



**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international  
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)  
Cinquante-cinquième session  
Vienne, 3-7 octobre 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	2
II. Contenu du règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités .....	5-57	3
A. Remarques générales .....	5-7	3
B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités .....	8-57	4
Préambule .....	8-9	4
Article premier. Champ d'application et structure du règlement .....	10-23	4
Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale .....	24-31	7
Article 3. Publication de documents .....	32-40	9
Article 4. Publication des sentences arbitrales .....	41-42	12
Article 5. Observations présentées par des tiers ( <i>amici curiae</i> ) dans la procédure arbitrale .....	43-51	12
Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences .....	52-57	15



## 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 traités<sup>1</sup>. 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 la Commission 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<sup>2</sup>.

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a réaffirmé ce dont elle était convenue à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)<sup>3</sup>, à savoir combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a noté que le Groupe de travail avait examiné le contenu de la norme juridique sur la transparence, sa forme et son applicabilité aux traités d'investissement tant existants que futurs. Il a été confirmé que la question de l'applicabilité de la norme aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus (voir A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 10 à 23). En outre, la Commission est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il a été dit qu'il fallait laisser à ce dernier le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter de ce droit d'intervention et, dans l'affirmative, de définir la portée et les modalités d'une telle intervention (voir ci-après, par. 43 et 49 à 51)<sup>4</sup>.

3. À ses cinquante-troisième (Vienne, 4-8 octobre 2010)<sup>5</sup> et cinquante-quatrième (New York, 7-11 février 2011)<sup>6</sup> sessions, le Groupe de travail a examiné les questions ayant trait à la forme, à l'applicabilité et au contenu d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

---

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

<sup>2</sup> *Ibid.* par. 191.

<sup>3</sup> *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 313 et 314.

<sup>4</sup> Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session, par. 203 à 205.

<sup>5</sup> A/CN.9/712.

<sup>6</sup> A/CN.9/717.

4. Conformément aux décisions prises par le Groupe de travail à sa cinquante-quatrième session, la présente note contient un projet de règlement sur la transparence et traite de la question de l'applicabilité de ce règlement à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités d'investissement existants. Le préambule et les articles premier à 6 du projet sont traités dans la présente note. Les articles 7 et 8, ainsi que la question de l'applicabilité, le sont dans l'additif à la présente note.

## II. Contenu du règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

### A. Remarques générales

#### *Forme de la norme juridique sur la transparence*

5. Le projet de règlement sur la transparence fait suite à la décision du Groupe de travail selon laquelle la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires plutôt que de principes directeurs (A/CN.9/717, par. 58). On rappellera que les délégations qui avaient exprimé une préférence pour des principes directeurs ont accepté que la norme juridique sur la transparence soit élaborée sous la forme de règles claires au lieu de principes directeurs plus souples et plus discursifs, étant bien entendu que leur préférence initiale pour les principes directeurs était motivée par le souhait de voir la norme s'appliquer uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse", voir ci-après, par. 16) (A/CN.9/717, par. 26 et 58).

#### *Norme juridique sur la transparence s'appliquant en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou s'appliquant plus généralement à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable*

6. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail n'a pas pris de décision définitive quant à la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait s'appliquer aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou indépendamment du règlement choisi par les parties (A/CN.9/717, par. 27 à 32). La présente note et son additif formulent donc, lorsqu'il y a lieu, différentes propositions de textes tenant compte des deux possibilités, afin que le Groupe de travail les examine.

#### *Contenu de la norme juridique sur la transparence*

7. À ses cinquante-troisième et cinquante-quatrième sessions, le Groupe de travail est généralement convenu que les questions de fond dont devrait traiter la norme juridique sur la transparence seraient les suivantes: publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale; documents à publier (tels que les conclusions, les ordonnances de procédure et les éléments de preuve); observations présentées par des tiers ("amici curiae") durant la procédure; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("registre") (A/CN.9/712, par. 31, et A/CN.9/717, par. 56). À sa cinquante-quatrième session, il est convenu de reprendre

les discussions sur chacune de ces questions de fond et a donné des indications quant à leur contenu éventuel. Le projet de règlement sur la transparence figurant à la section B ci-après tente de refléter les différentes possibilités examinées par le Groupe de travail.

## **B. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités**

### **Préambule**

#### 8. Projet de préambule – Objet du règlement

*“Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence a vocation à s’appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités [engagés conformément au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI] pour en assurer la transparence de sorte à accroître la légitimité de ce type d’arbitrage et à promouvoir l’intérêt général qui lui est inhérent, d’une manière qui soit compatible avec l’intérêt qu’ont les parties au litige de voir ce dernier résolu rapidement et efficacement. Cet objet guide les parties au litige et les tribunaux arbitraux dans l’application qu’ils font du présent Règlement.”*

### **Remarques**

9. Le préambule du règlement sur la transparence a été rédigé pour tenir compte de la proposition, faite au sein du Groupe de travail, de clarifier l’objet des règles sur la transparence (A/CN.9/717, par. 112). Il précise l’équilibre que ce règlement cherche à réaliser en ménageant à la fois la possibilité réelle pour le public de participer à ces arbitrages et la recherche par les parties d’un règlement équitable et efficace de leur litige. Cette approche est développée plus avant au paragraphe 2 de l’article premier, qui traite de la structure du règlement (voir ci-après, par. 10 et 23).

### **Article premier. Champ d’application et structure du règlement**

#### 10. Projet d’article premier – Champ d’application et structure du règlement

Option 1 (clause d’exclusion expresse): *“1. Le Règlement sur la transparence s’applique à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI en vertu d’un traité prévoyant la protection des investissements (‘le traité’) [qui est entré en vigueur] après [date d’adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu’il ne s’applique pas.”*

Option 2 (clause d’acceptation expresse), Variante 1 (valable quel que soit le règlement d’arbitrage applicable): *“1. Le Règlement sur la transparence s’applique à tout arbitrage engagé conformément à un traité prévoyant la protection des investissements (‘le traité’) lorsque les États parties au traité dans le cadre duquel est survenu le litige ont consenti à une telle application.”*

Variante 2 (valable uniquement dans le cadre d’un arbitrage régi par le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI): *“1. Le Règlement sur la transparence s’applique à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI en vertu d’un traité prévoyant la protection des investissements*

(‘le traité’) lorsque les États parties au traité dans le cadre duquel est survenu le litige ont consenti à une telle application.”

“2. Les articles 2 à 6 du Règlement sur la transparence contiennent des dispositions concernant la divulgation de l’ouverture de la procédure arbitrale (article 2), la publication de documents (article 3), la publication des sentences arbitrales (article 4), les observations présentées par des tiers pendant la procédure arbitrale (article 5), ainsi que la publicité des audiences et la publication des transcriptions (article 6). Ces dispositions sont soumises aux exceptions expressément prévues à l’article 7. Lorsque le Règlement sur la transparence laisse un pouvoir d’appréciation au tribunal arbitral, ce dernier l’exerce de la façon qu’il juge appropriée en tenant compte de toutes les circonstances qu’il estime pertinentes, y compris, le cas échéant, la nécessité de concilier i) l’intérêt légitime que le public porte à la transparence dans le domaine de l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et dans les procédures arbitrales et ii) l’intérêt légitime qu’ont les parties à l’arbitrage de voir leur litige réglé rapidement et efficacement.”

## Remarques

### **Paragraphe 1 – Champ d’application du règlement sur la transparence**

11. Le paragraphe 1 traite du champ d’application du règlement sur la transparence et contient deux options, ainsi que des variantes.

#### **Option 1: clause d’exclusion expresse**

12. La première option (clause d’exclusion expresse) établit une présomption selon laquelle le règlement sur la transparence s’applique dans le prolongement du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, à moins que les États n’en disposent autrement dans le traité d’investissement en décidant expressément de l’exclure (A/CN.9/717, par. 19 et 20). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l’élaboration d’une déclaration d’exclusion expresse de manière à éviter que la décision d’exclure le règlement sur la transparence n’ait des conséquences involontaires sur l’applicabilité du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI.

“[qui est entré en vigueur]”

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s’il convient de conserver les mots “qui est entré en vigueur”, qui figurent entre crochets dans la première option du paragraphe 1.

14. S’il décidait de conserver ces mots, le règlement sur la transparence s’appliquerait, sans effet rétroactif, aux traités conclus après la date de son adoption.

15. S’il décidait de supprimer ces mots, le règlement sur la transparence s’appliquerait alors à tout arbitrage engagé après la date de son adoption, même si le traité est entré en vigueur avant cette date (sous réserve que ce dernier n’interdise pas l’application du règlement). Cette option devrait être examinée plus avant pour déterminer les cas où le règlement sur la transparence pourrait s’appliquer aux traités conclus avant la date de son adoption.

***Option 2: clause d'acceptation expresse***

16. Selon la deuxième option (clause d'acceptation expresse), le consentement exprès des États est requis pour que le règlement sur la transparence s'applique (A/CN.9/717, par. 19 et 21). Deux variantes sont proposées au Groupe de travail pour examen: la variante 1 prévoit que le règlement sur la transparence s'applique à un arbitrage régi par tout règlement d'arbitrage applicable, et la variante 2 dispose qu'il s'applique seulement à un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas, les États peuvent consentir à l'application du règlement sur la transparence pour un arbitrage engagé en vertu d'un traité d'investissement conclu avant ou après la date d'adoption dudit règlement.

***Autres questions à examiner******Relation entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI***

17. Dans l'option 1 et la variante 2 de l'option 2, le règlement sur la transparence s'applique uniquement dans le cadre d'un arbitrage régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/717, par. 19 et 20). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter une note de bas de page précisant que le règlement sur la transparence s'appliquerait dans le cadre tant du Règlement d'arbitrage de 1976 que de sa version révisée en 2010.

18. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait modifier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 pour mentionner l'application du règlement sur la transparence (A/CN.9/717, par. 20). Des avis divergents ont été exprimés sur ce point à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail: il a été dit qu'une modification de l'article premier relatif au champ d'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour mentionner la norme juridique sur la transparence pourrait apporter de la clarté; selon d'autres avis, le fait de proposer trois versions différentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (celle de 1976, celle de 2010 et une version révisée tenant compte de la question particulière de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités) pourrait prêter à confusion. À l'issue de la discussion, il a été décidé de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur des délibérations (A/CN.9/717, par. 31 et 32).

***Relation entre le règlement sur la transparence et tout règlement d'arbitrage applicable***

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait ajouter une disposition dans le règlement sur la transparence traitant de la relation entre ce dernier et le règlement d'arbitrage applicable.

***Relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition sur la transparence figurant dans le traité d'investissement***

20. Une autre question à examiner est celle de la relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition en matière de transparence figurant dans le traité d'investissement servant de cadre à l'arbitrage. Par exemple, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est nécessaire de préciser que le règlement sur la

transparence ne l'emportera pas sur une disposition du traité d'investissement concerné qui exige un niveau de transparence plus élevé.

*Application du règlement sur la transparence par les parties au litige*

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article premier devrait inclure une disposition concernant l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige, pour tenir compte des discussions tenues à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 47 à 55). Une telle disposition supplémentaire aurait pour objet de préciser qu'une fois que les États parties au traité d'investissement sont convenus que le règlement sur la transparence s'appliquera conformément au paragraphe 1 de l'article premier, les parties au litige ne sont pas autorisées à en exclure l'application. Cette disposition pourrait être rédigée comme suit: "*Le Règlement sur la transparence vise à conférer des droits et des avantages au public et a, par conséquent, un effet impératif, si bien que les parties au litige ne sont pas autorisées à l'exclure expressément, ni à y déroger, durant l'arbitrage*". Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant l'intérêt et l'utilité d'une telle disposition.

*"un traité prévoyant la protection des investissements"*

22. De manière générale, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait préciser dans le règlement sur la transparence que la formule "un traité prévoyant la protection des investissements" devrait être comprise au sens large, c'est-à-dire comme englobant les accords de libre-échange, les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, pour autant qu'ils contiennent des dispositions sur la protection d'un investisseur et son droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États (voir aussi A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 18).

*Paragraphe 2 – structure du règlement sur la transparence*

23. Le paragraphe 2 traite de la structure du règlement sur la transparence. Il indique que chacune des règles de fond énoncées aux articles 2 à 6 est soumise aux exceptions limitées prévues à l'article 7. Il reflète également l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel, s'il faut concilier l'intérêt que le public porte à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et l'intérêt légitime des parties à l'arbitrage de voir leur litige réglé rapidement et efficacement, les exceptions de l'article 7 devraient être appliquées strictement et constituer les seules limites aux règles sur la transparence prévues aux articles 2 à 6 (A/CN.9/717, par. 129 à 143).

**Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale**

24. Projet d'article 2 – Ouverture de la procédure arbitrale

Option 1: "*Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur doit rapidement [communiquer au registre visé à l'article 8] [mettre à la disposition du public] des informations concernant le nom des parties au litige, leurs nationalités [et] [le secteur économique en cause] [et] [une brève description de l'objet du litige].*"

Option 2: "*Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur doit rapidement [communiquer au registre visé à l'article 8] [mettre à la*

*disposition du public] i) des informations concernant le nom des parties au litige, leurs nationalités [et] [le secteur économique en cause] [et] [une brève description de l'objet du litige]; et ii) la notification d'arbitrage,*

*Variante 1: à l'exception de toute partie de la notification que le demandeur (au moment où il soumet cette dernière) ou le défendeur refuse de voir publier au motif qu'elle contient des informations confidentielles et sensibles au sens de l'article 7, paragraphe 2.*

*Variante 2: [à moins que l'une des parties au litige ne s'oppose à sa publication.] [à condition que toutes les parties au litige acceptent qu'elle soit publiée.]”*

### **Remarques**

25. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail s'est généralement accordé à reconnaître la nécessité de donner au public des informations sur l'ouverture de la procédure arbitrale. Il a examiné en particulier si la notification d'arbitrage devrait être publiée et à quel moment (A/CN.9/717, par. 60 à 74). Il est généralement convenu que la notification d'arbitrage devrait être divulguée (A/CN.9/717, par. 61). Les avis ont cependant divergé sur la question de savoir si la notification devrait être publiée dès que s'ouvrirait la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral, compte tenu en particulier du fait que, si le règlement sur la transparence était appliqué à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il ne serait pas possible de s'en remettre à une institution pour régler les questions susceptibles de se poser avant la constitution du tribunal (A/CN.9/717, par. 62).

#### ***Option 1 – Publication d'informations à caractère général***

26. L'option 1 prévoit la publication de certaines informations une fois la procédure arbitrale ouverte mais non la publication de la notification d'arbitrage (A/CN.9/717, par. 67 et 68), laquelle serait traitée à l'article 3 du règlement sur la transparence, après la constitution du tribunal arbitral (voir ci-dessous, par. 32 à 38 sur la publication de documents).

#### ***Option 2 – Possibilité de publier la notification d'arbitrage en sus des informations à caractère général***

27. L'option 2 prévoit la publication de la notification d'arbitrage à l'ouverture de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral. Elle comporte deux variantes.

##### *Variante 1*

28. La variante 1 prévoit la publication de la notification d'arbitrage, dont les informations considérées comme étant confidentielles et sensibles par l'une ou l'autre partie auront été supprimées (A/CN.9/717, par. 69 et 70). Elle est également destinée à clarifier les modalités de cette suppression à ce stade initial de l'instance, car la procédure définie aux paragraphes 3 et 4 de l'article 7, qui prévoit une possible intervention du tribunal arbitral, ne pourrait pas s'appliquer.

*Variante 2*

29. La variante 2 reconnaît aux parties le droit de s'opposer à la publication de la notification d'arbitrage, conformément à un avis exprimé à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, selon lequel une partie pourrait avoir diverses raisons de ne pas souhaiter que des informations figurant dans la notification d'arbitrage soient rendues publiques au début de la procédure (A/CN.9/717, par. 71).

**Moyens de publication dans les options 1 et 2**

30. Les deux options proposent entre crochets deux variantes possibles pour la publication: d'une part, la publication des informations par l'intermédiaire d'un registre (voir A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 8 et 9); d'autre part, la publication par le défendeur, très probablement l'État partie au litige. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'article 3 (voir ci-dessous, par. 32 et 38) et l'article 4 (voir ci-dessous, par. 41 et 42) contiennent les mêmes variantes.

**Réponse à la notification d'arbitrage dans l'option 2**

31. Dans la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou dans tout autre règlement d'arbitrage susceptible de s'appliquer, la réponse à la notification d'arbitrage doit être adressée avant la constitution du tribunal arbitral. S'il retenait l'option 2, le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait également mentionner la publication de la réponse à la notification.

**Article 3. Publication de documents**

32. Projet d'article 3 – Publication de documents

***Documents à publier***

Option 1:

*“Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public. Si le tribunal décide que certains documents ne seront pas publiés en raison de la charge excessive qu'imposerait une telle publication, les documents non publiés devraient être mis à la disposition des tiers qui en font la demande.”*

Option 2:

*“Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, le tribunal arbitral décide des documents qui seront mis à la disposition du public [en consultation avec les parties au litige] [sauf si [une partie] [toutes les parties] au litige s'oppose[nt] à la publication].”*

Option 3:

*“1. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, [les documents suivants] [le tribunal arbitral décide, parmi les documents suivants, ceux qui] seront mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; les conclusions et les pièces y afférentes présentées au tribunal par une partie au litige; toutes observations présentées [par un ou plusieurs États parties au*

*traité mais non parties au litige et] par des tiers (amici curiae); et les ordonnances du tribunal.*

2. *Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, le tribunal arbitral peut ordonner [en consultation avec les parties au litige] [à moins que l'une des parties au litige ne s'y oppose] la publication de tout document qui lui est soumis ou qu'il délivre.*

3. *Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, les tiers peuvent demander l'accès à tout document soumis au tribunal arbitral ou délivré par celui-ci et le tribunal décide s'il octroie ou non cet accès [après consultation des parties au litige]."*

#### **Forme et moyens de publication**

Option 1: *"Les documents à publier conformément [au paragraphe] [à la section] 1 sont communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 8 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7. Le registre met ces documents à la disposition du public en temps utile, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit."*

Option 2: *"Le défendeur met à la disposition du public en temps utile les documents à publier conformément [au paragraphe] [à la section] 1, le cas échéant dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7, et dans la langue où ils ont été émis."*

#### **Remarques**

##### **Documents à publier**

33. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40 à 42). L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci devraient être mis à la disposition du public. Selon un avis contraire, il n'était 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 général et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace.

34. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, différentes approches se sont dégagées de l'examen de la question (A/CN.9/717, par. 87 à 92). Ces approches ont été exprimées comme suit dans l'article 3.

##### *Option 1 – Publication de tous les documents*

35. Dans l'option 1 sont publiés tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par ce dernier, sous réserve de l'article 7. Lorsque certains documents ne peuvent être publiés, les tiers devraient avoir le droit d'accéder aux informations (A/CN.9/717, par. 89).

*Option 2 – Publication des documents laissée à l’appréciation du tribunal arbitral*

36. Dans l’option 2, le tribunal arbitral décide des documents qui seront publiés (A/CN.9/717, par. 88). Il faudra examiner dans cette option si le tribunal devrait consulter les parties sur ce point et si une partie au litige pourrait s’opposer à la publication des documents. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, il a été fait observer que, selon le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral peut ordonner la publication de documents s’il le juge opportun sans qu’aucune partie n’ait le droit de s’y opposer (A/CN.9/717, par. 88).

*Option 3 – Liste des documents à publier*

37. Dans l’option 3, la disposition sur la publication des documents contiendrait une liste des documents pouvant être mis à la disposition du public (A/CN.9/717, par. 90 et 91). Il faudra examiner les questions suivantes: 1) si le tribunal arbitral doit décider, parmi les documents énumérés, ceux qui devraient être mis à la disposition du public; 2) si le tribunal doit pouvoir ordonner la publication d’un document ne figurant pas dans la liste; et 3) si les parties au litige devraient être consultées ou avoir le droit de s’opposer à la publication. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les questions touchant à la publication des sentences et des procès-verbaux ou transcriptions des audiences sont traitées respectivement à l’article 4 et à l’article 6 et que ces documents ne font donc pas partie de la liste figurant dans l’option 3.

***Forme et moyens de publication***

38. Deux options concernant la forme et les moyens de publication sont proposées au Groupe de travail pour examen (voir ci-dessus, par. 30).

***Bonne gestion de la procédure arbitrale***

39. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a déclaré que la bonne gestion de la procédure arbitrale était un aspect important dont il fallait tenir compte lors de l’élaboration de règles sur la transparence, car ces règles devraient aussi avoir pour but de préserver le droit des parties au litige à un accès effectif à la justice (A/CN.9/717, par. 145). Cependant, on a exprimé la crainte qu’une règle générale sur la bonne gestion de la procédure arbitrale ne contribue à une dégradation significative de la transparence (A/CN.9/717, par. 146). À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a considéré qu’il faudrait très probablement trouver le juste équilibre dans chaque disposition du règlement sur la transparence plutôt que dans le cadre des exceptions à la transparence prévues dans l’article 7 (A/CN.9/717, par. 147).

40. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les propositions de textes répondent bien aux préoccupations exprimées (voir, par exemple, la section intitulée “Documents à publier”: dans l’option 1, l’emploi des mots “en raison de la charge excessive qu’imposerait une telle publication”; dans l’option 2, le fait que le choix des documents à publier soit laissé à l’appréciation du tribunal arbitral; et, dans l’option 3, l’insertion d’une liste limitative de documents).

#### Article 4. Publication des sentences arbitrales

##### 41. Projet d'article 4 – Publication des sentences arbitrales

*“1. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l'article 7, toutes les sentences arbitrales sont publiées.”*

Option 1: *“2. Les sentences arbitrales sont communiquées par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 8 à mesure qu'elles deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7. Le registre met les sentences arbitrales à la disposition du public en temps utile, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.”*

Option 2: *“2. Le défendeur met les sentences arbitrales à la disposition du public en temps utile, le cas échéant dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 7, et dans la langue où il les reçoit. Le tribunal arbitral est chargé d'en supprimer les informations confidentielles et sensibles.”*

#### Remarques

42. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, l'élaboration d'une disposition simple qui prévoirait la publication des sentences a été largement appuyée et les délégations qui avaient exprimé des réserves à ce sujet ont demandé au Groupe de travail de garantir une protection adéquate des informations confidentielles et sensibles (A/CN.9/717, par. 100). Pour répondre à cette préoccupation, le paragraphe 1 prévoit la publication des sentences arbitrales sous réserve des dispositions de l'article 7. Le paragraphe 2 contient deux options sur la forme et les moyens de publication (voir ci-dessus par. 30).

#### Article 5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans la procédure arbitrale

##### 43. Projet d'article 5 – Observations présentées par des parties non contestantes

Option 1:

*“Le tribunal arbitral peut admettre et examiner les observations présentées à titre d'amicus curiae par une personne ou une entité qui n'est pas partie au litige.”*

Option 2:

##### ***“Observations présentées par des tiers***

*1. Après consultation des parties, le tribunal arbitral peut permettre à une personne ou à une entité qui n'est pas partie au litige et qui n'est pas un État partie au traité non contestant (un “tiers”) de déposer des observations écrites à son intention relatives à une question qui s'inscrit dans le cadre du litige.*

*2. Un tiers souhaitant présenter des observations saisit le tribunal arbitral d'une requête à cette fin et fournit par écrit les informations suivantes dans une des langues de l'arbitrage [, de manière concise, sans dépasser [cinq pages dactylographiées]]: a) une description du requérant, y compris, le cas échéant, de sa composition et de son statut juridique (par exemple, association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs*

généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le requérant); b) une déclaration indiquant si le requérant a des liens, directs ou indirects, avec une des parties au litige; c) des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation des observations; d) une description de la nature de l'intérêt que le requérant porte à l'arbitrage; et e) un énoncé des questions précises de fait ou de droit visées par la procédure que le requérant souhaite aborder dans ses observations écrites.

3. Afin de déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine a) si le tiers porte à l'instance un intérêt significatif et b) dans quelle mesure les observations l'aideraient à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige.

4. Les observations déposées par une partie non contestante: a) sont datées et signées par la personne qui les présente; b) sont concises et ne dépassent en aucun cas [la longueur autorisée par le tribunal] [20 pages dactylographiées, annexes comprises]; c) contiennent un énoncé précis de la position du requérant sur les questions; et d) n'abordent que les questions entrant dans le cadre du litige.

5. Le tribunal arbitral s'assure que la soumission ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission des tiers."

**Observations présentées par un État partie au traité d'investissement qui n'est pas partie au litige**

"[2] [6]. Le tribunal arbitral peut accepter ou demander qu'un État partie au traité mais non partie au litige présente des observations, à condition que celles-ci se limitent aux questions de droit et d'interprétation du traité et ne portent sur aucun aspect factuel du litige."

**Remarques**

44. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, de nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la présentation de mémoires d'*amicus curiae* au motif que ceux-ci pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et promouvoir la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

45. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail a examiné plusieurs options possibles pour la rédaction d'une disposition sur les observations présentées par des tiers au tribunal arbitral. Pendant les discussions, il a été dit que toute disposition sur la question devrait indiquer clairement que les mémoires d'*amicus curiae* ne seraient pas automatiquement acceptés (A/CN.9/717, par. 117 à 123). Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les conditions exigées pour l'acceptation des observations d'*amici curiae* sont suffisamment claires sur ce point.

*Option 1*

46. L'option 1 se fonde sur une disposition utilisée dans certains accords d'investissement qui, a-t-on dit, reflétait une évolution dans la pratique (A/CN.9/717, par. 118). Elle pose simplement le principe selon lequel les observations d'*amici curiae* devraient être permises et laisse les modalités d'acceptation de ces observations à l'appréciation du tribunal arbitral.

*Option 2*

47. L'option 2 correspond à l'avis exprimé selon lequel il faudrait fournir des orientations aux tiers et au tribunal arbitral, compte tenu du fait qu'un certain nombre d'États avaient peu d'expérience dans ce domaine (A/CN.9/717, par. 119 et 120). Elle reprend la proposition de rédiger une disposition qui s'inspirerait de l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI et serait complétée par des éléments traités au paragraphe B.2 de la Déclaration de la Commission du libre-échange de l'ALENA sur la participation d'une tierce partie du 7 octobre 2004 (A/CN.9/717, par. 122).

48. L'option 2 prévoit, dans son paragraphe 1, que le tribunal arbitral doit consulter les parties, comme le Groupe de travail en a discuté (A/CN.9/717, par. 120 et 125). Elle prévoit des règles détaillées sur: les informations devant être fournies concernant le tiers qui souhaite présenter des observations (par. 2); les questions devant être examinées par le tribunal (par. 3 et 5); et les observations elles-mêmes (par. 4).

**Intervention d'un ou de plusieurs États parties au traité d'investissement qui ne sont pas parties au litige**

49. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été fait observer qu'un autre État partie au traité d'investissement en question mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter présenter des observations, être invité à le faire ou en avoir le droit en vertu du traité. Il a été noté que cet État avait souvent des informations importantes à fournir, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail est convenu de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander si elle devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103, et A/CN.9/717, par. 124).

50. À sa quarante-quatrième session, la Commission est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il a été dit qu'il fallait laisser à ce dernier le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter de ce droit d'intervention et, dans l'affirmative, de définir la portée et les modalités d'une telle intervention (voir ci-dessus, par. 2)<sup>7</sup>.

51. Le projet de paragraphe proposé s'inspire d'une disposition du chapitre 11 de l'ALENA (article 1128). Elle vise à limiter l'intervention des États non contestants aux questions de droit et d'interprétation. Cette limitation répond aux craintes

---

<sup>7</sup> Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-quatrième session, par. 204 et 205.

exprimées selon lesquelles l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur était ressortissant pourrait soulever des questions liées à la protection diplomatique (A/CN.9/712, par. 49).

## **Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences**

### 52. Projet d'article 6 – Audiences et transcriptions des audiences

#### **Audiences**

Option 1: "1. *Sous réserve de l'article 6, paragraphes 2 et 3, les audiences sont publiques [ , à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose].*"

Option 2: "1. *Le tribunal arbitral décide s'il convient de tenir des audiences publiques. S'il décide que tel sera le cas, les audiences sont publiques sous réserve de l'article 6, paragraphes 2 et 3.*"

#### **Exceptions obligatoires à la publicité des audiences**

"2. *Lorsqu'une audience sera publique et qu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles et sensibles ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'article 7, le tribunal arbitral prend des dispositions pour que tout ou partie de l'audience se tienne à huis clos.*"

#### **Dispositions logistiques et exception discrétionnaire à la publicité des audiences**

"3. *Le tribunal arbitral peut prendre des dispositions logistiques pour faciliter le droit d'accès du public aux audiences (y compris, le cas échéant, en permettant à celui-ci d'y assister par liaison vidéo ou par d'autres moyens qu'il juge appropriés) et peut tenir les audiences à huis clos si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques.*"

#### **Transcriptions des audiences**

"4. *Sauf lorsque [le tribunal arbitral a décidé de ne pas tenir d'audiences publiques conformément à l'article 6, paragraphe 1, et sauf lorsque] une audience a été tenue à huis clos pour des motifs impératifs conformément à l'article 6, paragraphe 2, les transcriptions des audiences sont mises à la disposition du public. [Le registre visé à l'article 8] [Le défendeur] publie les transcriptions sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit du tribunal arbitral.*

5. *Les transcriptions des audiences tenues à huis clos sont mises à disposition conformément au paragraphe 4 dans tous les cas où la décision de tenir les audiences à huis clos a été prise uniquement pour des motifs logistiques comme le prévoit l'article 6, paragraphe 3, et non pour des motifs impératifs conformément à l'article 6, paragraphe 2.*"

## **Remarques**

### *Paragraphe 1 – Audiences*

53. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, des avis différents ont été exprimés concernant la publicité des audiences (A/CN.9/717, par. 102 à 111).

S'agissant de la rédaction même des dispositions, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, à l'article 6, les termes "audiences publiques" et "audiences à huis clos" sont bien les termes appropriés.

*Options 1 et 2*

54. L'option 1 tient compte du point de vue selon lequel les audiences devraient en principe être publiques. Elle prévoit entre crochets le droit pour chaque partie au litige de s'opposer à la publicité des audiences. À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, il a été demandé si ce droit de veto contribuerait à assurer la transparence et si une telle disposition était compatible avec le mandat du Groupe (A/CN.9/717, par. 104, 105 et 114).

55. L'option 2 laisse au tribunal la liberté de décider de la publicité des audiences sous réserve des orientations données à l'article 6, paragraphes 2 et 3.

*Paragraphes 2 et 3 – Exceptions à la publicité des audiences*

56. Les paragraphes 2 et 3 donnent des orientations sur les exceptions à la règle de la publicité des audiences. Le paragraphe 2 renvoie aux exceptions contenues dans l'article 7. Le paragraphe 3 répond à l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel il faudrait peut-être tenir les audiences à huis clos pour des raisons pratiques (A/CN.9/717, par. 109).

*Paragraphes 4 et 5 – Transcriptions des audiences*

57. Les paragraphes 4 et 5 traitent la question de la publication des transcriptions des audiences et fournit des orientations sur ce point en cas d'audience tenue à huis clos. On rappellera qu'à la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, certaines délégations s'étaient demandé si la décision concernant les transcriptions devait dépendre de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences. Il a été convenu d'examiner plus avant la question en même temps que les divers projets de textes devant être établis par le Secrétariat (A/CN.9/717, par. 115). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le passage dans la première série de crochets au paragraphe 4 ([le tribunal arbitral a décidé de ne pas tenir d'audiences publiques conformément à l'article 6, paragraphe 1, et sauf lorsque]) fait pendant à l'option 2 du paragraphe 1. Ce passage serait supprimé s'il décidait de ne pas retenir cette option.