'intérêt du public à la transparence n'est pas leur principal objectif.
2. La plupart des gros investisseurs au Libéria, tout comme en Afrique d'ailleurs, sont des sociétés multinationales largement soutenues par leurs gouvernements nationaux, dont on sait qu'ils protègent activement les intérêts de leurs ressortissants. En accordant aux États Parties à un traité qui ne sont pas parties au litige le droit de soumettre des observations à un tribunal arbitral régi par le Règlement de la CNUDCI, on contrevient au principe de l'égalité des armes. Le pays de l'investisseur, invariablement Partie au traité sur le fondement duquel l'arbitrage a été engagé, soumettra des observations au tribunal non pas dans l'intérêt de la transparence, mais dans le seul but de protéger les investissements de ses ressortissants. Une telle possibilité dressera l'État (partie au litige), d'un côté, contre l'investisseur partie au litige et l'État Partie (au traité) mais non au litige, de l'autre. Cela est injuste et ne fait que renforcer le mal que l'article premier, par. 7, cherche à éviter.

3. Accorder à une Partie au traité qui n'est pas partie à la procédure d'arbitrage le droit de soumettre unilatéralement des observations sans avoir à justifier d'un intérêt à agir, ou de l'absence d'un tel intérêt, ou encore d'un devoir ou d'une obligation lui intimant d'intervenir dans une affaire en instance devant le tribunal revient à lui concéder une autorisation discrétionnaire d'intervention. Loin d'imposer à un État (Partie au traité) ou un tiers non parties au litige des conditions pour que leurs observations soient acceptées, le projet de règlement fait obligation au tribunal, dans l'intérêt de la transparence, d'"accepter" les observations de Parties au traité non parties au litige, comme si c'était de droit. Nous ne sommes pas convaincus que l'intervention d'une Partie au traité non partie au litige, quelle que soit son expertise, accroisse la transparence. Elle donne lieu en revanche à une situation inéquitable et compromet la justice.

4. Nous estimons donc que si une Partie au traité non partie au litige entend faire des observations dans une affaire en instance devant le tribunal, l'accord tant de l'État que de l'investisseur (parties au litige) doit être obtenu pour que cette possibilité lui soit accordée. En l'absence d'un tel consentement, de telles observations ne doivent pas être autorisées.

B. Article premier, par. 6, qui dispose: "Face à tout comportement, mesure ou autre action ayant pour effet de compromettre entièrement les objectifs de transparence du présent Règlement, le tribunal arbitral veille à ce que ces objectifs priment."

1. Tel qu'il est actuellement rédigé, le paragraphe 6 de l'article premier ne prend pas en compte les situations dans lesquelles il pourra être dérogé au principe de la primauté des objectifs de transparence du règlement. Même si ces dérogations font l'objet de dispositions dans d'autres sections du règlement (par exemple, celle intitulée "Informations confidentielles ou protégées"), il est proposé de mentionner les dérogations dans la première section de sorte qu'il soit clair que, dans certaines situations, des mesures compromettant les objectifs de transparence devront primer.

2. Nous proposons donc la rédaction ci-après: "6) Face à tout comportement, toute mesure ou toute autre action ayant pour effet de compromettre entièrement les objectifs de transparence du présent Règlement, le tribunal arbitral veille à ce que ces objectifs priment, à moins que le comportement, la mesure ou autre action ne se justifie en ce qu'il ou elle correspond à une dérogation acceptable prévue par le Règlement."

Singapour

[Original: anglais]
[Date: 30 avril 2013]

1. La République de Singapour remercie le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) des documents qu'il a établis en lien avec le projet de règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Les observations de la République de Singapour portent sur le projet de règlement et les commentaires parus sous la cote A/CN.9/783.

Projet d'article premier – Champ d'application

2. Nous recommandons de maintenir, dans le texte introductif du paragraphe 2), le membre de phrase entre crochets “[ou ii) d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité et engagés conformément à un autre règlement d'arbitrage ou ad hoc]”. Cela permettrait de faire expressément du règlement de la CNUDCI sur la transparence l'une des normes de transparence que les parties au litige pourraient choisir d'appliquer dans leur arbitrage, même si le traité sur le fondement duquel l'arbitrage est engagé énonce ses propres règles sur la transparence ou ne prévoit pas un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

3. Nous ne voyons pas d'objection à ce que soit retenue la proposition tendant à inclure la deuxième note de bas de page concernant l'article premier de façon à clarifier l'application du règlement sur la transparence aux organisations d'intégration économique régionales.

4. Nous recommandons que la date d'entrée en vigueur du règlement sur la transparence soit une date postérieure à celle de l'adoption de celui-ci par la Commission. Le règlement ne devrait entrer en vigueur qu'une fois le dépositaire choisi et à même d'assumer ses fonctions. Nous recommandons que la Commission décide à une session ultérieure, lorsqu'elle sera plus amplement renseignée sur la mise en place des services de dépositaire, la date à laquelle il convient que le règlement sur la transparence entre en vigueur.

Projet d'article 3 – Publication de documents

5. Nous recommandons que la dernière phrase du paragraphe 3, qui figure entre crochets, ne soit pas maintenue dans le texte. Nous partageons l'avis selon lequel cette phrase donne seulement un exemple de la façon dont les documents pourraient être mis à disposition et ne rend pas pleinement compte des autres facteurs qu'un tribunal devrait prendre en considération pour décider si des pièces ou autres documents doivent être divulgués et par quels moyens.

Projet d'article 7 – Exceptions à la transparence

6. Nous ne voyons pas la nécessité de préciser, aux paragraphes 1 et 5, que les “tiers” sont englobés dans le terme générique “public”. Les “tiers” constituent une catégorie du public en général auquel renvoie le terme “public” utilisé tout au long du règlement sur la transparence.

7. Nous recommandons de remplacer, au paragraphe 7, “compromettrait” par “pourrait compromettre” de façon à rendre l'intention qui sous-tend ce paragraphe et qui est de permettre au tribunal de prendre les mesures voulues face à des risques potentiels qui pourraient compromettre l'intégrité du processus arbitral. Comme indiqué au paragraphe 114 du document A/CN.9/736, le paragraphe 7 vise les “cas où la publication pourrait compromettre l'intégrité du processus arbitral”.

Projet de modification de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

8. Nous sommes d'accord avec les points soulevés aux paragraphes 33 et 34 de la Note du Secrétariat. Nous recommandons que le règlement sur la transparence soit un texte autonome.

Slovaquie

[Original: anglais]
[Date: 30 avril 2013]

Veillez trouver ci-après les observations du Ministère des finances de la République de Slovaquie sur les questions encore en suspens concernant le projet de règlement sur la transparence:

- i) *Article premier, par. 2*: Nous confirmons que nous ne voyons pas d'objection à ce que le membre de phrase "[ou ii) d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité et engagés conformément à un autre règlement d'arbitrage ou ad hoc]" soit inséré dans ce paragraphe.
- ii) *Note de bas de page "***"*: Nous confirmons que la note de bas de page "***" renvoyant à l'article 1^{er} nous convient.
- iii) *Article premier, par. 3 (ancien article premier, par. 4)*: Nous confirmons que l'article 1^{er}, par. 3) b) ne suscite pas d'objections de notre part. Toutefois, il n'apparaît pas clairement si le tribunal arbitral peut exercer ce pouvoir uniquement de sa propre initiative ou aussi à la demande d'une partie au litige.
- iv) *Date d'adoption/date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence*: date d'entrée en vigueur: i) Adoption du Règlement sur la transparence ou ii) date ultérieure. Nous avons une préférence pour une date ultérieure car certaines procédures seront sans doute nécessaires pour que le nouveau Règlement de la CNUDCI de 2013 entre en vigueur. Nous proposons le 1^{er} janvier 2014 comme date d'entrée en vigueur.
- v) *Article 3, par. 3*: Nous confirmons que la deuxième phrase de l'article 3, par. 3, ne suscite aucune objection de notre part.
- vi) *Article 3, par. 5*: Nous estimons que le membre de phrase "tous coûts... s'ajoutant aux coûts de la mise à disposition de ces documents au public" est suffisamment clair.
- vii) *Article 7 – Modification et clarification*: Nous confirmons que la modification du libellé de l'article 7 ne suscite pas d'objections de notre part. Nous estimons cependant qu'il n'est pas nécessaire de préciser que les tiers sont englobés dans le terme "public" figurant aux paragraphes 1 et 5 puisque c'est là une évidence.
- viii) *Article premier, par. 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – Appendice ou texte autonome*: Nous n'avons pas de préférence marquée pour l'une ou l'autre de ces solutions. Nous aimerions cependant que le Secrétariat nous indique avec plus de précision les avantages et les inconvénients de chacune d'elles.
- ix) *Article premier, par. 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – Note de bas de page se rapportant à l'article premier, par. 1 du Règlement sur la transparence*: Nous confirmons que nous ne voyons pas d'objection à l'inclusion dans le Règlement sur la transparence de la note de bas de page 1 afin de préciser que celui-ci ne s'applique pas aux litiges commerciaux.
- x) *Intitulé du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 2013*: Nous n'avons pas de préférence marquée à cet égard.

États-Unis d'Amérique

[Original: anglais]

[Date: 2 mai 2013]

1. *Article premier, par. 2*: Les États-Unis d'Amérique recommandent la suppression du membre de phrase entre crochets “[ou ii) d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité et engagés conformément à un autre règlement d'arbitrage ou ad hoc]”. La distinction entre l'application du Règlement sur la transparence aux arbitrages États-investisseurs fondés sur des traités existants (choix positif) et son application aux arbitrages États-investisseurs fondés sur de futurs traités (choix négatif) a été introduite, au paragraphe 2 de l'article premier, dans un souci de sécurité juridique dans l'optique d'arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Nous ne voyons aucune raison d'étendre cette préoccupation aux arbitrages régis par d'autres règlements d'arbitrage ou aux arbitrages ad hoc. Dans de tels arbitrages, d'autres institutions d'arbitrage ou, dans le cas des arbitrages ad hoc, les parties en litige décideront d'utiliser ou non le Règlement sur la transparence, probablement sur la base d'un choix positif de toute façon.
2. Pour bien indiquer que le Règlement sur la transparence n'est pas réservé aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les États-Unis recommandent d'ajouter à l'article premier un paragraphe 9 rédigé comme suit: “Le présent Règlement peut être utilisé dans les arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément à d'autres règlements d'arbitrage lorsque l'institution pertinente l'autorise ou dans les procédures d'arbitrage ad hoc.”
3. *Article premier, par. 3 b)*: Les États-Unis recommandent de remplacer “sans compromettre l'objectif de transparence” par “tout en atteignant l'objectif de transparence”, formulation plus proche de la version antérieure de cette disposition.
4. *Deuxième note de bas de page*: Les États-Unis recommandent de modifier légèrement la note de bas de page “**” de façon qu'elle se lise comme suit: “Aux fins du Règlement sur la transparence, toute référence à une ‘Partie au traité’ ou à un ‘État’ Partie au traité désigne également une organisation d'intégration économique régionale Partie au traité.”
5. *Paragraphe 10*: Les États-Unis n'ont pas d'opinion arrêtée concernant la date à laquelle le Règlement devrait entrer en vigueur. Nous nous souvenons que la version de 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI était entrée en vigueur quelques semaines après son adoption par la Commission; nous croyons comprendre que la raison de ce délai était qu'il fallait permettre la traduction dans les langues officielles de l'Organisation des Nations Unies. Nous estimons qu'il serait sans doute bon de pendre à nouveau une telle précaution mais aussi que le Règlement devrait entrer en vigueur le plus rapidement possible.
6. *Article 3, par. 3*: Les États-Unis sont pour le maintien du texte entre crochets “[Il peut s'agir, par exemple, de mettre ces documents à disposition en un lieu précis].” Nous jugeons cet exemple utile. Nous constatons que des exemples sont donnés ailleurs dans le texte du Règlement, notamment à l'article 3, par. 5), à l'article 4, 2 a); et à l'article 4, 2 c).

7. *Article 3, par. 5*: Afin de préciser le sens de cette disposition, les États-Unis recommandent de réviser le paragraphe 5 comme suit: “Une personne qui n’est pas partie au litige et à laquelle il est accordé accès aux documents visés au paragraphe 3 doit prendre à sa charge tous frais administratifs liés au coût de la mise à disposition de ces documents à cette personne (tels que les frais de photocopie ou d’envoi à ladite personne) autres que les frais de transmission des documents au dépositaire et de téléchargement de ces derniers sur un site.”
8. Cet amendement supprime la référence au paragraphe 2 de l’article 3, car, tel que nous comprenons le texte de cet article (voir par. 4), lorsqu’il est demandé des documents parmi ceux visés au paragraphe 2, ceux-ci sont communiqués par le tribunal arbitral au dépositaire et ne sont pas autrement mis à la disposition d’une personne.
9. *Aux paragraphes 1 et 3 de l’article 4*, il est question d’“autoriser” les observations alors qu’aux paragraphes 1 et 2 (par deux fois dans ce dernier paragraphe) de l’article 5, il est question de les “accepter”. Les États-Unis recommandent d’utiliser systématiquement l’un ou l’autre de ces termes de façon à ne pas donner à penser qu’il y a une différence de signification. Nous rappelons que le Groupe de travail avait initialement convenu de remplacer le verbe “accepter” par le verbe “autoriser” car l’on avait estimé que le premier de ces deux verbes risquait de donner à penser que le tribunal souscrivait au contenu des observations. Par la suite, cependant, l’on était repassé du verbe “autoriser” au verbe “accepter” à l’article 5. Nous recommandons d’en choisir un et de s’y tenir. Une autre possibilité serait de dire “accepter et examiner”.
10. *Texte introductif du paragraphe 2 de l’article 4*: Les États-Unis recommandent de supprimer, dans le texte anglais, les mots “as may be” de façon à éviter de donner à croire que le nombre maximum de pages ne serait en règle générale fixé qu’une fois la requête adressée.
11. *Article 4, par. 2 c)*: Limiter le financement à “20 % environ” est poser une règle bizarre qui sacrifie la certitude afin d’éviter l’arbitraire. Si cette formulation doit être retenue, les États-Unis suggèrent de bien faire ressortir qu’elle n’a qu’un caractère indicatif en l’insérant dans une phrase entre parenthèses: “...la requête qu’il adresse en vertu du présent article (telle que, par exemple, un financement de 20 % environ de son fonctionnement annuel global).”
12. *Article 5, par. 2*: À des fins d’harmonisation avec le paragraphe 3 de l’article 4 et pour éviter de donner à penser qu’une signification différente est voulue, les États-Unis recommandent de remplacer le membre de phrase “Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’accepter” par la formulation du paragraphe 3 de l’article 4 “Pour déterminer s’il autorise”.
13. *Paragraphe 20*: Au cas où la première phrase serait mal interprétée, il devrait être précisé à la Commission que, comme le paragraphe 1 de l’article 5 le prévoit expressément, le tribunal arbitral doit (et non pas devrait) accepter les observations de Parties au traité non parties au litige sur des questions d’interprétation du traité, sous réserve uniquement des dispositions du paragraphe 4 de l’article 5.
14. *Article 7, par. 1, 3 et 5*: Les États-Unis recommandent de supprimer, dans chacun de ces paragraphes, la référence aux “Parties au traité non parties au litige” car, pour eux, le terme “public” englobe tout le monde à part les parties au litige.

15. *Paragraphe 29*: Les États-Unis recommandent, afin d'éviter toute controverse concernant le rapport entre le Règlement d'arbitrage et le Règlement sur la transparence, de rédiger le nouveau paragraphe 4 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013 comme suit: "Pour l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence (voir l'appendice), tel qu'il pourra être modifié de temps à autre, fait partie intégrante du présent Règlement et s'applique sous réserve de l'article premier du Règlement de la CNUDCI sur la transparence."

16. *Paragraphes 32 à 35*: Les États-Unis estiment qu'il est approprié et préférable d'inclure le Règlement sur la transparence en appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013. Il serait inhabituel d'incorporer le Règlement sur la transparence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI par l'adjonction d'un nouveau paragraphe 4 à l'article premier de ce dernier Règlement et de ne pas joindre de façon concrète et visible le Règlement sur la transparence. Ne pas joindre ce dernier en appendice risque de susciter des actions en justice et d'être source d'insécurité juridique concernant son application dans des cas d'espèce. En l'absence d'un appendice visible, les parties ayant l'intention d'utiliser le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013 risquent de ne pas lire attentivement le paragraphe 4 de son article premier et ainsi de ne pas se rendre compte que le Règlement sur la transparence s'applique à l'arbitrage États-investisseurs régi par le Règlement d'arbitrage de 2013.

17. Les États-Unis ne pensent pas que l'inclusion du Règlement sur la transparence sous la forme d'un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI compromettrait l'applicabilité générale de ce dernier. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013 demeurerait, comme avant, applicable à l'arbitrage commercial, puisque l'article premier, par. 4 et l'appendice n'entreraient en ligne de compte qu'en cas d'arbitrage entre États et investisseurs. Nous ne pensons pas non plus que cette formule soulève de nouvelles questions concernant l'adjonction éventuelle de dispositions propres aux investissements dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013. Nous n'avons pas connaissance de telles propositions.

18. Les États-Unis ne pensent pas non plus que l'inclusion du Règlement sur la transparence en appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI compromettrait de façon significative la disponibilité ou l'utilisation du Règlement sur la transparence dans les arbitrages régis par d'autres règlements d'arbitrage ou dans les arbitrages ad hoc. Cependant, si ces préoccupations existent, on pourrait y répondre en publiant le Règlement sur la transparence sous deux formes: en appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2013 et comme texte autonome.

19. *Paragraphe 36*: Il ne nous semble pas nécessaire de répéter la note de bas de page, car le nouveau paragraphe 4 de l'article premier renverrait directement au Règlement sur la transparence. De plus, ne pas répéter la note contribuerait à réduire au minimum les modifications apportées à l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

20. *Paragraphe 39*: Nous suggérons, compte tenu de l'intitulé retenu pour le Règlement de 2010 – "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2010)"

d'intituler le Règlement de 2013 "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (révisé en 2013)". Il pourrait être expliqué dans le fascicule contenant le Règlement de 2013 en quoi celui-ci diffère du Règlement de 2010: l'adjonction d'un nouveau paragraphe 4 à l'article premier et de l'appendice.
