Nations Unies A/CN.9/736

Assemblée générale

Distr. générale
17 octobre 2011
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Quarante-cinquième session
18 juin-6 juillet 2012, New York [ou 9-27 juillet 2012, Vienne]

Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011)

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-3	3
II.	Organisation de la session	4-10	3
III.	Délibérations et décisions	11	5
IV.	Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	12-135	5
	A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	13-133	5
	1. Remarques générales sur la structure du projet de règlement sur la transparence	13	5
	2. Préambule. Objet du règlement sur la transparence	14-17	6
	3. Article premier. Champ d'application et structure du règlement	18-40	6
	4. Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale	41-53	11
	5. Article 3. Publication de documents	54-66	14
	6. Article 4. Publication des sentences arbitrales	67	16
	7. Article 5. Observations présentées par des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige	68-98	16
	8. Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences	99-109	22

V.11-86497 (F)

Merci de recycler

9. Article 7. Exceptions à la transparence 110-130 24

10. Article 8. Lieu de conservation des informations publiées (“registre”). 131-133 28

B. Applicabilité du règlement sur la transparence à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités d’investissement existants 134-135 29

I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)[1], que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait examinée en priorité immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet[2].

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, soulignant combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a confirmé que la question de l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence 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[3]. En outre, elle est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme relevant du mandat du Groupe de travail. Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter d'un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention[4].

3. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.165, aux paragraphes 5 à 12, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-cinquième session à Vienne, du 3 au 7 octobre 2011. Y ont assisté les États membres suivants: Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Inde, Israël, Italie, Japon, Maurice, Mexique, Nigéria, Norvège, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bélarus, Belgique, Croatie, Équateur, Finlande, Indonésie, Nouvelle-Zélande, Panama,

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314.
[2] Ibid., *Soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.
[3] Ibid., *Soixante-sixième session, Supplément n° 17* (A/66/17), par. 200.
[4] Ibid., par. 202.

Pays-Bas, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Suisse.

6. Ont également assisté à la session des observateurs de la Palestine et de l'Union européenne.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI);

b) *Organisations intergouvernementales*: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) et Cour permanente d'arbitrage;

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: Association internationale du barreau, Association of the Bar of the State of New York, Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association Suisse de l'Arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation, Centre International d'Arbitrage de la Chambre économique fédérale d'Autriche, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour d'arbitrage de Madrid, Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration C.I.C. (FICACIC), Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Insolvency Institute (III), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Pakistan Business Council (PBC), Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC) et Union Internationale des Avocats (UIA).

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

Président: M. Salim Moollan (Maurice)

Rapporteur: M. Markus Maurer (Allemagne)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.165); b) note du Secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.166 et son additif); c) note du Secrétariat reproduisant les commentaires du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) (A/CN.9/WG.II/WP.167).

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

1. Ouverture de la session.

2. Élection du Bureau.

3. Adoption de l'ordre du jour.

4. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

11. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.166 et son additif; et A/CN.9/WG.II/WP.167). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le Secrétariat a été prié de préparer un projet de version révisée du règlement sur la transparence sur la base des délibérations et des décisions du Groupe de travail.

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

12. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, sur la base des documents A/CN.9/WG.II/WP.166 et A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 et de l'avant-projet de règlement sur la transparence qui y figure.

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

1. Remarques générales sur la structure du projet de règlement sur la transparence

13. Le Groupe de travail a rappelé sa décision selon laquelle la norme juridique sur la transparence prendrait la forme de règles et non de principes directeurs (A/CN.9/717, par. 26 et 58). Avant de commencer sa première lecture du projet de règlement sur la transparence, le Groupe de travail a entendu un exposé sur la structure de celui-ci (voir également ci-dessous, par. 38). Le paragraphe 1 de l'article premier traitait du champ d'application du règlement et, en particulier, de la façon dont le consentement des États parties à un traité d'investissement serait exprimé de sorte que le règlement sur la transparence s'applique au règlement d'un litige entre un investisseur et un État conformément à ce traité. L'article 1-2 avait pour objet de préciser que lorsque le projet de règlement sur la transparence laissait un pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral, ce dernier l'exerçait en tenant compte à la fois de l'intérêt légitime que le public portait à la transparence dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et dans les procédures arbitrales et de celui qu'avaient les parties à l'arbitrage à ce que leur litige soit réglé efficacement. Les articles 2 à 6 traitaient de questions de fond relatives à la transparence. L'article 7 traitait des exceptions à la transparence, qui se limitaient à la protection des informations confidentielles et sensibles et de l'intégrité du

processus arbitral. L'article 8 était destiné à déterminer qui serait chargé de mettre les informations à la disposition du public.

2. Préambule. Objet du règlement sur la transparence

14. Le Groupe de travail a rappelé que le préambule du règlement sur la transparence figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.166 reflétait une suggestion faite au sein du Groupe de travail selon laquelle l'objet des règles sur la transparence devrait être exprimé dans une introduction à l'instrument (A/CN.9/717, par. 112). Le préambule traitait de l'équilibre que le règlement cherchait 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. Certains avis ont été exprimés contre l'insertion d'un préambule dans le règlement sur la transparence, indiquant qu'un préambule serait assez inhabituel pour ce type d'instrument et que sa force obligatoire serait incertaine. Il a été suggéré d'inclure plutôt l'essence du préambule dans la décision de la Commission portant adoption du règlement ainsi que dans le texte de la résolution de l'Assemblée générale recommandant son utilisation. Il a également été noté qu'une disposition similaire ménageant à la fois les objectifs de transparence et de règlement efficace figurait déjà au paragraphe 2 de l'article premier. Il a été suggéré que cette disposition remplace le préambule.

15. S'agissant du libellé, il a été proposé qu'à la première phrase du préambule, le mot "rapidement" figurant avant les mots "et efficacement" soit remplacé par le mot "équitablement", par souci de cohérence avec l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI révisé en 2010 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010) (voir également ci-dessous, par. 39).

16. Il a été dit qu'il serait peut-être préférable de reporter la décision sur la nécessité éventuelle d'un préambule après l'examen du contenu des règles sur la transparence.

17. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant lors d'une prochaine session.

3. Article premier. Champ d'application et structure du règlement

a) Article 1-1. Champ d'application

Acceptation expresse ou exclusion expresse

18. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-1 du projet de règlement figurant au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Cet article régissant le champ d'application du règlement sur la transparence comportait deux options et des variantes. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait bon d'examiner l'article pour déterminer les opinions des États membres en ce qui concerne le champ d'application du règlement sur la transparence. Il a été généralement admis qu'aucune décision ne pourrait être prise à ce stade et que la question devrait être examinée plus avant lors de prochaines sessions du Groupe de travail.

19. L'avis a été exprimé qu'on pouvait considérer différents aspects du champ d'application du règlement. Il a été dit qu'il convenait d'établir une distinction entre le champ d'application matériel – le règlement sur la transparence s'appliquerait-il uniquement aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la

CNUDCI ou également aux arbitrages engagés en vertu d'autres règlements si les parties en décident ainsi – et le champ d'application temporel – le règlement sur la transparence s'appliquerait-il uniquement aux arbitrages régis par les traités d'investissement conclus après la date de l'entrée en vigueur du règlement ou également à ceux régis par les traités conclus avant cette date.

Exclusion expresse et application matérielle

20. Une des options, la "clause d'exclusion expresse", prévoyait que "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." Dans ce cas, le règlement sur la transparence s'appliquerait en tant que complément du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le cadre de traités d'investissement prévoyant expressément que les arbitrages sont régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le consentement à appliquer le règlement sur la transparence serait exprimé si, dans les traités d'investissement, les parties mentionnaient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant entendu que celui-ci incluait le règlement sur la transparence. L'application du règlement sur la transparence serait alors considérée comme la norme, les parties conservant la capacité d'en exclure expressément l'application.

21. On a indiqué que cette option ne pourrait s'appliquer qu'aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et non aux arbitrages régis par d'autres règlements d'arbitrage internationaux. On a souligné que si le règlement sur la transparence ne s'appliquait qu'aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, cela permettrait à un investisseur de choisir une procédure régie par un règlement d'arbitrage ne contenant aucune disposition sur la transparence. On s'est demandé si cet effet serait souhaitable. On a fait observer que l'exclusion expresse n'était pas incompatible, par principe, avec l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages engagés en vertu d'autres règlements d'arbitrage internationaux, étant donné que les parties à un traité d'investissement pourraient également convenir de les appliquer à ces autres types d'arbitrage.

Exclusion expresse et application temporelle "[qui est entré en vigueur]"

22. Les délégations appuyant l'option 1 ont exprimé différents points de vue sur la question de la conservation de l'expression "qui est entré en vigueur", placée entre crochets dans la première option.

23. Si l'expression "qui est entré en vigueur" était conservée, le règlement sur la transparence s'appliquerait, sans effet rétroactif, aux traités d'investissement conclus après la date de son adoption. À l'appui de cette option, il a été dit que les États parties au traité d'investissement sauraient que l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI entraînerait l'application du règlement sur la transparence pour les traités d'investissement conclus après la date d'adoption du règlement sur la transparence. Pour les traités d'investissement conclus avant cette date, des solutions telles que celles décrites aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 devraient être examinées plus avant.

24. Si l'expression "qui est entré en vigueur" était supprimée, le règlement sur la transparence pourrait s'appliquer à tout arbitrage engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI après la date d'adoption dudit règlement, même si le traité était entré en vigueur avant cette date (sous réserve que ce dernier ne mentionne pas expressément l'application d'une version antérieure du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI). Les délégations appuyant l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement conclus avant la date de l'adoption du règlement ont souligné que certains traités pouvaient être interprétés comme permettant cette application. Par exemple, ce serait le cas des traités d'investissement qui mentionnaient l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et qui étaient en vigueur à l'ouverture de la procédure. Il a été indiqué qu'en vertu de cette option, dans certains cas, si les États parties à un traité existant ne voulaient pas que le règlement sur la transparence s'applique, ils devraient amender ou modifier leur traité d'investissement à cet effet.

Acceptation expresse, applications matérielle et temporelle

25. Dans le cas de la deuxième option ("acceptation expresse"), les États seraient expressément tenus d'adopter le règlement sur la transparence pour que celui-ci s'applique. Deux variantes ont été soumises à l'examen du Groupe de travail: la première disposait que le règlement sur la transparence s'appliquerait à toute procédure quel que soit le règlement d'arbitrage, et la deuxième limitait l'application du règlement sur la transparence aux procédures régies par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans les deux cas, le consentement des États à l'application du règlement sur la transparence pourrait être donné pour un arbitrage engagé en vertu d'un traité d'investissement conclu avant ou après la date d'adoption du règlement sur la transparence. Le règlement sur la transparence fonctionnerait alors comme un texte autonome.

26. Une majorité de délégations a dit préférer l'option 2 parce qu'elles étaient en faveur de l'adoption expresse du règlement sur la transparence par les États et que cette solution garantissait que les États avaient pris sciemment la décision d'appliquer le règlement.

27. En ce qui concerne la première variante de l'option 2, il a été dit qu'il pourrait être plus simple de limiter l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant donné que l'application du règlement sur la transparence avec d'autres règlements d'arbitrage pourrait provoquer des incertitudes et difficultés juridiques.

28. Les institutions d'arbitrage ont été invitées à formuler des commentaires sur la question de savoir s'il était possible d'envisager l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages menés en vertu de leurs propres règlements. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements ("CIRDI"), l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm et la Cour permanente d'arbitrage de La Haye ont confirmé qu'en principe l'application du règlement sur la transparence avec leurs règlements institutionnels ne devrait pas poser problème. Toutes les institutions ont dit souhaiter être associées aux travaux afin de déterminer comment dans la pratique appliquer le règlement sur la transparence aux procédures d'arbitrages régies par leurs règlements d'arbitrage. Le CIRDI a en outre indiqué au Groupe de travail qu'il avait déjà une expérience de l'application d'une norme plus large de transparence dans le contexte des arbitrages

du CIRDI en vertu de l'Accord de libre-échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les États-Unis ("CAFTA-DR"). L'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm a expliqué que le règlement de la Chambre de commerce s'appliquait aux procédures d'arbitrage touchant le commerce et les investissements et que même si ce règlement faisait référence au principe de confidentialité, les parties pouvaient s'en écarter si elles en décidaient ainsi.

29. Ayant entendu les commentaires des institutions d'arbitrage, plusieurs délégations ont estimé que la première variante de l'option 2 pourrait être une solution réaliste permettant une application plus large du règlement sur la transparence, qui était estimé conforme au mandat confié par la Commission au Groupe de travail.

30. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a noté qu'une majorité de délégations exprimaient une préférence pour l'option 2, étant entendu que les deux variantes seraient examinées à une de ses prochaines sessions. Quelques délégations ont dit appuyer l'option 1, leurs avis divergeant quant à savoir si l'article 1-1 devrait traiter de la question de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants ou si cette question devrait être réglée par d'autres moyens. On a proposé que l'option 1, circonscrite au règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit limitée aux futurs traités d'investissement et associée à l'option 2-1, qui couvrait toutes les autres situations (à savoir l'application aux traités existants, quels que soient les règlements d'arbitrage choisis par les parties). Le Groupe de travail est convenu de continuer d'examiner les deux options et leurs deux variantes à une session future du Groupe de travail. Il a prié le Secrétariat de fournir une analyse des questions que pourrait poser l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et la version révisée de 2010, s'agissant des diverses options envisagées à l'article 1 ainsi que des autres dispositions de fond du règlement sur la transparence.

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

31. Le Groupe de travail a examiné la relation entre le règlement sur la transparence et toute disposition en matière de transparence figurant dans un traité d'investissement servant de cadre à l'arbitrage. À cet égard, il a été proposé d'inclure dans le règlement sur la transparence un libellé précisant que celui-ci ne l'emporterait pas sur une disposition du traité d'investissement concerné qui exigeait un niveau de transparence plus élevé. Le Groupe de travail a estimé que ce principe était acceptable et a prié le Secrétariat de rédiger une disposition allant dans le sens de cette proposition pour qu'il puisse l'examiner lors d'une prochaine session.

Application du règlement sur la transparence par les parties au litige

32. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé si l'article premier devrait renfermer une disposition concernant l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige afin de tenir compte des discussions tenues à sa cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 47 à 55). Une telle disposition aurait pour objet de préciser qu'une fois que les États parties au traité d'investissement étaient convenus que le règlement sur la transparence s'appliquerait conformément au

paragraphe 1 de l'article premier, les parties au litige ne seraient pas autorisées à en exclure l'application ou à y déroger.

33. Un large soutien été exprimé en faveur de la proposition selon laquelle il ne faudrait prévoir aucune disposition autorisant les parties au litige à modifier l'offre d'arbitrage transparent, au motif qu'il ne serait pas judicieux que les parties au litige reviennent sur une décision prise en la matière. En outre, la norme juridique sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi le public en général, si bien qu'il n'appartenait pas aux parties au litige de renoncer aux dispositions relatives à la transparence adoptées par les États.

34. Le Groupe de travail a ensuite examiné la proposition de texte de cette disposition figurant dans le paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a été dit que le libellé "Le Règlement sur la transparence vise à conférer des droits et des avantages au public" devrait être soit développé, soit supprimé. Il pourrait être remplacé par un libellé formulé comme suit: "Le Règlement sur la transparence est adopté dans l'intérêt du public (...)." Un soutien a été exprimé en faveur de la suppression de ce membre de phrase jugé trop descriptif et inutile.

35. Il a également été proposé de supprimer les mots "durant l'arbitrage", car cette disposition devait bien préciser que les parties au litige n'étaient pas autorisées à exclure expressément le règlement, ni à y déroger à quelque moment que ce soit, avant ou pendant la procédure arbitrale.

36. Selon l'avis qui a prévalu, il fallait retenir la proposition mentionnée au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.166, compte tenu des modifications de forme nécessaires, et le Groupe de travail est convenu que cette question serait examinée plus avant lors d'une future session. Quelques délégations étaient de l'avis que, conformément au principe d'autonomie des parties, les parties au différend devraient être en mesure de décider de ne pas appliquer le règlement sur la transparence.

"un traité prévoyant la protection des investissements"

37. Le Groupe de travail est convenu que l'expression "un traité prévoyant la protection des investissements" utilisée dans l'article 1-1 devrait être précisée afin d'en délimiter le champ d'application. Il a été dit qu'une telle notion, en vertu du règlement, renvoyait à une question importante, car elle représentait le point d'accès pour appliquer le règlement sur la transparence. Il a été convenu que cette notion devrait être comprise au sens large, c'est-à-dire comme englobant les accords de libre-échange ainsi que les traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement, pour autant qu'ils contiennent des dispositions sur la protection d'un investisseur ou d'un investissement et le droit de recourir à l'arbitrage entre investisseurs et États. En outre, il a été dit que de nombreux traités d'investissement prévoyaient le règlement des litiges entre les États parties contractants et entre l'investisseur et un État. Dans ce contexte, on a fait observer qu'il fallait préciser que le règlement sur la transparence s'appliquerait uniquement au règlement des litiges concernant la protection des investissements et des investisseurs et non aux litiges entre États dans le cadre du traité. Le Groupe de travail a demandé au Secrétariat de prévoir dans la version révisée du règlement un libellé précisant ce point.

b) Article premier, paragraphe 2. Structure du règlement sur la transparence

38. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-2 du règlement qui figure au paragraphe 10 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. On a été noté que le paragraphe 2 de l'article premier traitait de la structure du règlement sur la transparence (voir également ci-dessus, par. 13). Ce paragraphe indiquait que chacune des règles de fond énoncées aux articles 2 à 6 étaient soumises aux exceptions limitées prévues à l'article 7. Il reflétait également l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel, s'il fallait concilier l'intérêt légitime que le public portait 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).

39. Le principe énoncé au paragraphe 2 de l'article premier a suscité un vaste soutien. Quelques propositions d'ordre rédactionnel ont été formulées. Pour aligner le libellé sur le paragraphe 1 de l'article 17 du Règlement d'arbitrage de 2010, il a été proposé de remplacer le mot "rapidement", qui apparaissait dans la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article premier, par le mot "équitable" (voir également ci-dessus, par. 15). Par ailleurs, il a été proposé de supprimer les deux premières phrases du paragraphe, jugées trop descriptives et qui faisaient double emploi avec le paragraphe 1 de l'article 7. On a noté que des questions relatives aux droits de l'homme pourraient relever du paragraphe 2 i). En outre, il a été proposé, sur le plan rédactionnel, de préciser que deux questions concernant l'intérêt du public étaient énoncées au paragraphe 2 i): l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités en général et la procédure arbitrale proprement dite.

40. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 2 devrait être reformulé compte tenu des propositions figurant dans le paragraphe 39 ci-dessus, afin qu'il puisse l'examiner lors d'une future session.

4. Article 2. Ouverture de la procédure arbitrale

41. Dans le cadre de l'examen des dispositions de fond relatives à la transparence visées aux articles 2 à 6 du règlement sur la transparence, il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait pour mandat d'élaborer une norme juridique sur la transparence qui tiendrait compte des meilleures pratiques en la matière dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États. À sa cinquante-quatrième session, le Groupe de travail était convenu de passer à la définition du contenu des normes les plus exigeantes en matière de transparence, en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles. Ce faisant, il était entendu que les délégations qui avaient initialement proposé que la norme juridique sur la transparence prenne la forme de lignes directrices avaient accepté qu'un projet de règlement soit élaboré à la condition qu'il ne s'applique que lorsqu'il serait expressément mentionné (clause d'acceptation expresse). Il a été indiqué qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le contenu du règlement sur la transparence, et éventuellement de le restreindre, si le Groupe de travail optait par la suite pour l'exclusion expresse (A/CN.9/717, par. 26 et 58).

42. Le Groupe de travail est ensuite passé à l'examen de l'article 2, relatif à la publication d'informations lors de l'ouverture de la procédure arbitrale, qui figurait au paragraphe 24 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Cet article présentait différents libellés de manière à refléter les différents points de vue exprimés à la

cinquante-quatrième session (A/CN.9/717, par. 60 à 74). L'option 1 prévoyait la publication de certaines informations une fois la procédure arbitrale ouverte mais non la publication de la notification d'arbitrage, laquelle serait traitée à l'article 3 du règlement sur la transparence, après la constitution du tribunal arbitral. L'option 2, qui prévoyait la publication de la notification d'arbitrage à l'ouverture de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral, comportait deux variantes.

Publication d'informations à caractère général

43. De l'avis général du Groupe de travail, certaines informations devraient être publiées avant la constitution du tribunal arbitral, pour permettre au public en général d'être informé de l'ouverture de la procédure. Le Groupe de travail est convenu que l'article 2 devrait prévoir, à tout le moins, la publication du nom des parties et d'une indication générale du domaine d'activité concerné avant la constitution du tribunal arbitral. Il a été dit que cette proposition prévoyait une procédure qui était conforme à celle actuellement suivie au CIRDI (voir A/CN.9/WG.II/WP.167, par. 5 à 7), et qui, de ce fait, était déjà connue de nombreux États. Il a été décidé de mentionner à l'article 2 le traité d'investissement en vertu duquel le tribunal était saisi, car il s'agissait d'une question de fait qui ne devrait pas prêter à débat. Le Groupe de travail est convenu que les nationalités des parties ainsi qu'une brève description du litige, qui figurent dans l'option 1 de l'article 2, ne devraient pas être rendues publiques au début de la procédure, car ces informations pouvaient être controversées.

Moyens de publication

44. S'agissant des moyens de publication, une préférence a été exprimée en faveur de la publication via un lieu de conservation des informations publiées ("registre"), car l'intervention d'une institution neutre assurant la publication, notamment à ce stade de la procédure, a été jugée préférable. Le Groupe de travail est convenu que toute partie, et non juste le défendeur, devrait être habilitée à communiquer la notification d'arbitrage au registre, qui pourrait en extraire les informations pertinentes visées au paragraphe 43 ci-dessus, aux fins de publication.

45. On s'est demandé si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect de l'obligation qu'avaient les parties de communiquer des informations au registre devrait être passible de sanctions. Il a été dit que la question des sanctions était difficile à traiter dans un instrument de la nature d'un règlement.

46. Le Secrétariat a été prié de proposer une nouvelle version de l'option 1 de l'article 2, sur la base de l'examen dont il était rendu compte dans les paragraphes 43 et 44 ci-dessus.

Publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse y afférente)

47. Le Groupe de travail a ensuite porté son attention sur la question de savoir si, outre la publication des informations à caractère général mentionnées dans le paragraphe 43 ci-dessus, la notification d'arbitrage devrait également être rendue publique avant la constitution du tribunal arbitral comme il était prévu dans l'option 2.

48. Les délégations qui ont appuyé la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral ont estimé que la publication rapide de la notification d'arbitrage permettrait au public en général non seulement d'être informé de l'ouverture de la procédure mais aussi d'exprimer son opinion au début de cette dernière. Il a été dit que la publication rapide de la notification d'arbitrage était le meilleur moyen de promouvoir la transparence et que cette publication permettrait de protéger des informations sensibles et confidentielles, comme il était proposé dans la variante 1 de l'option 2.

49. Toutefois, des réserves ont été exprimées au sujet de la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral. On a estimé que le fait que les informations devraient être "rapidement" communiquées, comme il était proposé dans la variante 1 de l'option 2, devrait être précisé. Il a été dit que tous les États n'étaient pas nécessairement préparés pour assurer la publication de la notification d'arbitrage dans les délais voulus et que l'État défendeur aurait besoin de temps pour organiser sa défense et préparer sa réponse à la notification d'arbitrage. Il a été rappelé qu'en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral pouvait être désigné dans un délai de deux à trois mois à compter de la date de la notification d'arbitrage. En outre, il a été dit que, après que la notification d'arbitrage avait été adressée et avant qu'il y soit répondu, il existait des possibilités de régler le litige qui seraient compromises une fois que la position des parties, telle qu'exprimée dans la notification et la réponse, serait publiée.

50. Des questions ont été soulevées sur la manière dont la publication serait effectuée et sur les coûts qui y seraient associés, comme les coûts liés à la gestion d'un site Web sécurisé et à la suppression des informations confidentielles et sensibles dans la notification d'arbitrage et éventuellement la réponse à cette dernière. Il a également été dit que la publication de la notification d'arbitrage s'inscrivait mieux dans le cadre de l'article 3 relatif à la publication de documents, car il a été dit que le tribunal arbitral serait le mieux placé pour veiller à la question des informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification d'arbitrage et que le filtrage de cette notification outrepasserait le rôle d'un registre.

51. Les délégations favorables à la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral ont répondu que les dépenses afférentes à cette publication devaient être mises en balance avec les avantages liés à la transparence et à l'obligation de rendre compte qui devaient l'emporter. On a fait valoir que la publication de la notification d'arbitrage n'entraînerait pas de dépenses pour le registre, étant entendu qu'il incombait aux parties de fournir une version expurgée de la notification. Il a en outre été dit que l'expérience montrait que la publication de la notification d'arbitrage à un stade précoce de la procédure ne faisait pas obstacle à un règlement amiable du litige. Pour apaiser les préoccupations concernant d'éventuels litiges entre les parties au sujet des informations à supprimer, il a été proposé que le tribunal arbitral, une fois constitué, soit habilité à statuer sur tout litige de cet ordre et que la question soit clarifiée dans l'option 2.

52. La proposition selon laquelle, si la notification d'arbitrage était publiée, la réponse y afférente devrait l'être aussi, a bénéficié d'un soutien. Afin de garantir l'équité, on a estimé que les détails du litige figurant dans la notification ne devraient être rendus publics que lorsque l'État défendeur aurait eu la possibilité de présenter sa propre position en réponse à la notification.

53. À l'issue du débat, l'avis qui a prévalu n'était pas favorable à la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral, alors qu'une minorité appuyait la publication rapide de la notification d'arbitrage. Le Secrétariat a été prié de proposer une version révisée de la variante 1 de l'option 2, en tenant compte des vues échangées.

5. Article 3. Publication de documents

54. Le Groupe de travail a rappelé la discussion qu'il avait tenue à sa cinquante-troisième session, au cours de laquelle différents avis avaient été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40 à 42). À la cinquante-quatrième session du Groupe de travail, différentes approches s'étaient dégagées de l'examen de la question (A/CN.9/717, par. 87 à 92). Ces approches étaient reflétées à l'article 3 figurant au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.166.

Option 1. Publication de tous les documents

55. Selon l'option 1, tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par ce dernier étaient publiés, sous réserve de l'article 7. Si certains documents ne pouvaient être publiés, les tiers devaient avoir le droit d'accéder aux informations. Cette option n'a pas été appuyée.

Option 2. Publication des documents laissée à l'appréciation du tribunal arbitral

56. Dans l'option 2, il revenait au tribunal arbitral de décider quels documents devaient être publiés, à moins que les parties au litige ne s'opposent à la publication. Il a été rappelé aux quelques délégations exprimant une préférence pour l'option 2 que celle-ci, en donnant aux parties un droit de véto, serait encore plus stricte que les versions 1976 et 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ne favoriserait donc pas la transparence. Il a été dit en outre que décider des documents à publier constituerait pour le tribunal arbitral une lourde tâche qui pourrait nuire à l'efficacité de la procédure arbitrale. Cette option a recueilli peu de soutien.

Option 3. Liste des documents à publier

57. Dans la troisième option, la disposition sur la publication des documents contenait un premier paragraphe énumérant les documents qui seraient mis à la disposition du public, automatiquement ou sur décision du tribunal arbitral. Le paragraphe 2 conférait au tribunal le pouvoir d'ordonner la publication de tout document qui lui était soumis ou qu'il délivrait. Le paragraphe 3 permettait aux tiers de demander l'accès à tout document soumis au tribunal arbitral ou délivré par celui-ci et lui conférait le pouvoir d'accorder ou non cet accès.

58. L'option 3 a été fortement appuyée. La structure de la disposition a été jugée claire, en ce qu'elle indiquait dans un premier paragraphe les documents qui seraient mis à la disposition du public; prévoyait ensuite dans un second paragraphe la possibilité pour le tribunal arbitral de décider de la publication de documents supplémentaires; et permettait enfin au dernier paragraphe d'englober tout autre document non visé aux deux premiers paragraphes qui pourrait être demandé par des tiers. On a estimé que cette proposition réalisait un juste équilibre entre les

nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire de gestion de la procédure.

Paragraphe 1

59. Des avis divergents ont été exprimés concernant les documents à énumérer au paragraphe 1. Certaines délégations estimaient qu'il serait bon de publier l'ensemble des documents de procédure, les paragraphes 2 et 3 pouvant alors être omis, et d'autres estimaient que cette liste devrait rester restreinte, permettant au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication des documents supplémentaires visés aux paragraphes 2 et 3. Les partisans de la publication automatique d'une liste exhaustive de documents ont proposé d'ajouter aux documents déjà énumérés au paragraphe 1 la réponse à la notification d'arbitrage, les conclusions des experts nommés par le tribunal arbitral et toutes les décisions de ce dernier.

60. Concernant les documents énumérés au paragraphe 1, divers avis ont été exprimés quant à savoir si les pièces afférentes, qui pouvaient être des documents volumineux, devraient être comprises dans la liste du paragraphe 1. On a proposé qu'une table des matières des pièces afférentes qui ne serait d'ordinaire pas produites figurent dans la liste, afin que les parties aient connaissance des documents qui seraient produits au cours de la procédure. Il a également été dit que la notion de "conclusions" d'une partie était très vague. Il a été suggéré d'ajouter le mot "écrites" après les mots "conclusions" et "ordonnances" au paragraphe 1.

61. Il a été dit en outre que les documents énumérés renvoyaient à des termes juridiques pouvant être compris de diverses manières. En réponse à cette préoccupation, il a été suggéré d'aligner la formulation du paragraphe 1 sur la terminologie du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010: notification d'arbitrage, réponse à la notification d'arbitrage, mémoire en demande, mémoire en défense, rapports d'experts, conclusions écrites d'États parties non contestants et autres pièces écrites.

62. On a fermement appuyé l'idée selon laquelle les documents énumérés au paragraphe 1 devraient être publiés automatiquement sans que le tribunal arbitral n'exerce son pouvoir discrétionnaire.

Paragraphes 2 et 3

63. Étant donné que les paragraphes 2 et 3 permettaient au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir discrétionnaire en ordonnant la publication de documents supplémentaires, il a été proposé d'ajouter au paragraphe 2 les mots "exerçant son pouvoir discrétionnaire", pour reprendre la terminologie de l'article 1-2.

64. Un large appui a été exprimé en faveur de l'idée de conserver dans les deux paragraphes les passages entre crochets disposant que le tribunal arbitral devait consulter les parties.

Version révisée de l'option 3

65. À l'issue de la discussion, une préférence s'est dessinée en faveur de l'option 3 en tant que base de la poursuite des débats sur la question de la publication des documents à une prochaine session. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de produire une nouvelle version révisée de l'option 3. Le chapeau du

paragraphe 1 se lirait à peu près comme suit: “1. “Sous réserve des exceptions expressément prévues à l’article 7, les documents suivants seront mis à la disposition du public:”. La liste des documents comporterait alors un certain nombre de catégories: i) la notification d’arbitrage et la réponse à celle-ci, ii) les mémoires, iii) les déclarations de témoins et rapports d’experts, iv) les pièces afférentes, v) les observations des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige, et vi) les décisions et ordonnances du tribunal arbitral. Il a été indiqué qu’il conviendrait d’examiner plus avant la liste des documents qui seraient mis à la disposition du public en vertu du paragraphe 1 ainsi que la question du moment de la publication. Le Secrétariat a été prié d’établir une liste de documents qui seraient inclus dans ces catégories, en se fondant sur une terminologie précise et en particulier sur celle du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI. Les paragraphes 2 et 3 se liraient à peu près comme suit: “2. Sous réserve des exceptions expressément prévues à l’article 7, le tribunal arbitral, exerçant son pouvoir discrétionnaire, peut ordonner en consultation avec les parties au litige 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 communication

66. Le Groupe de travail a ensuite examiné les deux options concernant la forme et les moyens de publication, présentées au paragraphe 32 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Une préférence a été exprimée pour l’option 1, qui prévoyait que les documents à publier devaient être communiqués par le tribunal arbitral au registre. Le Groupe de travail est convenu d’examiner la question du moment de la publication lorsqu’il se pencherait sur l’article 7.

6. Article 4. Publication des sentences arbitrales

67. Le Groupe de travail a examiné l’article 4, figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Un large appui a été exprimé en faveur du paragraphe 1, disposant que les sentences sont rendues publiques sous réserve de l’article 7. Le paragraphe 2 contenait deux options traitant de la forme et des moyens de communication. Compte tenu de la décision prise lors de l’examen de l’article 3 (voir ci-dessus, par. 66) concernant la forme et les moyens de publication, le Groupe de travail est convenu que l’option 1 était préférable.

7. Article 5. Observations présentées par des tiers et des États parties au traité mais non parties au litige

a) Article 5-1 à 5-5. Observations présentées par des tiers

68. Le Groupe de travail a examiné l’article 5 figurant au paragraphe 43 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a été précisé que l’examen des paragraphes 1 à 5 de cet article porterait sur les observations présentées par des tiers et non sur celles des États parties au traité mais non parties au litige, question qui serait traitée séparément (voir ci-dessous, par. 78 à 98).

Option 1

69. L'option 1 se fondait sur une disposition de certains traités d'investissement, posant le principe que les observations de tiers devraient être autorisées, sans préciser les modalités. Un avis a été exprimé en faveur de cette option au motif qu'une telle disposition reflétait l'évolution de la pratique et que les tribunaux arbitraux sauraient habituellement comment traiter les observations présentées par des tiers sans qu'il soit nécessaire de leur fournir des orientations spécifiques. Toutefois, on s'est dit préoccupé par le fait que de nombreux États pourraient ne pas avoir l'habitude des observations présentées par des tiers dans le contexte d'une procédure arbitrale, et on a largement estimé que le règlement devrait comporter davantage d'orientations sur la question.

Option 2

70. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre ses discussions sur la base de l'option 2, qui semblait répondre à ce souci de fournir des orientations concernant les observations présentées par des tiers. Cette option reprenait 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. 121). Elle prévoyait des règles détaillées sur les informations à fournir 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)).

"*Amicus curiae*" "*tiers*"

71. On s'est demandé s'il faudrait utiliser le terme "*amicus curiae*". Il a été dit que cette notion était bien connue dans certains systèmes juridiques, où elle était utilisée dans le contexte des procédures judiciaires. On a indiqué que la participation d'*amicus curiae* à la procédure arbitrale était plus récente. Afin d'élaborer un règlement qui soit compris de la même manière dans tous les systèmes juridiques, il a été recommandé d'éviter toute référence au terme "*amicus curiae*" et d'utiliser plutôt des expressions telles que "observations présentées par des tiers", "participation de tiers" ou des expressions équivalentes. Cette proposition a été appuyée.

72. On s'est également demandé si le terme "tiers" était approprié, étant donné qu'il pourrait être interprété différemment selon les contextes et les pays. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur l'article 17-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, qui emploie le terme "third persons" [tiers]. Le Groupe de travail a pris note de la proposition d'envisager l'emploi de "non-disputing parties" [parties non contestantes] ou "third persons" [tiers] pour remplacer "third parties" dans la disposition, et prié le Secrétariat de produire un libellé approprié à cet égard.

73. On s'est par ailleurs demandé si le terme "submission" était approprié, car ce terme était également utilisé pour désigner les déclarations des parties au litige au tribunal arbitral. Il a été proposé de remplacer ce terme par "communication".

74. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail est convenu que le terme "*amicus curiae*" ne devrait figurer ni dans l'intitulé ni dans le contenu de la disposition et le Secrétariat a été prié de produire un libellé approprié à cet égard.

Paragraphes 2 et 4 – nombre de pages

75. Il a été observé que le paragraphe 2 limitait le nombre de pages de la requête présentée au tribunal arbitral par un tiers et le paragraphe 4 celui de ses observations. Il a été dit qu'il ne serait peut-être pas approprié de fixer une telle limite pour chaque procédure et qu'il serait peut-être mieux de laisser au tribunal arbitral le soin d'en décider. Il a donc été suggéré de remplacer au paragraphe 2 les mots "sans dépasser cinq pages dactylographiées" par les mots "de manière concise, dans les limites fixées par le tribunal arbitral", et de supprimer au paragraphe 4 les mots "[20 pages dactylographiées, annexes comprises]". Cette proposition a été largement appuyée.

Paragraphe 3. "*entre autres*"

76. Il a été observé que le paragraphe 3 ne contenait pas, avant la liste des critères d'adoption des observations, les mots "entre autres" figurant à l'article 37-2 du Règlement du CIRDI, sur lequel se fondait l'option 2. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait insérer ces mots dans une version révisée du paragraphe 3, étant donné qu'ils permettaient au tribunal arbitral d'exercer son pouvoir d'appréciation quant à la pertinence des critères.

Paragraphe 5

77. L'avis a été exprimé que le paragraphe 5 traitait de deux questions concernant lesquelles il convenait peut-être d'établir une distinction. En ce qui concerne la première partie du paragraphe, qui dispose que 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", il a été dit qu'une telle tâche pourrait s'avérer difficile pour le tribunal arbitral. Il a été suggéré d'établir une distinction entre l'incidence que les observations pourraient avoir sur la procédure et celle qu'elles pourraient avoir sur le fond. En ce qui concerne la procédure, le tribunal arbitral devrait s'assurer que les observations des tiers n'alourdissent pas la procédure arbitrale, par exemple que les délais soient respectés. Il a été suggéré d'envisager de traiter la question dans une version révisée du paragraphe 5. En ce qui concerne la deuxième partie du paragraphe 5 selon laquelle les deux parties devraient pouvoir réagir aux observations des tiers, il a été généralement estimé qu'il s'agissait d'une disposition importante et qu'il convenait de la conserver.

b) Article 5-6. Observations présentées par un État partie au traité mais non partie au litige

78. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été observé qu'un État partie au traité d'investissement mais non partie au litige pouvait aussi souhaiter soumettre des conclusions, être invité à le faire ou avoir le droit de le faire en vertu du traité. Il a été souligné qu'un tel État pouvait souvent fournir des informations importantes, notamment sur les travaux préparatoires, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail était

convenu de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander s'il devrait ou non l'inclure dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103, A/CN.9/717, par. 124). Comme suite à la décision prise par la Commission à sa quarante-quatrième session (voir par. 2), le Groupe de travail a commencé à examiner la question sur la base du texte du paragraphe 43 du document A/CN.9/WG.II/WP.166.

79. L'article 5-6 visait à limiter aux questions de droit et d'interprétation l'intervention des États non parties au litige. Ce champ d'intervention limité visait aussi à répondre aux préoccupations selon lesquelles l'intervention d'un État non contestant dont l'investisseur est ressortissant pourrait soulever des questions de protection diplomatique.

Disposition distincte concernant l'État non contestant partie au traité

80. Il a été dit que plusieurs traités d'investissement prévoyaient la participation d'un État non contestant, notamment l'Accord de libre-échange nord américain (ALENA), dont l'article 1128 s'intitule "Participation d'une partie". On trouvait des dispositions similaires dans d'autres traités, dont l'Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale et les États-Unis (CAFTA) et le traité bilatéral type canadien relatif aux investissements (2004).

81. Des doutes ont été exprimés sur la nécessité d'une telle disposition dans ces règles, car on a fait observer qu'un État partie au traité mais non partie au litige était en droit de faire un commentaire sur un traité, ou qu'un tribunal arbitral pourrait lui demander d'en faire, comme on l'avait déjà vu dans la pratique. Par exemple, un État partie au traité pourrait faire une déclaration, unilatérale selon le cas, sur l'interprétation du traité ou sur la manière dont il comprenait une disposition du traité.

82. Un autre avis a été exprimé, selon lequel une disposition sur les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige n'était pas nécessaire parce qu'un État devrait avoir les mêmes droits que les tiers à cet égard. Il a donc été suggéré d'inclure à l'article 5-1 une référence à l'État partie au traité mais non au litige et de supprimer le paragraphe 6.

83. Un large appui a toutefois été exprimé en faveur d'une disposition distincte sur les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige, parce qu'elle contribuerait à éclaircir le régime juridique applicable à cette catégorie d'observations et établirait une distinction entre les observations des tiers et celles des parties au traité non parties au litige. Il a été expliqué que la participation d'un tel État comportait un risque de résurgence de la protection diplomatique, ce qui n'était pas le cas de la participation des tiers. On a donc appuyé l'idée d'exclure du paragraphe 1 de l'article 5 les États parties au traité non parties au litige et de conserver le paragraphe 6.

84. Il a été dit que certaines dispositions de l'article 5, telles que les paragraphes 3 et 5, pourraient aussi s'appliquer dans le contexte du paragraphe 6. Il a donc été suggéré qu'un article distinct soit rédigé pour examen à une prochaine session.

Portée: interprétation du traité, questions de droit et de fait

85. Le paragraphe 6 limitait l'intervention d'un État partie au traité mais non partie au litige aux questions de droit et d'interprétation du traité, à l'exclusion des aspects factuels du litige.

86. En ce qui concerne l'interprétation du traité, l'avis général était qu'un État partie au traité mais non partie au litige pourrait avoir un autre point de vue sur l'interprétation du traité, notamment un accès au travaux préparatoires dont le tribunal pourrait ne pas avoir connaissance d'une autre manière, ce qui éviterait des interprétations unilatérales se limitant aux arguments de l'État défendeur.

87. Des avis ont été exprimés selon lesquels si l'État d'origine de l'investisseur pouvait soumettre des observations sur des questions dépassant l'interprétation du traité et touchant des points de droit, il y aurait un risque que les observations d'un État partie au traité mais non partie au litige confine à la protection diplomatique. Il a donc été suggéré de supprimer au paragraphe 6 les mots "de droit et" avant les mots "d'interprétation du traité".

88. D'autres avis ont été exprimés selon lesquels on ne devrait pas empêcher un État de soumettre des observations sur des questions de fait ou de droit, et il a été suggéré que le paragraphe 6 soit rédigé de sorte qu'un État non partie au traité mais partie au litige puisse présenter des observations au tribunal arbitral, sans limite à la portée de ces observations. À titre d'exemple, il a été dit que le tribunal arbitral pourrait avoir besoin d'informations sur la nationalité et l'entreprise de l'investisseur, ou la politique de son État d'origine et que l'État partie au traité mais non partie au litige, s'il était l'État d'origine de l'investisseur, pourrait être le mieux placé pour fournir ces informations factuelles relevant du droit interne. Il a été dit que les versions 1976 et 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI étaient muets sur la question et ne limitaient donc pas l'intervention des États parties au traité mais non parties au litige. En outre, l'expérience acquise dans le contexte de l'ALENA montrait que les interventions d'États parties au traité mais non parties au litige ne s'accompagnaient pas d'un risque de résurgence de la protection diplomatique.

89. On a demandé si, par l'expression "questions de droit" au paragraphe 6, on entendait droit international public ou droit interne. Il a été dit en outre que dans de nombreux cas il pourrait être difficile de déterminer si une question était une question de droit ou une question de fait. Par exemple, le compte rendu de négociations relatives au traité pourrait relever de l'une et l'autre de ces catégories.

Droit de présenter des observations

90. Les opinions ont divergé sur le point de savoir si le règlement devrait créer un droit pour l'État partie non partie au litige de présenter des observations en prévoyant que le tribunal arbitral "accepte" au lieu de "peut accepter" les observations présentées par un État partie non partie au litige. Il a été dit que l'État non partie au litige devrait avoir le droit de présenter des observations et, s'il le faisait, le tribunal arbitral devrait les accepter. Toutefois, on a fait observer que l'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, qui disposait que "le Tribunal peut permettre à une personne ou entité...", laissait entendre qu'il était loisible au tribunal arbitral de refuser les observations d'un État partie non partie au litige, et il a été dit qu'une approche analogue devrait être adoptée dans le paragraphe 6.

91. On a estimé que les États parties au traité non parties au litige ne devraient pas être obligés de présenter des observations et que, lorsque le tribunal arbitral inviterait ces États à en présenter, il ne devrait pas tirer de conclusions de leur non participation. Il a été convenu que le paragraphe 6 devrait être modifié pour indiquer que le tribunal arbitral pourrait accepter ou demander que des États présentent des observations, mais ne pourrait obliger un État à en présenter.

92. Selon une autre proposition, un État partie non partie au litige ne devrait pas être autorisé à présenter des observations de sa propre initiative et ne devrait être autorisé à le faire que si le tribunal arbitral l'y invitait. Cette proposition a recueilli peu de soutien.

Application de cette disposition dans un contexte multilatéral

93. Il a été suggéré que les dispositions pertinentes limitent la présentation d'observations par un État partie non partie au litige aux cas où l'État était l'État d'origine de l'investisseur, en particulier si l'État partie non partie au litige pouvait présenter des observations sur des points factuels. Cette proposition a été faite pour que cette distinction importante soit prise en compte dans le contexte des traités d'investissements multilatéraux.

État ayant participé à la négociation

94. On a également estimé qu'un État qui avait participé à la négociation du traité, mais qui n'était pas partie à ce dernier, pourrait fournir d'utiles informations au tribunal arbitral sur l'interprétation du traité et il a donc été proposé d'envisager si la disposition devrait également traiter de cette question. Cette proposition n'a pas été appuyée.

"*Partie au traité non partie au litige*"

95. Il a en outre été dit qu'une partie à un traité d'investissement n'était pas nécessairement un État et que le paragraphe 6 devrait donc mentionner "une partie au traité mais non partie au litige" au lieu de "un État partie au traité mais non partie au litige". Cette proposition a recueilli un large soutien.

Proposition de libellé

96. Afin de tenir compte des diverses vues et préoccupations exprimées au sujet du paragraphe 6, il a été proposé de rédiger une disposition sur les observations présentées par une partie au traité mais non parties au litige comme suit: "1) Le tribunal arbitral accepte ou, après consultation avec les parties, peut demander qu'une partie au traité mais non partie au litige présente des observations sur des questions relatives à l'interprétation du traité. 2) Après consultation avec les parties, le tribunal arbitral peut accepter ou peut demander qu'une partie au traité mais non partie au litige présente des observations sur des points de droit [ou de fait]. Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation sur la question de savoir s'il accepte ou demande que de telles observations soient présentées, le tribunal arbitral prend en considération les facteurs mentionnés dans le paragraphe 3 de l'article 5. 3) Le tribunal arbitral ne tire aucune conclusion de l'absence d'observation ou de réponse à une demande formulée conformément au paragraphe 1 ou 2. 4) 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. Il s'assure aussi que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur toute soumission d'une partie au traité non partie au litige."

97. À l'issue du débat, le Groupe de travail a pris note du large accord qui s'était dégagé pour i) traiter les observations présentées par des parties au traité non parties au litige dans une disposition distincte de la disposition concernant les observations présentées par des tiers; ii) faire en sorte que le tribunal arbitral consulte les parties lorsqu'il exerçait son pouvoir d'appréciation; et iii) autoriser les parties à présenter leurs observations sur les soumissions. Le Groupe de travail est en outre convenu que la proposition formulée au paragraphe 96 servirait de base à son examen de la question à sa session suivante. Il a pris note des divers points qu'il faudrait examiner dans ce contexte.

98. S'agissant du paragraphe 1, on s'est demandé si le tribunal arbitral devrait avoir toute latitude pour accepter des observations présentées par une partie qui n'était pas partie au litige et si, de ce fait, le terme "accepte" ne devrait pas être remplacé par le terme "peut accepter". Dans le paragraphe 2, on a estimé qu'il faudrait examiner plus avant la notion de "points de droit", compte tenu en particulier du débat sur la difficulté d'établir dans certains cas une distinction entre les points de droit et de fait. On a également estimé que la question de savoir si les points de droit et de fait devraient être évoqués dans l'intervention d'une partie non partie au litige devait faire l'objet d'un examen plus approfondi. Certains se sont opposés à ce que ces points soient évoqués, tandis que d'autres ont émis l'avis que les mots "points de droit [ou de fait]" devraient être remplacés par les mots "questions s'inscrivant dans le cadre du litige", afin d'aligner les droits des parties non parties au litige sur ceux des tiers. Il a en outre été proposé de restructurer cette disposition dans le cas où la partie non partie au litige serait soumise au même régime que les tiers. Sur le plan rédactionnel, on a estimé que la référence au paragraphe 3 dans le paragraphe 2 de la proposition devrait être soigneusement examinée pour faire en sorte que les critères d'évaluation de la soumission ne se limitent pas aux deux critères mentionnés dans le paragraphe 3 mais tiennent également compte du pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral de prendre en considération d'autres critères éventuels. On a estimé que le paragraphe 3 était trop détaillé et inutile. Il a été dit que la question de l'application de la disposition dans le contexte des traités multipartites devrait aussi être examinée plus avant. En dernier lieu, on a fait observer que le paragraphe 4 devrait tenir compte de toute révision qui pourrait être apportée au paragraphe 5 de l'article 5.

8. Article 6. Audiences et publication des transcriptions des audiences

99. Le Groupe de travail a examiné l'article 6, figurant au paragraphe 52 du document A/CN.9/WG.II/WP.166. Il a rappelé que les informations contenues dans les documents A/CN.9/WG.II/WP.163 et A/CN.9/WG.II/WP.167 pourraient être utiles pour certaines questions pratiques concernant les audiences publiques.

Paragraphe 1. Audiences

100. Un soutien a été exprimé en faveur de la première option sans les mots [, à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose], car cette option a été considérée comme servant au mieux les intérêts de la transparence. Quelques délégations se sont déclarées favorables à l'option 1 contenant entre crochets le droit de véto des

parties. Certaines délégations ont préféré l'option 2 estimant que le pouvoir discrétionnaire du tribunal était essentiel, compte tenu notamment des difficultés pratiques et du coût des audiences publiques. En guise de compromis, il a été proposé de concilier les options 1 et 2 de sorte que les audiences soient en principe publiques, mais que la décision de tenir des audiences publiques soit alors celle du tribunal après consultation des parties. Considérée comme instaurant un juste équilibre, cette proposition a été appuyée, y compris par ceux qui s'étaient dits favorables à l'option 1 contenant le droit de véto des parties.

101. On s'est demandé si la mise à disposition des transcriptions d'audiences à la place de la publicité des audiences ne répondrait pas de la même façon à l'intérêt que portait le public à la transparence. Il a été répondu que la participation du public aux audiences publiques offrait une réelle possibilité, en particulier pour certains groupes qui ne pourraient pas exploiter facilement les transcriptions.

102. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu d'examiner lors d'une prochaine session l'option 1 sans les mots [, à moins qu'une partie au litige ne s'y oppose] et la proposition de compromis susmentionnée au paragraphe 100. S'agissant de la terminologie, le Groupe de travail est ensuite convenu d'utiliser les termes "audiences publiques".

Paragraphe 2. Exceptions obligatoires à la publicité des audiences

103. S'agissant du libellé, il a été dit que les premiers mots du paragraphe 2 "Lorsqu'une audience sera publique et" étaient redondants et pouvaient être supprimés, en particulier si l'option 1 du paragraphe 1 était retenue. Le paragraphe 2 a recueilli l'appui général.

Paragraphe 3. Dispositions logistiques et exception discrétionnaire à la publicité des audiences

104. Il a été noté que le paragraphe 3 comportait deux éléments, le pouvoir du tribunal arbitral de prendre des dispositions logistiques pour permettre l'accès du public aux audiences et celui de tenir des audiences à huis-clos pour des motifs logistiques. Selon certains avis, le paragraphe 3 était redondant et devait être supprimé puisque le tribunal arbitral disposerait généralement de ces pouvoirs. En réponse, il a été dit que la disposition était nécessaire afin de guider les parties qui n'étaient pas habituées aux audiences publiques et aux tribunaux arbitraux. Selon certains avis, le paragraphe 3 risquait d'être trop général en ce qu'il permettait la tenue à huis-clos de la totalité de l'audience pour des motifs logistiques, ce qui, dans certains cas, pourrait conduire à des abus. En réponse, il a été dit que les mots "si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques" pourraient tenir suffisamment compte de cette préoccupation. En outre, il a été proposé de prévoir au paragraphe 3 que le tribunal arbitral consulte les parties avant de décider de tenir les audiences à huis-clos.

105. On s'est dit préoccupé par la manière dont il faudrait procéder lorsqu'au cours d'une audience publique une intervention orale aborderait soudainement des informations confidentielles. En réponse, il a été dit que jusqu'à présent aucune difficulté sur ce point n'avait été rencontrée, y compris lors de la diffusion d'audiences en direct. Une délégation a exprimé l'avis que, sur la base des informations figurant dans les documents établis par le Secrétariat, tous les

exemples soulevés de diffusion en direct ont eu lieu avec l'accord des parties au litige et dans le contexte de l'arbitrage institutionnel. Cela a été contesté par d'autres délégations.

Coûts

106. Une question a été soulevée concernant le coût des audiences publiques et il a été dit qu'il serait utile d'obtenir des informations à cet égard. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu d'inviter les institutions arbitrales à fournir au Secrétariat des informations sur leur expérience des coûts associés aux audiences publiques et plus généralement des coûts associés à la publication des documents, des sentences arbitrales et des observations présentées par les tiers. Le Groupe de travail est convenu que la question de la répartition des frais devrait également être réexaminée.

Paragraphes 4 et 5. Transcriptions des audiences

107. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 4 et 5 en vertu desquels la décision concernant la mise à disposition des transcriptions devait dépendre de la solution retenue pour la publicité des audiences à l'exception des audiences tenues à huis clos pour des motifs logistiques. Il a été précisé que ces paragraphes n'avaient pas pour objet de rendre obligatoires les transcriptions pour toutes les audiences, mais de les rendre accessibles pour autant qu'elles aient été établies.

108. Il a été dit que, lorsque les audiences étaient tenues à huis clos pour les raisons visées à l'article 7, il serait néanmoins possible de supprimer certaines informations des transcriptions et de les publier. On s'est donc demandé s'il était logique de prévoir un régime parallèle pour les audiences et les transcriptions. Il a été suggéré que les transcriptions soient traitées de la même manière que les documents énumérés au paragraphe 1 de l'option 3 de l'article 3.

109. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la disposition devrait seulement prévoir la mise à la disposition du public des transcriptions, avec pour seules exceptions celles mentionnées à l'article 7. Le Groupe de travail est également convenu d'examiner plus avant s'il serait nécessaire de prévoir à l'article 6 un paragraphe spécifique aux transcriptions d'audiences ou si celles-ci devraient être ajoutées à la liste des documents à publier conformément au paragraphe 1 de l'option 3 de l'article 3. Il a en outre été convenu que la question de la procédure à suivre pour supprimer les informations confidentielles figurant dans les transcriptions serait abordée dans le cadre de l'examen de l'article 7.

9. Article 7. Exceptions à la transparence

110. Le Groupe de travail a examiné l'article 7 figurant au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Cet article était constitué de quatre parties, le paragraphe 1 traitant des conditions des exceptions à la transparence, le paragraphe 2 de la définition de l'expression "information confidentielle et sensible", les paragraphes 3 et 4 de la procédure d'identification et de protection des informations confidentielles et sensibles et le paragraphe 5 de la procédure de protection de l'intégrité du processus arbitral. Il a été proposé d'approfondir l'examen de la structure générale de l'article une fois que son contenu aurait été examiné.

Paragraphe 1. Exceptions à la transparence

111. Le paragraphe 1 prévoyait des exceptions à la transparence uniquement pour la protection d'informations confidentielles et sensibles et pour la protection de l'intégrité du processus arbitral. Le Groupe de travail est convenu que ces deux catégories devraient constituer des exceptions aux dispositions relatives à la transparence prévues aux articles 2 à 6 du règlement.

112. S'agissant du libellé de l'alinéa a), il a été dit que le premier membre de phrase, "une partie n'a nullement l'obligation de publier une information confidentielle et sensible," était peu clair, car il portait sur la notion d'obligation des parties, alors qu'en vertu du règlement, la communication de l'information s'effectuerait principalement par l'entremise du tribunal arbitral. Il a été proposé, si cette solution était retenue, d'ajouter à cet alinéa les mots "ni le droit" après le mot "obligation". En outre, il a été suggéré, étant donné que la procédure d'identification des informations confidentielles et sensibles visée au paragraphe 4 relevait du tribunal arbitral, d'inclure à l'alinéa a) un renvoi à ce paragraphe pour bien indiquer qu'il n'appartiendrait pas uniquement aux parties de décider quelles informations étaient protégées.

113. S'agissant du libellé de l'alinéa b), il a été proposé de remplacer l'expression "est habilité à" par le mot "peut". Il a été suggéré en outre, conformément à la solution retenue dans le règlement, de prévoir que le tribunal arbitral devait consulter les parties lorsqu'il décidait, de sa propre initiative, de limiter la publication d'information pour les raisons visées à l'alinéa b). Toutefois, pour tenir compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le tribunal arbitral pourrait être amené à empêcher la publication, il a été suggéré que cette consultation se fasse "dans la mesure du possible". À l'appui de cette proposition, il a été expliqué que dans des situations d'urgence, le tribunal arbitral n'aurait pas toujours la possibilité de consulter les parties. Il a été dit en outre que le tribunal arbitral devrait consulter ultérieurement les parties sur la marche à suivre qu'il proposait, proposition qui a été appuyée.

114. Il a par ailleurs été suggéré de dresser une liste exhaustive de cas où la publication pourrait compromettre l'intégrité du processus arbitral et, à cette fin, de supprimer le terme "y compris" à l'alinéa b). Il faudrait alors rédiger une autre phrase indiquant que la publication compromettrait le processus arbitral dans les cas visés à l'alinéa b) ou "dans des circonstances exceptionnelles comparables". Cette suggestion a été appuyée car elle fournissait des orientations adéquates au tribunal arbitral en précisant que la publication pouvait uniquement être limitée dans des circonstances considérées comme exceptionnelles.

115. Cependant, il a été indiqué qu'il pourrait y avoir, en dehors des exemples fournis à l'alinéa b), d'autres cas où le tribunal arbitral devait prendre des mesures pour limiter la publication, et l'expression "circonstances exceptionnelles comparables" pourrait être trop restrictive. Il a été rappelé que l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 donnait au tribunal arbitral le pouvoir de procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié. On a demandé si cette discrétion devrait être limitée par le règlement sur la transparence. En réponse à cette préoccupation, il a été proposé de remplacer cette expression par l'expression "circonstances présentant un caractère exceptionnel comparable". Cette proposition a été appuyée. Il a en outre été suggéré que l'alinéa b) soit simplifié de manière à

n'énoncer que le principe, les modalités étant alors entièrement couvertes par le paragraphe 5.

Proposition concernant les paragraphes 1 et 5

116. En réponse aux préoccupations soulevées par le libellé du paragraphe 1, il a été suggéré de reformuler le paragraphe 1 comme suit: "1. L'information n'est pas mise à la disposition du public en application des articles 2 à 6 si: a) elle est confidentielle et sensible au sens de la définition du paragraphe 2 et comme indiqué conformément aux paragraphes 3 et 4; ou b) sa mise à la disposition du public compromet l'intégrité du processus arbitral au sens du paragraphe 5." Le paragraphe 5 serait alors libellé comme suit: "5. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative après avoir consulté les parties dans la mesure du possible, décider que la mise d'une information à la disposition du public compromettrait l'intégrité du processus arbitral a) parce qu'elle pourrait entraver la collecte ou la production de preuves ou b) parce qu'elle pourrait conduire à l'intimidation des témoins, des avocats des parties ou des membres du tribunal arbitral, ou c) dans des circonstances exceptionnelles par comparaison." Cette proposition a recueilli un large soutien. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de proposer une version révisée des paragraphes 1 et 5, en tenant compte de cette proposition et incluant une disposition traitant des cas où une consultation initiale des parties par le tribunal serait impossible pour des raisons pratiques (voir ci-dessus, par. 113).

Paragraphe 2. Définition de l'information confidentielle et sensible

117. Le paragraphe 2 traitait de la définition des informations confidentielles et sensibles. Il a été demandé si l'expression "information confidentielle et sensible" ne devrait pas être remplacée par l'expression "information confidentielle ou sensible" ou "information protégée". Le Groupe de travail est convenu d'examiner les questions de terminologie lorsqu'il aurait débattu de la définition de cette information.

118. En ce qui concerne l'alinéa a), on a demandé si l'expression "information commerciale confidentielle" était suffisamment large. La préoccupation a été exprimée qu'on pourrait comprendre que cette expression ne recouvre pas par exemple l'information industrielle ou financière, ou les données personnelles. Il a été suggéré de dresser une liste des situations où l'information devrait être protégée, comprenant l'information commerciale, politique ou institutionnelle sensible, la protection des données personnelles et tout obstacle de droit. Cette liste pourrait être précédée d'un libellé général définissant l'information confidentielle et sensible en des termes abstraits, tel que celui de l'article 19-2 du traité bilatéral type norvégien relatif aux investissements. Il a été proposé que l'alinéa a) soit supprimé parce que l'"information commerciale confidentielle", protégée par le droit applicable, relèverait de l'alinéa b). En réponse, il a été dit que certains pays n'avaient pas de lois protégeant ce type d'information.

119. En ce qui concerne l'alinéa b), il a été dit que la référence au "droit applicable" était trop vague, et on a suggéré de mieux définir quel droit devrait être pris en compte.

120. Il a été jugé que l'alinéa c) qui figure au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 était redondant et peu clair. Il a été suggéré de le modifier en ajoutant les mots "autre que" avant l'expression "pour l'un des motifs susmentionnés" ou de supprimer cette dernière. Il a été dit que moyennant cette modification, l'alinéa c) donnerait au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de protéger l'information ne relevant pas des catégories visées aux alinéas a) et b), telles que les données personnelles ou toute autre catégorie non envisagée au paragraphe 2.

121. Cependant, certaines délégations ont estimé qu'il n'était peut-être pas souhaitable de laisser une trop grande latitude au tribunal arbitral et que la disposition devait viser à délimiter quelle information il fallait protéger. Il a été dit que le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral devrait être limité par un renvoi aux lois et règlements applicables. Il a été expliqué en outre que cette solution n'enlèverait pas au tribunal son pouvoir discrétionnaire mais en définirait le fondement. Dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal arbitral devrait par exemple pouvoir déterminer comment appliquer aux parties la législation interne pouvant différer entre l'État d'origine de l'investisseur et l'État partie au litige, de manière à ce que la protection de l'information confidentielle soit équivalente.

Proposition concernant le paragraphe 2

122. Afin de prendre en compte les préoccupations susmentionnées, il a été proposé de modifier le paragraphe 2 comme suit: "2. L'expression 'information confidentielle et sensible' désigne: a) Une information commerciale confidentielle; b) Une information dont la mise à la disposition du public est interdite par le traité; c) Une information dont la mise à la disposition du public est interdite en vertu de la loi d'une partie au litige ou de toute autre loi ou règle jugée applicable à la divulgation de cette information par le tribunal arbitral".

123. Il a été expliqué que l'objet de cette proposition était d'établir un équilibre entre la nécessité de fixer le mode de détermination de l'information protégée et le degré de souplesse indispensable pour garantir l'équité dans le traitement des parties. Cette proposition a recueilli un soutien en ce sens qu'elle donnait des orientations appropriées au tribunal arbitral.

124. Toutefois, ceux qui préconisaient d'accorder un plus large pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral ont fait observer que le libellé proposé était trop restrictif. À cet égard, il a été suggéré d'ajouter après l'alinéa c) l'alinéa suivant: "ou d) Une information qui, si elle était mise à la disposition du public, porteraient atteinte à l'intérêt essentiel d'un particulier ou d'une entité".

125. On a estimé que la notion d'information commerciale confidentielle devrait être plus largement définie dans l'alinéa a), mais l'établissement d'une liste d'éventuelles catégories d'informations protégées n'a pas fait l'objet d'un soutien.

126. L'alinéa b) a été jugé acceptable. On s'est demandé si l'application des lois et règles impératives mentionnées dans l'alinéa c) de la proposition devrait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral, dans la mesure où il n'appartiendrait peut-être pas à celui-ci de trancher la question. Il a été proposé de fusionner l'alinéa c) avec l'alinéa b).

127. Il a été dit que l'alinéa c) avait pour objet d'accorder au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de déterminer si la loi d'une partie au litige ou toute autre loi ou règle était applicable à la divulgation d'informations confidentielles. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de l'aptitude du tribunal arbitral à déterminer si la loi d'une partie au litige s'appliquait à la divulgation d'informations. Il a été indiqué que le tribunal arbitral serait obligé d'appliquer les lois d'une partie au litige à cet égard. Il a en outre été expliqué que les États qui s'étaient dotés d'une législation sur les informations protégées risquait de se trouver dans une situation difficile lorsqu'une décision du tribunal arbitral à propos des informations à divulguer serait incompatible avec leur législation. De même, un État pourrait être tenu en vertu de sa législation de divulguer des informations et un tribunal arbitral ne pourrait avoir le pouvoir d'empêcher cette divulgation. On a estimé que cette question devrait être précisée dans le paragraphe 2.

128. À l'issue du débat, il a été suggéré que la proposition figurant dans le paragraphe 122 ci-dessus serve de base à un nouvel examen de la question, et le Secrétariat a été prié d'établir une version révisée du paragraphe 2 en tenant compte des vues échangées.

Paragraphes 3 et 4

129. Le Groupe de travail a examiné les paragraphes 3 et 4 et décidé qu'ils devraient être révisés de manière à prévoir: 1) qu'ils s'appliquent à tous les documents, y compris les rapports d'experts désignés par le tribunal et les observations présentées par les tiers, et pas uniquement aux documents présentés par les parties au différend; ce faisant, la version révisée de ces paragraphes devrait prendre en compte la rédaction des informations protégées dans les sentences arbitrales conformément à l'article 4, ainsi que la confidentialité des documents présentés par des tiers; 2) une certaine souplesse en termes de délais, car il n'était pas pratique d'exiger, au moment de la présentation des informations au tribunal arbitral par une partie, que celle-ci présente également une version rédigée; 3) qu'un tribunal arbitral soit autorisé à superviser le processus de rédaction des informations confidentielles, même si une partie refuse cette désignation pour éviter que des parties, par un accord de confidentialité implicite ou explicite, ne fasse échouer l'objectif du règlement sur la transparence; et 4) que, si le tribunal déterminait que certaines informations ne constituaient pas des informations confidentielles et sensibles, la partie qui les avait fournies pourrait les retirer en totalité ou en partie et ne pas les invoquer, lorsque cette partie considérait que des informations confidentielles et sensibles ne seraient pas suffisamment protégées.

Paragraphe 5

130. Il a été suggéré que le paragraphe 5 prévoie une disposition permettant la divulgation d'informations lorsque la menace qui avait conduit à interdire la publication avait cessé d'exister. On a également proposé qu'une règle plus générale soit envisagée de manière à ce que la désignation d'informations confidentielles et sensibles puisse être révisée à l'initiative d'une partie pour tenir compte des changements de circonstances. On a craint que cette approche ne crée des incertitudes et n'alourdisse le processus. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette question lors d'une future session.

10. Article 8. Lieu de conservation des informations publiées (“registre”)

131. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa cinquante-quatrième session, il était convenu qu’un registre neutre serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité nécessaire dans l’administration du règlement sur la transparence. S’agissant du principe d’un registre, trois propositions ont été examinées. La première concernait l’établissement d’un registre unique comme le prévoyait le paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. La seconde appuyait une liste d’organismes d’arbitrage, qui pourraient remplir la fonction d’un registre, et serait libellée de la manière suivante: “1. Lorsque la procédure arbitrale est administrée par l’un des organismes suivants, celui-ci sera chargé de rendre les informations publiques en application du règlement sur la transparence.” Cette proposition comprendrait une liste des organismes d’arbitrage qui ont accepté de participer. Un deuxième paragraphe serait libellé de la manière suivante: “2. Lorsque la procédure arbitrale n’est pas administrée par l’un des organismes énoncés au paragraphe 1, le défendeur désigne celui qui sera chargé de rendre les informations publiques en application du Règlement sur la transparence.”

132. Une troisième proposition prévoyait que l’établissement d’un registre en vertu du règlement sur la transparence suive la procédure adoptée pour la désignation d’une autorité de nomination qui figure dans le Règlement d’arbitrage de la CNUDCI de 2010, à savoir que les parties au différend s’accordent sur le choix d’un registre et que, dans le cas contraire, un organisme désignerait le registre.

133. Après discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’élaborer, pour examen lors d’une future session, un projet révisé de l’article 8 avec des options qui tiendraient compte des propositions mentionnées aux paragraphes 131 et 132 ci-dessus. Il l’a également prié de fournir des informations sur le coût d’un registre, en étroite coopération avec les organismes d’arbitrage qui s’étaient déclarés intéressés, dont le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, la Cour permanente d’arbitrage et l’Institut d’arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm.

B. Applicabilité à la résolution des litiges survenant dans le cadre de traités existants

134. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa cinquante-quatrième session, des avis avaient été exprimés en faveur de l’idée d’examiner plus avant la possibilité d’élaborer un instrument qui, une fois adopté par les États, rendrait le règlement sur la transparence applicable aux traités d’investissement existants. Il a ensuite examiné les divers instruments qui lui avaient été proposés pour rendre le règlement sur la transparence applicable aux traités d’investissement existants, qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, paragraphes 10 à 23. Ces instruments comprenaient i) une recommandation priant les États de rendre le règlement applicable au règlement des litiges entre investisseurs et États survenant dans le cadre des traités, ii) une Convention par laquelle les États pourraient consentir à voir ce règlement s’appliquer aux arbitrages fondés sur leurs traités d’investissement existants, et iii) des déclarations interprétatives communes en application de l’article 31-3 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités

("Convention de Vienne"), ou un amendement ou une modification en application des articles 39 à 41 de ladite Convention.

135. Tous les instruments proposés ont été jugés intéressants et on a noté qu'ils ne s'excluaient pas mutuellement, mais pouvaient se compléter. On a fait observer, en particulier, qu'une convention sur l'applicabilité du règlement sur la transparence qui figure dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, par. 19, était viable et intéressante, car elle permettrait au Groupe de travail de remplir au mieux le mandat qui lui a été confié d'améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Le Groupe de travail a rappelé qu'il croyait comprendre que cette convention rendrait le règlement sur la transparence uniquement applicable aux traités d'investissement entre États parties qui sont également parties à la Convention. En ce qui concerne le texte, il a été suggéré que les premiers mots de l'article 3 du projet de convention soient modifiés et libellés, par souci de précision, comme suit: "Chaque État contractant accepte d'appliquer le Règlement sur la transparence de la CNUDCI". On s'est demandé si la Convention devrait également englober le texte du règlement sur la transparence. S'agissant des recommandations qui figurent aux paragraphes 13 et 14 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, il a été convenu d'approfondir leur examen compte tenu, notamment, de la décision qui serait prise concernant le champ d'application du règlement sur la transparence (voir ci-dessus, par. 18 à 30).