



Assemblée générale

Distr. limitée
9 décembre 2010
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Cinquante-quatrième session
New York, 7-11 février 2011**

Règlement des litiges commerciaux: élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	3
II. Portée et formes possibles d'une norme juridique sur la transparence	5-21	4
A. Portée d'une norme juridique sur la transparence	5-6	4
B. Formes possibles d'une norme juridique sur la transparence	7-21	5
1. Déclaration de principe type	10-12	5
2. Clauses types à insérer dans les traités d'investissement	13-14	5
3. Principes directeurs	15	6
4. Règles autonomes	16-21	6
i) Règles complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique et s'appliquant uniquement aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	17-19	6
ii) Règles applicables à tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	20-21	6
III. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence	22-53	7
A. Relation entre les États parties à un traité d'investissement	22-48	7



1. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants et futurs	22-25	7
i) Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence	22	7
ii) Convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	23-25	7
2. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités d'investissement existants	26-42	8
i) Consentement des États parties à un traité d'investissement	27-31	8
ii) Déclaration interprétative commune des États	32-35	9
iii) Déclarations unilatérales des États	36-37	10
iv) Amendement ou modification d'un traité d'investissement	38-40	11
v) Les États pourraient-ils être juridiquement empêchés de rendre une norme juridique sur la transparence applicable à des traités existants?	41-42	12
3. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités futurs	43-48	12
i) Consentement des États parties à un traité d'investissement	43-44	12
ii) Options possibles en vue d'appliquer une norme juridique sur la transparence aux traités futurs	45-48	13
B. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage	49-53	13
1. L'investisseur pourrait-il s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?	50-52	13
2. Les parties au litige pourraient-elles s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?	53	14

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a chargé le Groupe de travail d'élaborer une norme juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités¹. On a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager de se pencher sur les questions qui se posaient plus généralement lors de ces arbitrages et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont elle était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument relatif aux arbitrages entre investisseurs et États fondés 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 ces arbitrages. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait mettre en évidence d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut-être également entreprendre des travaux et que ces questions pourraient être portées à l'attention de cette dernière à sa prochaine session, en 2011².

2. À sa cinquante-troisième session (Vienne, 4-8 octobre 2010), le Groupe de travail a commencé ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a choisi à cette session de procéder à une discussion préliminaire et générale, qui est reflétée dans le document A/CN.9/712, sans tenter à ce stade de parvenir à un consensus, et ce afin de cerner les questions à examiner à sa session suivante (A/CN.9/712, par. 15). Il a ainsi examiné d'une manière générale le caractère que pourrait avoir une norme juridique sur la transparence, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et 76 à 100), ainsi que son contenu possible (A/CN.9/712, par. 31 à 75).

3. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 1 ci-dessus), le Groupe de travail a également tenu une discussion afin de mettre en évidence 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. À cet égard, il est convenu de demander à la Commission s'il pouvait se saisir, dans le cadre de ses travaux en cours, de la question de l'intervention éventuelle, dans un arbitrage, d'un État partie au traité d'investissement en question mais non partie au litige (A/CN.9/712, par. 102 et 103).

4. Comme l'a demandé le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/712, par. 101), la présente note contient, pour examen à sa cinquante-quatrième session, une analyse des questions qu'il a recensées en relation avec la forme possible (section II), l'applicabilité (section III) et le contenu (section IV) d'une norme juridique sur la transparence. Sauf indication contraire, les délibérations du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à sa cinquante-troisième session.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

² *Ibid.*, par. 191.

II. Portée et formes possibles d'une norme juridique sur la transparence

A. Portée d'une norme juridique sur la transparence

5. La Commission a chargé le Groupe de travail, à ses quarante et unième³ et quarante-troisième⁴ sessions, d'élaborer une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. À sa quarante et unième session, elle a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme que prendrait un tel instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. D'après les différentes possibilités envisagées par la Commission, les travaux devaient traiter une question générale qui se posait dans tous les arbitrages entre investisseurs et États. La Commission n'a pas limité la portée d'une norme juridique sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Parmi les possibilités envisagées figurait l'élaboration d'instruments tels que 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, un règlement d'arbitrage distinct ou des clauses facultatives à insérer dans des traités⁵.

6. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si une norme juridique sur la transparence devrait être d'application générale, c'est-à-dire s'appliquer aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, indépendamment du fait qu'un règlement d'arbitrage précis régit ou non le règlement du litige (voir ci-après par. 16, 20 et 21). Il voudra peut-être aussi examiner si une large applicabilité de cette norme, indépendamment d'un règlement d'arbitrage précis, serait pour lui le meilleur moyen de s'acquitter du mandat qui lui a été confié par la Commission, à savoir mettre au point un instrument visant à promouvoir la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités⁶.

B. Formes possibles d'une norme juridique sur la transparence

7. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné de manière générale 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 (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et par. 76 à 100), et décidé que toutes les suggestions formulées à cet égard exigeraient une analyse juridique plus approfondie (A/CN.9/712, par. 94).

8. On notera que les développements concernant l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence à la section III, ainsi que les projets de dispositions sur la transparence proposés plus loin à la section IV, n'ont pas pour but d'exprimer une préférence pour l'une ou l'autre option. C'est au Groupe de travail qu'il appartient de décider du caractère et des formes que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence.

³ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

⁴ Ibid., *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190 et 191.

⁵ Ibid., *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

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

9. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les différentes formes que pourrait prendre une norme juridique sur la transparence énumérées ci-après ne s'excluent pas nécessairement l'une l'autre.

1. Déclaration de principe type

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait utile, pour encourager et faciliter la transparence, d'élaborer une déclaration de principe type qui serait proposée aux États pour adoption.

11. Une telle déclaration pourrait éventuellement énoncer des règles de fond sur la transparence et contenir le texte d'une disposition par laquelle un État indiquerait soit que ces règles s'appliquent, soit que leur application est proposée en cas d'arbitrage avec un investisseur fondé sur un traité d'investissement précis. Elle pourrait être adoptée par les États au moyen d'une déclaration commune ou unilatérale (voir par. 32 à 37 ci-après) et, partant, être une solution pour traiter de l'application de règles de transparence aux traités existants.

12. Selon la manière dont elle serait rédigée, cette déclaration, une fois que les États parties au traité d'investissement concerné lui auraient donné effet, pourrait être considérée comme constituant soit une obligation de recourir à un arbitrage transparent soit une proposition supplémentaire faite à un investisseur de soumettre l'arbitrage aux dispositions sur la transparence qu'elle contiendrait (voir par. 50 à 53 ci-après).

2. Clauses types à insérer dans les traités d'investissement

13. Une autre forme possible de norme juridique sur la transparence qui a été mentionnée est la clause type à insérer dans les dispositions des traités d'investissement relatives au règlement des litiges. On notera que ces dispositions s'inspirent souvent du modèle de l'arbitrage commercial et que, dans la plupart des cas, elles ne traitent pas de questions telles que la divulgation de l'existence de la procédure, la divulgation de documents de procédure, la publicité des audiences ou l'intervention de tiers non parties à l'arbitrage.

14. En adoptant de telles clauses dans les traités d'investissement, les États montreraient qu'ils sont soucieux de promouvoir la transparence dans les arbitrages. Ces clauses pourraient être rédigées de manière à obliger l'investisseur à se soumettre aux dispositions sur la transparence ou à le lui proposer (voir par. 50 à 53 ci-après).

3. Principes directeurs

15. Un autre moyen possible d'aborder la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités serait d'élaborer des principes directeurs qui guideraient les États dans la négociation de traités d'investissement, les tribunaux arbitraux lorsqu'ils se prononcent sur ces questions, ainsi que les parties à l'arbitrage et les autres parties ayant un intérêt légitime dans l'issue de ce dernier. Ces principes pourraient s'appliquer aux arbitrages fondés sur des traités existants ou futurs, à condition que les parties à l'arbitrage conviennent de leur application.

4. Règles autonomes

16. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, on a appuyé l'idée que la norme juridique prenne la forme soit d'un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit de règles autonomes sur la transparence (A/CN.9/712, par. 76). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le champ d'application de ces règles (voir par. 5 et 6 ci-dessus). Des règles sur la transparence pourraient s'appliquer soit uniquement en relation avec les procédures arbitrales menées conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit plus largement aux procédures arbitrales même si elles sont régies par un autre règlement.

i) *Règles complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique et s'appliquant uniquement aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités*

17. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la possibilité d'élaborer des règles traitant spécifiquement de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, et de compléter ainsi le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique.

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner dans quelle mesure cette option préserverait l'applicabilité générale du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Qui plus est, l'existence d'un ensemble de règles distinctes s'appliquant uniquement à l'arbitrage d'investissement pourrait poser des questions difficiles concernant la définition de ce type d'arbitrage (régi par ces règles) par rapport à d'autres types d'arbitrage (qui ne seraient pas régis par elles). Un autre point à examiner serait de savoir s'il conviendrait de limiter le contenu des nouvelles règles sur l'arbitrage en matière d'investissement aux seules questions de transparence, étant donné que d'autres questions pourraient être abordées dans ces règles.

19. L'application de règles sur la transparence complétant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI aux traités d'investissement supposerait que les États parties à ces traités aient consenti à une telle application (voir par. 27 à 31, 44 et 47 ci-après).

ii) *Règles applicables à tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités*

20. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des règles autonomes sur la transparence devraient s'appliquer aux arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, indépendamment du règlement d'arbitrage applicable (voir par. 5, 6 et 16 ci-avant).

21. Cette option supposerait que les règles sur la transparence soient rédigées de manière générique et qu'elles s'appliquent si les États parties à un traité d'investissement y ont consenti (voir par. 27 à 31, 44 et 46 ci-après).

III. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence

A. Relation entre les États parties à un traité d'investissement

1. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants et futurs

i) *Recommandation relative à l'application d'une norme juridique sur la transparence*

22. Selon la forme que prendrait la norme juridique sur la transparence, la CNUDCI pourrait en promouvoir l'application aux traités d'investissement en élaborant une recommandation incitant les États à appliquer la norme aux traités existants et futurs. Cette recommandation aurait pour objectif de souligner l'importance de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Elle laisserait les États libres de décider des moyens d'appliquer la norme sur la transparence dans le contexte des traités tant existants que futurs (voir par. 26 à 40 et 45 à 48 ci-après).

ii) *Convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités*

23. Afin de promouvoir l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement, il a aussi été proposé, à la cinquante-troisième session du Groupe de travail, d'élaborer une convention internationale sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, dans laquelle les États pourraient s'entendre sur l'application d'une telle norme ou y consentir (A/CN.9/712, par. 93).

24. Pour ce qui est des traités d'investissement existants, cette solution aurait pour but d'éviter à un État de devoir engager des procédures pour amender chacun des traités déjà conclus (voir la description de ces procédures aux par. 32 à 40 ci-après)⁷. Toutefois, avec une nouvelle convention, la norme juridique sur la transparence serait uniquement applicable aux traités d'investissement entre les États parties qui sont également parties à cette convention.

25. Le texte d'une nouvelle convention relative à la transparence préciserait aussi que les normes sur la transparence s'appliquent aux traités d'investissement futurs, suivant les conditions qui seraient définies dans ladite convention.

⁷ Une solution similaire a été adoptée dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005) concernant l'utilisation de telles communications pour la formation ou l'exécution d'un contrat régi par certaines conventions. Une disposition semblable à celle figurant à l'article 20-1 de ladite Convention pourrait être envisagée ici. L'article 20-1 est libellé comme suit: "1. *Les dispositions de la présente Convention s'appliquent à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat auquel s'applique l'une quelconque des conventions internationales ci-après dont un État contractant à la présente Convention est un État contractant ou peut le devenir...*".

2. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités d'investissement existants

26. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné les mesures que les États pourraient prendre pour assurer l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence aux traités multilatéraux ou bilatéraux d'investissement existants. De nombreuses délégations ont appuyé l'idée qu'il serait souhaitable d'appliquer une telle norme également aux traités d'investissement existants. Toutefois, on s'est demandé si cette application était possible sur les plans juridique et pratique (A/CN.9/712, par. 85 et 86).

i) *Consentement des États parties à un traité d'investissement*

27. Selon l'article 2-1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969)⁸ ("la Convention de Vienne"), qui s'est vu reconnaître le statut de droit international coutumier, un traité d'investissement est un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international.

28. Les traités d'investissement renferment habituellement une clause de règlement des litiges entre l'État d'accueil et un investisseur, clause qui donne le choix entre plusieurs règles d'arbitrage. Une norme juridique sur la transparence ne peut s'appliquer automatiquement à une clause de règlement des litiges figurant dans un traité existant, car elle constituerait un amendement à cette clause, lequel amendement ne pourrait être apporté sans l'accord des parties au traité (voir art. 39 à 41 de la Convention de Vienne), qui sont "maîtresses" de leur traité.

29. Pour que cet accord se matérialise, il ne suffirait pas que la CNUDCI, en sa qualité d'organe intergouvernemental, ait mis au point une norme juridique sur la transparence sous l'une des formes énumérées aux paragraphes 10 à 21 ci-dessus. La CNUDCI n'a pas autorité pour imposer aux États l'application de ses propres textes⁹.

30. Il a été dit au Groupe de travail, à sa cinquante-troisième session, qu'une norme juridique sur la transparence pourrait s'appliquer automatiquement aux traités existants si l'on considérait que les États, en consentant dans le traité d'investissement à soumettre les arbitrages entre investisseurs et États au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, s'attendaient à ce que le système d'arbitrage de cette dernière se développe au fil du temps. Une telle interprétation permettrait d'appliquer une norme juridique sur la transparence de manière automatique car celle-ci ferait partie de ce système évolutif d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/712, par. 89). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'application d'une norme juridique à un traité existant sans que les États parties en soient convenus, par exemple par voie de déclaration interprétative commune (voir par. 32 à 35 ci-dessous), risquerait d'être considérée comme une violation du traité et du droit international applicable, car elle entraînerait l'incorporation à un traité existant d'une norme juridique entrée en vigueur uniquement après la conclusion de ce traité. On rappellera que l'article 31-1 de la Convention de Vienne énonce une règle générale d'interprétation des traités, selon laquelle "[un] traité doit être interprété de

⁸ Faite à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.

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

bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.”

31. Le Groupe de travail se rappellera peut-être qu’il avait tout à fait conscience de la difficulté posée par une application rétroactive dans le contexte des traités d’investissement et avait de ce fait rédigé l’article premier, paragraphe 2, de la version révisée en 2010 du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI de manière à tenir compte de l’effet d’une application rétroactive involontaire (A/CN.9/646, par. 76).

ii) *Déclaration interprétative commune des États*

32. Une norme juridique sur la transparence pourrait s’appliquer aux traités d’investissement existants si les États parties faisaient une déclaration interprétative commune. L’article 31-3 a) de la Convention de Vienne dispose qu’il “sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l’interprétation du traité ou de l’application de ses dispositions”.

33. Les exemples de déclarations interprétatives communes abondent en droit international public. Ainsi, en 1993, les États parties au Traité sur les forces armées conventionnelles en Europe (1990) ont conclu un “Document des États parties” renfermant un accord sur l’interprétation et l’application de certaines dispositions du Traité, accord qui de fait équivalait à un amendement de ce dernier. Un autre exemple d’interprétation faisant autorité est la décision commune, prise par les États membres de ce que l’on nommait alors la Communauté européenne, de remplacer le terme “écu” par “euro” pour désigner l’unité monétaire européenne dans le traité de la Communauté européenne. Les États membres ont trouvé un accord sur ce terme, évitant ainsi tout amendement au traité, qui aurait exigé une longue procédure de ratification et un contrôle parlementaire. Le libellé de l’accord auquel ils sont parvenus lors de leur réunion à Madrid en 1995 était le suivant: “Le nom spécifique “euro” sera utilisé au lieu du terme générique “écu” employé dans le traité pour désigner l’unité monétaire européenne. Les gouvernements des 15 États membres sont convenus d’un commun accord que la présente décision constitue l’interprétation agréée et définitive des dispositions du traité.”

34. Les États parties à un traité d’investissement pourraient, dans une déclaration interprétative commune, convenir entre eux que la clause du traité prévoyant un arbitrage entre investisseurs et États sera interprétée comme emportant application de la norme juridique sur la transparence. Une telle interprétation conforme à l’article 31-3 a) de la Convention de Vienne n’est soumise à aucune exigence de forme particulière¹⁰, à savoir qu’elle n’a pas à revêtir la forme d’un traité, mais devrait établir clairement l’intention des parties de considérer leur déclaration comme une base d’interprétation adoptée d’un commun accord.

35. Une telle déclaration interprétative peut être considérée comme revenant presque à modifier ou amender le traité initial. Des cours et tribunaux internationaux ont reconnu le statut d’interprétation authentique à des déclarations

¹⁰ Voir, par exemple, l’arrêt de la Cour internationale de Justice dans l’affaire de l’île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt du 13 décembre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, par. 49, à l’adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf>. Cet arrêt montre clairement que l’article 31-3 a) de la Convention de Vienne ne prévoyait pas qu’un accord ultérieur doive revêtir la même forme que le traité qu’il concerne pour jouer un rôle dans l’interprétation de ce dernier.

ultérieures qui s'écartaient de l'intention originale des parties dans le cadre du traité et/ou de la lettre du traité¹¹. La distinction entre interprétation et amendement d'un traité est cependant loin d'être claire en droit international public. Le Groupe de travail estimera peut-être que, même si le droit international coutumier considère les déclarations interprétatives des États parties comme ayant pour effet de modifier ou d'amender un traité, certains États pourraient hésiter à opter pour cette solution face au risque que des litiges ne surviennent concernant l'effet d'une telle interprétation.

iii) *Déclarations unilatérales des États*

36. Il a également été proposé à la cinquante-troisième session du Groupe de travail que l'applicabilité d'une norme juridique sur la transparence soit assurée par voie de déclarations unilatérales des États (A/CN.9/712, par. 93).

37. La déclaration d'un seul État ne serait pas suffisante pour qu'une norme juridique sur la transparence devienne applicable à des traités existants. En effet, un traité se fonde sur l'accord des États parties et il faudrait que le ou les autres États parties prennent des dispositions pour faire savoir qu'ils partagent la même interprétation. Aussi les États parties à un traité d'investissement devraient-ils formuler chacun une déclaration unilatérale dans le même sens pour qu'une telle norme s'applique à ce traité. Ces déclarations unilatérales formeraient alors ce que l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne appelle un "accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions" (voir ci-dessus, par. 32 à 35). Elles ne doivent pas nécessairement prendre la forme d'une déclaration "commune". Il faut toutefois que l'accord des parties sur l'interprétation du traité soit établi, accord qui pourrait être exprimé par un échange de notes. Comme l'a indiqué la Commission du droit international dans ses projets de directives concernant les déclarations relatives aux traités bilatéraux¹², une déclaration interprétative d'un traité faite par un seul État partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue une interprétation authentique de ce traité¹³.

¹¹ Voir, par exemple, *l'Affaire du différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt de la Cour internationale de Justice du 13 juillet 2009, par. 64, à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/133/15322.pdf?PHPSESSID=0f6172db27484f28f06e7259b13580e0>; *Interprétation de l'Accord relatif aux services de transport aérien du 27 mars 1946 (France c. États-Unis d'Amérique)*, sentence du 22 décembre 1963, p. 60 et suiv., à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf; *Emplacement des balises frontalières à Taba (Égypte c. Israël)*, sentence du 28 septembre 1988, par. 210, à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/1-118.pdf; *Interprétation de l'Accord relatif aux services de transport aérien du 6 février 1948 (Italie c. États-Unis d'Amérique)*, sentence du 17 juillet 1965, p. 99 et suiv., à l'adresse http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

¹² Les projets de directives concernant les déclarations relatives aux traités bilatéraux figurent parmi les projets de directives traitant des réserves et de l'interprétation authentique en vertu de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne, publiés par la Commission du droit international, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixante-deuxième session, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n°10* (A/65/10), par. 40, disponible à l'adresse <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm>.

¹³ Ibid., projet de directive 1.5.3.

iv) *Amendement ou modification d'un traité d'investissement*

38. L'article 39 de la Convention de Vienne dispose qu'"Un traité peut être amendé par accord entre les parties. Sauf dans la mesure où le traité en dispose autrement, les règles énoncées dans la partie II s'appliquent à un tel accord." Les articles 40 et 41 de la Convention fournissent des indications supplémentaires sur l'amendement ou la modification des traités. La possibilité d'amender un traité uniquement par un nouvel accord séparé découle du principe *pacta sunt servanda*. L'accord ne lie que les États parties qui l'ont conclu.

39. Les dispositions des articles 39 à 41 de la Convention de Vienne s'appliquent sauf dispositions contraires dans le traité concernant son amendement ou sa modification. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que de nombreux traités d'investissement contiennent des dispositions d'amendement. Même lorsqu'un traité prévoit une procédure d'amendement particulière, les États parties peuvent, par accord unanime ultérieur, exclure cette procédure. Le Groupe de travail notera peut-être qu'un accord informel visant à amender ou modifier un traité peut soulever des difficultés constitutionnelles dans les États, même si les articles 39 à 41 de la Convention n'exigent pas, du point de vue du droit international public, qu'un traité soit amendé ou modifié de la même manière qu'il a été conclu.

40. Certains traités d'investissement prévoient expressément que les États parties approuvent les amendements conformément à leurs procédures légales respectives. À titre d'exemple de traité d'investissement exigeant expressément l'accord des parties pour amender le traité, l'Accord de libre-échange entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine signé en 2004 dispose, en son article 22-2, que "1. Les Parties peuvent convenir de tout amendement au présent Accord. [...]. 2. Lorsqu'il a été ainsi convenu, et approuvé conformément aux procédures légales applicables de chaque Partie, l'amendement fait partie intégrante du présent Accord et prend effet à la date à laquelle son approbation a été notifiée par écrit au Dépositaire par toutes les Parties ou à toute autre date fixée d'un commun accord entre elles¹⁴." Un autre exemple est l'Accord de renforcement du partenariat économique signé en 2004 par le Japon et les États-Unis du Mexique, qui dans son article 174 prévoit ce qui suit: "1. Sauf s'il en dispose autrement, le présent Accord peut être amendé par accord entre les Parties. Cet amendement est approuvé par les Parties conformément à leurs procédures légales respectives. Il entre en vigueur le trentième jour qui suit la date d'échange de notes diplomatiques mentionnant ladite approbation. 2. Tout amendement au présent Accord fait partie intégrante de ce dernier¹⁵." D'autres traités d'investissement ne prévoient pas expressément l'obligation pour les États parties d'approuver un amendement conformément à leurs procédures légales respectives. Par exemple, l'Accord portant création de la zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, signé en 2009, contient à l'article 6 du chapitre 18 la disposition suivante: "Le présent Accord peut être amendé par accord écrit entre les Parties et les amendements entreront en vigueur à la date ou aux dates dont elles seront convenues entre elles¹⁶."

¹⁴ Disponible à l'adresse <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>.

¹⁵ Disponible à l'adresse <http://www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf>.

¹⁶ Disponible à l'adresse <http://www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.html>.

- v) *Les États pourraient-ils être juridiquement empêchés de rendre une norme juridique sur la transparence applicable à des traités existants?*

41. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le fait qu'un investisseur ait droit ou s'attende légitimement à un arbitrage non transparent dans le cadre d'un traité d'investissement existant pourrait empêcher les États de rendre une norme juridique sur la transparence applicable audit traité. Un tel empêchement ou obstacle présupposerait que le traité confère un tel droit à l'investisseur ou suscite chez lui une telle attente. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il n'est pas certain que le traité d'investissement puisse être considéré comme générant ce type de droit ou d'attente. Si un traité d'investissement prévoit que l'arbitrage sera soumis à un tel ou tel règlement d'arbitrage existant, il n'exclut pas nécessairement, pour autant, la possibilité que la procédure arbitrale proprement dite se déroule de manière transparente. Par ailleurs, nombre de traités d'investissement disposent qu'un investisseur peut soumettre un litige à un arbitrage régi par "tout autre ensemble de règles", en exigeant parfois l'accord des deux parties pour que ces dernières s'appliquent¹⁷.

42. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'on pourrait considérer que le droit ou l'attente légitime de l'investisseur ne voit le jour que lorsque ce dernier a accepté l'offre d'arbitrage dans le cadre du traité d'investissement, acceptation qui intervient dans de nombreux cas au moment où il soumet son litige.

3. Mesures pouvant être prises par les États concernant les traités futurs

- i) *Consentement des États parties à un traité d'investissement*

43. En ce qui concerne l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités futurs, il a été dit à la cinquante-troisième session du Groupe de travail qu'il était possible de prévoir une présomption d'application d'une telle norme de manière à donner aux parties le degré de certitude nécessaire quant à savoir si elles étaient ou non soumises à des règles de transparence dans un arbitrage donné (A/CN.9/712, par. 82 à 84).

44. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter à cet égard qu'une norme juridique sur la transparence ne peut s'appliquer automatiquement aux traités d'investissement futurs. Il a été jugé important, à sa cinquante-troisième session, que les dispositions visant l'application des règles de transparence aux traités futurs soient claires et établissent avec le degré de certitude voulu que les États parties consentent à l'adoption d'une telle norme dans le cadre de leur processus d'arbitrage (A/CN.9/712, par. 84).

¹⁷ Voir, par exemple, le Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement, adopté en 2004, qui prévoit dans son article 24-3 b) qu'un demandeur peut soumettre un litige "en accord avec le défendeur, à toute autre institution arbitrale ou à tout autre règlement d'arbitrage"; l'Accord de 2009 portant création de la zone de libre-échange entre l'ASEAN, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui prévoit dans son article 21-1 que la procédure arbitrale peut être soumise "si les parties au litige en conviennent, à toute autre institution arbitrale ou à tout autre règlement d'arbitrage"; et l'Accord de renforcement du partenariat économique signé en 2004 par le Japon et les États-Unis du Mexique (Accord de libre-échange entre le Japon et le Mexique), dont l'article 79-1 d) dispose que le litige peut être soumis "si les parties audit litige en conviennent, à un arbitrage régi par d'autres règles".

ii) *Options possibles en vue d'appliquer une norme juridique sur la transparence aux traités futurs*

45. Les États pourraient matérialiser leur consentement à l'application d'une norme juridique sur la transparence soit en adoptant une convention relative à la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir par. 23 à 25 ci-dessus), soit à défaut d'une telle convention en insérant dans les traités d'investissement des dispositions sur la transparence inspirées de clauses types (voir par. 13 et 14 ci-dessus) ou en se référant à des règles autonomes sur la transparence (voir par. 16 à 21 ci-dessus).

46. Si la norme juridique sur la transparence prend la forme d'une règle autonome, une solution possible serait que cette norme s'applique uniquement si les États parties au traité d'investissement ont expressément opté pour un arbitrage transparent. Des règles autonomes sur la transparence pourraient être libellées comme suit: "les règles de transparence s'appliqueront à tout arbitrage engagé conformément à un traité d'investissement ratifié ci-après à condition que les Parties soient expressément convenues de leur application".

47. Une solution différente pourrait être d'établir, dans les règles de transparence, une présomption d'application dans le contexte restreint des arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le libellé de la présomption dépendrait de la manière dont le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait complété par des règles de transparence. Il a été proposé à la cinquante-troisième session du Groupe de travail que les règles autonomes sur la transparence incluent 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" (A/CN.9/712, par. 83).

48. Il a été proposé à cette même session d'évaluer l'impact que la solution retenue pour les traités futurs pourrait avoir sur les traités d'investissement déjà conclus (A/CN.9/712, par. 84).

B. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage

49. Une fois que les États parties à un traité d'investissement se sont mis d'accord sur l'applicabilité de la norme juridique, cette dernière serait applicable aux litiges entre l'État d'accueil et un investisseur. Il conviendrait d'examiner si un investisseur pourrait rejeter une offre d'arbitrage transparent, ou ne l'accepter que partiellement, et si les deux parties pourraient décider de ne pas appliquer les règles de transparence.

1. L'investisseur pourrait-il s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?

50. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si un investisseur devrait avoir la possibilité de rejeter une offre tendant à soumettre l'arbitrage à la norme juridique sur la transparence prévue dans le traité ou de s'écarter des dispositions de cette norme (A/CN.9/712, par. 30, 95 et 96). À cet égard, il a été souligné qu'à la différence de l'arbitrage commercial, les

arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités se faisaient sur la base d'un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité des parties à l'arbitrage de s'écarter des prescriptions de ce dernier.

51. Il a été ajouté que le fait de laisser à l'investisseur le dernier mot sur l'application de la norme juridique l'avantagerait indûment, réduirait la transparence et serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Cependant, il a été dit que pour assurer l'égalité des parties dans ces arbitrages, 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 (A/CN.9/712, par. 96).

52. Il a été proposé à cet égard de rendre certaines dispositions de la norme juridique sur la transparence non susceptibles de dérogation et de préciser, pour chaque disposition, si l'on pouvait y déroger ou non (A/CN.9/712, par. 98). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la norme juridique elle-même ou le traité d'investissement sous-jacent devrait prévoir que tout ou partie des dispositions de la norme sont non susceptibles de dérogation.

2. Les parties au litige pourraient-elles s'écarter d'une norme juridique sur la transparence?

53. Le Groupe de travail a également examiné si les parties au litige devraient être autorisées à s'écarter de la norme juridique sur la transparence. Comme il est indiqué plus haut, le traité sous-jacent, selon la manière dont il prévoit l'application de ladite norme, interdirait ou non une telle dérogation. En cas d'interdiction, l'État d'accueil partie à l'arbitrage ne pourrait pas s'écarter unilatéralement des dispositions du traité.