



Assemblée générale

Distr. limitée
7 décembre 2010
Français
Original: anglais

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

Règlement des litiges commerciaux

Transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

Commentaires des gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

Note du secrétariat

Dans la perspective de la cinquante-quatrième session du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), au cours de laquelle le Groupe de travail devrait s'employer à élaborer des règles de droit uniforme sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, le secrétariat a envoyé des questions aux États parties à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) en vue de recueillir des informations sur les aspects pratiques de la transparence dans l'arbitrage fondé sur des traités. En réponse, les Gouvernements du Canada et des États-Unis d'Amérique ont présenté, le 30 novembre 2010, des commentaires sur les aspects pratiques de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités en vertu du chapitre 11 de l'ALENA. Le texte des commentaires est reproduit en annexe à la présente note dans la forme sous laquelle il a été reçu par le secrétariat.



Annexe

1. Commentaires du Gouvernement canadien

Le Gouvernement canadien apporte ci-dessous une réponse à la demande formulée par le secrétariat en vue d'obtenir des informations sur l'expérience acquise à l'échelle nationale en matière de transparence dans le contexte de l'ALENA¹.

I. Expérience du Canada concernant la publication d'informations sur l'ouverture des procédures arbitrales en vertu de l'ALENA

Le Gouvernement canadien annonce publiquement l'ouverture des procédures arbitrales introduites contre lui en publiant sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international dès que possible et, en tout état de cause, avant la nomination du tribunal arbitral, les documents introductifs présentés par les demandeurs potentiels. En fait, le Canada annonce publiquement les arbitrages éventuels avant même qu'une plainte ne soit officiellement déposée. En particulier, il a pour habitude de publier, dès réception d'une demande d'un investisseur présumé, une notification de l'intention de soumettre une plainte à l'arbitrage ("notification d'intention")². Avant de publier la notification d'intention, et ultérieurement l'avis d'arbitrage, le Canada adresse une lettre à l'investisseur présumé dans laquelle il expose ses obligations en vertu de la Loi nationale sur l'accès à l'information, de même que sa position conformément aux Notes interprétatives de la Commission du libre-échange (CLE) de l'ALENA sur l'accès aux documents. Dans cette même lettre, le Canada fait part de son intention de rendre publique la notification d'intention ou l'avis d'arbitrage, selon le cas, et demande donc que l'investisseur présumé lui fournisse une version du document expurgée de toute information confidentielle. Compte tenu du fait que le Canada publie ces documents lui-même, nous n'avons pas connaissance d'une quelconque impossibilité de rendre publique l'ouverture d'une procédure d'arbitrage.

Il ressort de notre expérience que les préoccupations liées au fait que la publication de ces documents introductifs pourrait avoir des conséquences préjudiciables lorsqu'il n'est pas donné suite à une plainte, ou que celle-ci est dénuée de fondement, ne sont pas justifiées. Nous avons rendu publiques les

¹ Par souci de clarté, le Canada fait observer que si, en vertu de l'article 1137 et de l'annexe 1137.4 de l'ALENA, le Canada peut publier les sentences arbitrales sans le consentement de l'investisseur, les autres pratiques qui ont abouti à une meilleure transparence dans les arbitrages de l'ALENA ne sont pas prévues dans le texte de l'Accord proprement dit et sont davantage le résultat de mesures mises en œuvre après l'adoption de ce dernier. Il s'agit notamment des Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 (2001) relatives à l'accès aux documents, de déclarations des Parties à l'ALENA sur les audiences publiques dans le cadre des arbitrages menés au titre du chapitre 11 (2003); et de la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie (2003).

² Dans le contexte de l'ALENA, le dépôt d'une notification d'intention n'a pas pour effet d'ouvrir officiellement la procédure d'arbitrage. En fait, un tel dépôt est simplement une condition préalable au consentement des parties à l'arbitrage. Un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage (par exemple en déposant une notification d'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) uniquement à l'issue d'un délai de 90 jours après le dépôt de la notification d'intention.

28 notifications d'intention présentées contre le Canada. À ce jour, des procédures arbitrales contre le Canada n'ont été engagées qu'au titre de 15 de ces plaintes potentielles. En outre, sur ces 15 procédures, 10 seulement sont à l'heure actuelle parvenues au stade de la nomination effective d'un tribunal arbitral. Nous n'avons relevé aucun effet préjudiciable consécutif à la publication préliminaire de documents introductifs, ni dans les 13 cas qui ne sont pas parvenus au stade de l'arbitrage, ni dans les 5 cas qui, bien que soumis, n'ont jamais atteint le stade de la nomination d'un tribunal.

II. Expérience du Canada concernant l'accès du public aux documents relatifs aux arbitrages menés au titre de l'ALENA

Conformément aux versions de 1976 et de 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, il n'existe aucune règle régissant les documents qui peuvent ou non être rendus publics. Dans le cadre des premières procédures d'arbitrage engagées en vertu de l'ALENA contre le Canada, l'accès aux documents se limitait en général aux pièces de procédure essentielles (notifications d'intention, avis d'arbitrage, mémoire en demande et mémoire en défense) et aux décisions du tribunal. Cependant, en 2001, pour faire en sorte que les tribunaux agissent dans le plus grand souci de transparence, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié des notes d'interprétation, contraignantes aux termes de l'ALENA, selon lesquelles les Parties à l'ALENA convenaient "de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier"³.

Suite à la publication de ces notes d'interprétation, les tribunaux chargés d'engager des procédures arbitrales contre le Canada en vertu de l'ALENA ont permis l'accès à tous les documents qui leur étaient soumis ou qu'eux-mêmes produisaient⁴. Compte tenu de l'expérience acquise, le Canada note que l'expression "tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier" définit une règle qu'il est facile de suivre: si un document est soumis au tribunal ou produit par lui, il est public, mais s'il met uniquement en jeu les parties, il ne l'est pas. En conséquence, les mémoires écrits formels et informels, les pièces justificatives, les déclarations des témoins/déclarations sous serment, les rapports d'experts, la correspondance émanant du tribunal et reçue par lui, de même que toutes les décisions, ordonnances et sentences prononcées par le tribunal sont rendues publiques par le Canada sous forme expurgée. Les seuls documents non accessibles au public en vertu de cette approche sont uniquement la correspondance entre les parties, ainsi que les documents échangés entre les parties lors de la divulgation de la documentation, qui ne sont jamais intégrés dans le dossier contenant les éléments de preuve par l'une ou l'autre partie.

³ *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11*, 31 juillet 2001, consultables à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/diff-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fr>.

⁴ Pour deux approches différentes donnant effet aux Notes d'interprétation, comparer *Chemtura Corp c. Canada*, Ordonnance de confidentialité en date du 21 janvier 2008, par. 11, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>, et *VG Gallo c. Canada*, Ordonnance de confidentialité en date du 4 juin 2008, par. 5, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ConfidentialityOrder2008-06-04.pdf>.

Par principe, le Gouvernement canadien s'acquitte de l'obligation de rendre ces documents accessibles au public et, jusqu'à ce jour, il a assumé les frais engagés à cette fin. Dans la pratique, le Canada applique une méthode de publication à deux niveaux. Il affiche sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international les principaux documents soumis par le tribunal ou produits par lui, tels que les pièces de procédure écrites (par exemple notification d'intention, avis d'arbitrage, mémoire en demande et mémoire en défense), des communications officielles (par exemple mémoire, contre-mémoire, réplique et duplique), et les décisions, ordonnances et sentences du tribunal. Toutefois, il ne publie pas sur le Web, mais met à la disposition du public sur demande, d'autres documents, tels que motions, rapports d'experts, déclarations des témoins et pièces justificatives. Une telle demande peut être faite soit en vertu de Loi nationale sur l'accès à l'information, soit tout simplement en demandant que le Canada fournisse ces documents conformément à l'ordonnance de confidentialité du tribunal.

Tous les documents mentionnés ci-dessus sont mis à la disposition du public dans la langue dans laquelle ils ont été soumis ou produits. En tant que pays bilingue, le Canada est particulièrement conscient de l'importance de donner dûment accès aux documents aux différents groupes linguistiques. Toutefois, à ce jour, nous n'avons pas reçu de demande de traduction de documents de sorte que nous ne pouvons faire part au secrétariat d'une quelconque expérience en la matière.

III. Expérience du Canada concernant les mémoires présentés par des tiers dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

S'agissant de la participation d'*amici curiae* dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA, il ressort de l'expérience acquise par le Canada que, pour autant que des limites raisonnables soient respectées, les mémoires présentés par des *amici curiae* peuvent jouer un rôle utile pour le tribunal.

À cet égard, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié en 2003 une *Déclaration sur la participation d'une tierce partie*⁵. Conformément à cette déclaration, la possibilité d'autoriser ou non un *amicus curiae* intéressé à présenter un mémoire est laissée à la discrétion du tribunal. Les parties contestantes sont habilitées à dire si le Tribunal devrait autoriser un *amicus curiae* à présenter un mémoire, mais le tribunal peut, en principe, accepter le mémoire malgré l'opposition des deux parties contestantes. La Déclaration recommande que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le tribunal examine un certain nombre de facteurs destinés à l'aider à déterminer si oui ou non le mémoire présenté par un *amicus curiae* lui sera utile, notamment si l'*amicus curiae* a des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes, si l'arbitrage présente un intérêt pour l'*amicus curiae* et si la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt public.

Reconnaissant que "tout mémoire écrit présenté par une tierce partie dans le cadre de procédures d'arbitrage engagées aux termes de la section B du chapitre 11 de l'ALENA peut avoir un effet sur le fonctionnement du chapitre", la Déclaration de la Commission du libre-échange propose également des lignes directrices

⁵ *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie*, 7 octobre 2003, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>.

détaillées concernant les mémoires présentés par un *amicus curiae*. Un *amicus curiae* intéressés doit demander l'autorisation de présenter un mémoire; le mémoire doit être soumis par écrit, il doit être joint à la demande d'autorisation, et il doit compter au plus 20 pages dactylographiées. Pour rédiger son mémoire, l'*amicus curiae* a uniquement accès aux documents accessibles au public.

Des mémoires d'*amici curiae* ont été présentés dans le cadre de deux des sept arbitrages menés au titre de l'ALENA contre le Canada qui ont, à ce jour, atteint le stade de l'audience⁶. De plus, des ordonnances de procédure dans d'autres arbitrages ont expressément abordé la question de la participation éventuelle d'*amici curiae*⁷. Dans les deux cas où un mémoire d'*amicus curiae* a été présenté, les parties contestantes ont eu la possibilité d'y répondre; le Canada et le demandeur ont chacun choisi de répondre à certains mémoires d'*amici curiae* mais pas à tous. Nous avons pu constater que les tribunaux n'avaient pas eu besoin de lignes directrices pour traiter les mémoires d'*amici curiae*, outre celles figurant dans la Déclaration de la Commission du libre-échange.

Enfin, nous avons noté que les États-Unis et le Mexique avaient le droit de présenter des mémoires sur des questions concernant l'interprétation de l'ALENA en vertu de l'article 1128 du chapitre 11. À notre avis, ces mémoires sont d'un type différent de ceux présentés par des *amici curiae*.

IV. Expérience canadienne concernant les audiences publiques dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

Trois des sept audiences tenues dans le cadre d'une procédure d'arbitrage engagée contre le Canada en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont, jusqu'à présent, été ouvertes au public⁸. En outre, dans un autre cas d'arbitrage où l'audience n'a pas encore eu lieu, les parties ont convenu que celle-ci serait publique⁹. Dans deux autres cas, le Canada a demandé des audiences publiques, mais compte tenu de l'objection formulée par les demandeurs conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, les audiences se sont tenues à huis clos¹⁰. L'ouverture des audiences au public n'a pas soulevé d'obstacles majeurs sur le plan logistique ou opérationnel et, de l'avis du Canada, n'a eu aucune incidence préjudiciable sur les débats.

⁶ En particulier, des *amici curiae* ont présenté des mémoires dans le cadre des affaires *UPS c. Canada* et *Merrill & Ring forêts LP c. Canada*.

⁷ *Bilcon c. Canada*, Ordonnance de procédure n° 1, en date du 9 avril 2009, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo1April9.pdf>.

⁸ En particulier, *UPS c. Canada*, *Merrill & Ring c. Canada*, et *Mobil Investments Inc and Murphy Oil Corporation c. Canada*.

⁹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc c. Canada*, Ordonnance de confidentialité en date du 4 mai 2009, par. 26, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf>.

¹⁰ *Chemtura c. Canada*, Ordonnance de confidentialité, par.10, en date du 21 janvier 2008, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>; *VG Gallo c. Canada*, Ordonnance de procédure n° 1, par. 31, en date du 4 juin 2008, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder12008-06-04.pdf>.

Les trois audiences publiques ont eu lieu dans le cadre d'arbitrages administrés par le CIRDI et, par conséquent, elles se sont tenues à la Banque mondiale, à Washington. L'accès du public a été assuré grâce à une retransmission par télévision en circuit fermé du CIRDI. Les membres du public ont été autorisés à suivre les débats dans une salle distincte. Lors de l'examen d'informations confidentielles, la diffusion audio et vidéo a tout simplement été interrompue dans cette salle. Dans un cas au moins, les membres du public qui prévoyaient d'assister à l'audience ont été tenus préalablement de donner leur nom et de communiquer des informations sur leur affiliation éventuelle à un organisme particulier. Ces mesures peuvent être appliquées pour faire en sorte que les personnes qui ont été exclues de l'audience (à savoir les témoins devant encore déposer) ne puissent suivre les débats, ce qui irait à l'encontre des dispositions adoptées. Les médias ont assisté à ces audiences publiques, mais dans tous les cas à ce jour, toute forme d'enregistrement des débats a été interdite.

En ce qui concerne ces trois audiences publiques, le Canada a affiché deux des procès-verbaux sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international¹¹, et se propose d'afficher le procès-verbal de l'audience la plus récente dès qu'il sera disponible sous forme expurgée.

V. Expérience du Canada concernant la publication de la sentence dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

Conformément à l'article 1137 et à l'annexe 1137.4 du chapitre 11 de l'ALENA, le Canada peut publier les sentences arbitrales dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA. Il le fait en affichant ces sentences, sous forme expurgée, sur la page Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce international. Nous avons pu constater que cette modalité était relativement efficace et qu'elle n'avait pas suscité de préoccupations majeures à l'égard de la conduite de l'arbitrage ou encore de la rédaction de la sentence par le tribunal. À ce jour, le Canada a publié l'intégralité des sentences – questions de compétence, fond du litige, dommages et coût – correspondant aux sept arbitrages pour lesquels des sentences ont été publiées. En général, la procédure adoptée pour la publication des sentences est la même que celle suivie pour la publication de tous les documents (voir ci-dessous).

VI. Expérience du Canada concernant la protection d'informations confidentielles dans les arbitrages menés au titre de l'ALENA

À ce jour, dans chacun de nos arbitrages menés au titre de l'ALENA, des informations confidentielles ont été protégées contre toute divulgation publique. Ni le texte de l'ALENA, ni la note d'interprétation ultérieure sur l'accès aux documents ne définit ou ne recense les informations qui sont confidentielles et doivent être protégés. En conséquence, les tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA ont établi des ordonnances de confidentialité qui précisent la nature

¹¹ *UPS c. Canada*, procès-verbal d'audience, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/parcel_archive.aspx?lang=fr; *Merrill & Ring c. Canada* procès-verbal d'audience, consultable à l'adresse: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/merrill_archive.aspx?lang=fr.

des informations devant être considérée comme confidentielles dans une affaire donnée, ainsi que la procédure à suivre pour protéger ces informations. Pour l'essentiel, dans nos arbitrages, les tribunaux ont adopté des définitions analogues visant à protéger les informations commerciales confidentielles de l'une ou l'autre partie ou de tiers. Selon les renseignements dont nous disposons, aucun tribunal n'a ordonné que des informations soient soustraites au public pour des motifs autres que leur caractère commercial confidentiel, tels que la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale.

S'agissant de la procédure suivie pour protéger les informations confidentielles, selon la pratique établie au Canada, les tribunaux exigent d'une partie qui se propose de rendre public un document d'aviser l'autre partie contestante de son intention. Cette autre partie dispose alors d'un certain délai pour examiner le document et en supprimer toute information confidentielle¹². Étant donné que la suppression des informations jugées confidentielles doit se faire conformément à une ordonnance du tribunal, tout différend doit également être réglé par le tribunal.

Dans le cadre de plusieurs affaires, le Canada a estimé que le demandeur faisait un usage abusif de la désignation "information confidentielle". En l'occurrence, nous avons déposé une motion auprès du tribunal, lequel s'est prononcé sur les informations qui pouvaient ou non être expurgées avant leur divulgation au public¹³.

Nous n'avons pas connaissance de cas où une partie contestante aurait contrevenu à l'ordonnance de confidentialité du tribunal et rendu public un document qui devait rester confidentiel. À cet égard, nous notons que le tribunal dispose du même pouvoir que celui dont il est investi pour faire appliquer l'une quelconque de ses ordonnances, y compris celui d'infliger une peine pécuniaire. Nous notons également que, conformément à la pratique nationale, toute personne autre que les représentants des parties contestantes, qui a accès à des documents confidentiels afin de contribuer à la préparation du dossier, est en général tenue de signer un "engagement de non-divulgaration". Conformément à l'usage établi, un tel engagement est expressément exécutoire en vertu du droit interne, et la personne qui l'exécute choisit le tribunal interne qui peut connaître des litiges relatifs à une violation.

VII. Expérience du Canada concernant l'administration d'un référentiel pour l'information du public dans ses arbitrages menés au titre de l'ALENA

Comme mentionné ci-dessus à plusieurs reprises, le Canada utilise principalement un référentiel en ligne pour stocker les documents publics dans ses arbitrages menés au titre de l'ALENA. Cependant, comme cela est également

¹² Voir, par exemple, *Chemtura c. Canada*, Ordonnance de confidentialité, par. 11 et 12, en date du 21 janvier 2008, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>.

¹³ Voir, par exemple, *Bilcon c. Canada*, Ordonnance de procédure n° 4, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Bilcon-ProceduralOrderNo4.pdf>; *Chemtura c. Canada*, Ordonnance de procédure n° 3, en date du 8 août 2008, consultable à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder3Aug82008.pdf>.

expliqué plus haut, afin de réduire au minimum les ressources nécessaires sur le Web, nous limitons les catégories de documents que nous affichons dans ce référentiel, et communiquons sur demande les documents auxiliaires ou pièces jointes.

Au vu de notre expérience, un référentiel en ligne fournit un moyen efficace et rentable de diffuser l'information au public le plus large possible sur le plan national. En outre, plusieurs de nos arbitrages sont administrés soit par le CIRDI soit par la CPA et, en l'occurrence, les documents publics sont également mis à disposition sur leurs référentiels en ligne. Nous avons pu constater que l'existence de plusieurs portails d'accès permettait de mettre les documents à la disposition du public le plus large possible.

2. Commentaires du Gouvernement des États-Unis d'Amérique

Les États-Unis saisissent cette occasion pour répondre aux questions du secrétariat concernant leur expérience de l'application des mesures visant à garantir la transparence dans les procédures arbitrales ouvertes en vertu du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). En réponse à ces questions, et comme suite aux commentaires qu'ils ont déjà communiqués à la CNUDCI à ce sujet¹⁴, ils fournissent les informations supplémentaires ci-après concernant leurs pratiques actuelles en matière de transparence.

1) **Publicité de l'ouverture d'une procédure arbitrale (par exemple, quelle est votre expérience de la publication de l'avis d'arbitrage à un stade précoce de la procédure? Quelles seraient les conséquences d'une impossibilité de publier des informations sur l'ouverture de la procédure arbitrale?)**

S'étant engagé à assurer la transparence de leurs arbitrages entre investisseurs et États, les États-Unis mettent rapidement à la disposition du public, sous réserve d'en avoir expurgé les informations protégées¹⁵, les documents concernant l'ouverture des procédures arbitrales. Conformément aux Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 en date du 31 juillet 2001 de la Commission du libre-échange de l'ALENA, le Département d'État met à disposition, en temps voulu¹⁶, les avis d'arbitrage qu'il reçoit en les affichant sur son site Web¹⁷. En vertu de récents accords de libre-échange (ALE), tels que l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine (CAFTA-DR), et les traités d'investissement bilatéraux fondés sur le Traité bilatéral type relatif aux

¹⁴ Voir Commentaires reçus du Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3, p. 2 à 6 (4 août 2010) (Commentaires des États-Unis d'Amérique sur la transparence).

¹⁵ Les catégories d'informations protégées sont décrites dans les commentaires des États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Ibid., p. 4 et 5.

¹⁶ Voir Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la Commission de libre-échange, par. 1 b) ii) (31 juillet, 2001), consultables à l'adresse: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=fr>.

¹⁷ Voir NAFTA Investor-State Arbitrations, Département d'État des États-Unis, <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>.

investissements établi par les États-Unis en 2004 (TBTI)¹⁸, les États-Unis sont tenus de mettre rapidement à la disposition du public les notifications d'intention et les avis d'arbitrage qu'ils reçoivent¹⁹.

Conformément à la pratique observée dans le contexte de l'ALENA, le Département d'État répond à la réception d'une notification d'intention par lettre dont l'objet est à la fois d'accuser réception et de passer en revue plusieurs aspects du chapitre 11 de l'ALENA et du droit des États-Unis concernant la divulgation de documents dans les arbitrages entre investisseurs et États menés au titre de l'ALENA²⁰. Par cette lettre, le demandeur est informé de ce qui suit:

- 1) En vertu des articles 1127 et 1129 de l'ALENA, des copies des documents produits dans le cadre de l'arbitrage seront communiquées aux Gouvernements canadiens et mexicains;
- 2) En vertu de la "Freedom of Information Act" (Loi sur l'accès à l'information), Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552, ces documents peuvent être divulgués aux membres du public qui ont un droit d'accès, exécutoire en justice, aux dossiers des organismes fédéraux ou à des parties de ces dossiers, sauf dans la mesure où ils sont protégés par des dérogations ou des exemptions applicables; l'une d'elles, en vertu du Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552 b) 4), empêche la divulgation des secrets commerciaux et des informations commerciales ou financières qui sont protégées ou confidentielles;
- 3) Conformément aux Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la CLE, les parties à l'ALENA sont convenues d'assurer l'accès du public aux informations concernant les arbitrages menés au titre du chapitre 11 de l'ALENA;
- 4) En vertu de l'article 1126-10 de l'ALENA, une copie de toute demande d'arbitrage ou d'avis d'arbitrage sera insérée dans un registre public au Secrétariat de l'ALENA; et

¹⁸ Comme indiqué dans les commentaires déjà communiqués par les États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (voir Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 5), les accords d'investissement ci-après récemment négociés par les États-Unis "reflètent les dispositions" du TBTI de 2004 en matière de transparence: traité d'investissement bilatéral États-Unis-Uruguay, art. 29; traité d'investissement bilatéral États-Unis-Rwanda, art. 29 (tous deux consultables à l'adresse: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents>), et les chapitres sur l'investissement des accords de libre-échange ci-après récemment conclus comportent des dispositions analogues de transparence: ALE États-Unis-Chili, art. 10.20; Accord de promotion du commerce États-Unis-Colombie, art. 10.21; Accord de promotion du commerce États-Unis-Pérou, art. 10.21; ALE États-Unis-Corée, art. 11.21; ALE États-Unis-Maroc, art. 10.20; ALE États-Unis-Oman, art. 10.20; Accord sur la promotion du commerce États-Unis-Panama, art. 10.21, et ALE États-Unis-Singapour, art. 15.20 (tous ces accords sont consultables à l'adresse: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>).

¹⁹ Voir CAFTA-DR, art. 10.21 1) a) et b), TBTI de 2004 art. 29 1) a) et b), et *supra*, note 5.

²⁰ Voir *infra* Lettre type, appendice A.

5) Aux États-Unis, l'usage est en général de rendre les documents accessibles au public, dans toute la mesure possible, en les affichant sur le site Web du Département d'État²¹.

En conséquence, s'agissant en particulier des obligations découlant de la Loi sur l'accès à l'information, il est également recommandé dans la lettre que,

si le demandeur estime que tout ou partie d'un document qu'il communique dans le cadre de l'affaire contient des informations commerciales confidentielles ou est autrement protégé contre toute forme de divulgation en vertu de ladite Loi, il doit clairement indiquer les informations devant faire l'objet d'une protection et fournir une deuxième version du document dans lequel ces informations sont omises ou masquées²².

À défaut, le Département d'État est fondé à supposer que l'ensemble des informations figurant dans les documents fournis par le demandeur peut être divulgué au public en vertu de la Loi sur l'accès à l'information²³.

Une fois la lettre envoyée à l'avocat du demandeur, et si un avis d'arbitrage est ultérieurement communiqué, le Département d'État affiche cet avis sur son site Web en temps voulu, sous réserve que toutes les informations protégées en aient été expurgées. Par exemple, dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. États-Unis*, le Département d'État a affiché cet avis en temps voulu sur une page Web où l'affaire était présentée comme suit:

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. (société canadienne), Jerry Montour, Kenneth Hill et Arthur Montour ont émis un avis d'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en leur nom propre et au nom de Native Wholesale Supply (collectivement "Grand River"). Grand River s'occupe de la fabrication et de la vente de produits du tabac. Selon son mémoire en demande, Grand River cherche à obtenir une somme minimale de 310 millions à 664 millions de dollars pour des dommages qui seraient imputables à un accord de conciliation conclu en 1998 entre plusieurs ministres de la justice de différents États et les grandes compagnies de tabac, ainsi qu'à la législation de certains États qui permet d'appliquer partiellement la procédure de conciliation.

Grand River invoque la violation des articles suivants de l'ALENA: 1102 (traitement national), 1103 (traitement de la nation la plus favorisée), 1104 (le plus favorable du traitement national ou traitement de la nation la plus favorisée), 1105 (norme minimale de traitement en vertu du droit international) et 1110 (expropriation).

Les États-Unis ont l'intention de contester énergiquement cette plainte²⁴.

Comme il ressort de la dernière phrase de cet exposé de la situation, en affichant l'avis d'arbitrage, les États-Unis indiquent leur intention de contester la plainte.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. États-Unis*, Département d'État des États-Unis, <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm>.

Les Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11 de la CLE témoignent de l'engagement politique pris par chacune des parties à l'ALENA à l'égard des autres parties, ainsi que de leurs partenaires nationaux respectifs, en vue d'assurer l'accès du public à chaque avis d'arbitrage, de même qu'à d'autres documents soumis au tribunal constitué en vertu du chapitre 11, ou produits par lui²⁵. L'incapacité à assurer l'accès du public serait en contradiction avec cet engagement.

2) Documents devant être publiés (par exemple, y a-t-il eu des incertitudes sur le point de savoir si certains types de documents devaient être publiés; ou des questions se sont-elles posées au sujet de questions de traduction ou de questions connexes de coûts?)

Dans leurs précédents commentaires sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les États-Unis ont indiqué quels documents devaient être publiés en vertu des Notes d'interprétation de la CLE et du TBTI de 2004²⁶.

À ce jour, les États-Unis n'ont pas connu d'incertitudes sur le point de savoir si certains types de documents soumis à un tribunal constitué en vertu du chapitre 11, ou produits par lui, devaient être publiés. En général, le Département d'État a affiché sur son site Web les mémoires écrits, procès-verbaux, ordonnances et décisions concernant les affaires dans lesquelles il était partie contestante, et fourni des liens vers des sites Web du Canada et du Mexique donnant accès aux documents relatifs aux affaires soumises à arbitrage à l'encontre de ces parties à l'ALENA²⁷. Les documents qui ne sont pas affichés sur le site peuvent être demandés par des membres du public, sous réserve que les informations protégées soient expurgées, auprès de l'Office of International Claims and Investment Disputes du Département d'État²⁸.

La traduction de ces documents ou les coûts liés à leur diffusion n'ont soulevé aucun problème. Le Département d'État met les documents à disposition dans la langue ou les langues dans lesquelles ils ont été soumis au tribunal ou produits par lui.

²⁵ Voir Notes d'interprétation de la CLE, par. 1 b) ii).

²⁶ Voir Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 4 et 5.

²⁷ Les seuls documents que le Département d'État affiche sur ses pages Web en ce qui concerne les plaintes visant les Gouvernements canadien et mexicain sont des mémoires de tierces parties en vertu de l'article 1128 de l'ALENA. Voir, par exemple, *Pope & Talbot, Inc c. Gouvernement canadien*, Département d'État des États-Unis, consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/s/l/c3747.htm> (donne une brève description de la question, avec copies des conclusions présentées par les États-Unis en vertu de l'article 1128, et un lien hypertexte ("For further information and documents concerning this claim, click here" renvoyant à la page Web du Gouvernement canadien).

²⁸ NAFTA Investor-State Arbitrations, International Claims and Investment Disputes (L/CID), Département d'État des États-Unis, <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>.

3) Mémoires présentés par des tiers (par exemple, avez-vous déjà constaté qu'un tribunal arbitral avait besoin de plus amples conseils pour décider de l'opportunité d'accepter des mémoires présentées par des tiers?)

Dans leurs précédents commentaires sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les États-Unis ont décrit les dispositions régissant la question de la participation *d'amici curiae*²⁹. Ces commentaires ont également porté sur la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie³⁰, dans laquelle la Commission recommandait des lignes directrices spécifiques à l'intention des tribunaux constitués en vertu du chapitre 11, aux fins de l'examen des mémoires proposés par des *amici curiae*³¹. Dans la pratique, il n'a pas été demandé aux États-Unis de donner des orientations en plus de celles recommandées dans ladite déclaration.

Dans l'affaire *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, le tribunal a appliqué les lignes directrices de la Déclaration susmentionnée. Il a modifié sa première ordonnance de procédure, qui fixait un délai pour la présentation des mémoires *d'amici curiae*, afin de permettre à des parties autres que les parties au litige de déposer des demandes et des mémoires, conformément à ladite Déclaration³², puis fait observer que les mémoires *d'amici curiae* devaient respecter les principes de cette dernière³³. Comme indiqué dans la sentence, le tribunal avait exprimé l'opinion qu'il devait appliquer strictement les exigences précisées dans la Déclaration concernant notamment la longueur et la teneur des mémoires³⁴. Pour leur part, les États-Unis ont appuyé sans réserve la participation *d'amici curiae*, pour autant que cette dernière satisfasse aux exigences mentionnées dans la Déclaration au sujet de la longueur et la teneur des mémoires, et qu'elle ne contribue pas à alourdir indûment la tâche des Parties³⁵. Finalement, le tribunal a décidé d'accepter les mémoires présentés en qualité *d'amicus curiae* par la National Mining Association, la Nation indienne Quechan, le Sierra Club et Earthworks, et les Amis de la Terre³⁶, et de les examiner, le cas échéant, conformément aux principes énoncés dans la Déclaration et au critère spécifiquement mentionné par les États-Unis selon lequel chaque mémoire devait

²⁹ Commentaires des États-Unis sur la transparence, p. 5 et 6.

³⁰ Ibid., (Examen de la Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie (7 octobre 2003), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>).

³¹ Ibid.

³² *Glamis Gold, Ltd. c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 4, par. 9 (26 août 2005), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/54151.pdf>.

³³ *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre du président du tribunal, Michael Young, concernant la demande de prorogation du délai fixé pour que des tiers puissent déposer une demande d'autorisation de présenter un mémoire et un mémoire connexe, p. 2 (10 octobre 2006), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/73890.pdf>; voir aussi *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, décision concernant la demande et le mémoire de la Nation indienne Quechan, par. 10 (16 septembre 2005), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/53592.pdf> (soulignant que le mémoire de la Nation indienne Quechan satisfaisait aux principes de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie).

³⁴ *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Sentence, par. 286 (8 juin 2009) ("Sentence Glamis"), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.

³⁵ Ibid., par. 285.

³⁶ Les demandes d'autorisation de présentation de mémoires et les mémoires sont consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>.

offrir une perspective, des connaissances ou des idées particulières différentes de celles des parties contestantes³⁷.

Dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. États-Unis*, les parties sont convenues à la première séance tenue par le tribunal que celui-ci devrait ultérieurement adopter une procédure pour recevoir et examiner les mémoires d'*amici curiae* (condition nécessaire, mais non dans l'immédiat), en se fondant sur les recommandations de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie³⁸. Lorsque le Bureau du Chef national de l'Assemblée des Premières Nations a présenté un mémoire en qualité d'*amicus curiae*³⁹, sans l'accompagner de la demande d'autorisation de le soumettre, le tribunal a fait savoir aux parties qu'il avait reçu une lettre non sollicitée d'un tiers visant à soutenir une partie à l'arbitrage en cours⁴⁰. Le tribunal a en outre déclaré qu'en réfléchissant à l'opportunité d'accepter et d'examiner cette lettre, ou tout autre mémoire présenté par des tiers, il se proposait de se laisser guider par la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce partie et de décider en temps utile s'il convenait d'examiner le mémoire, compte tenu des vues que les Parties souhaiterait peut-être exprimer dans la réplique et la duplique⁴¹. Dans leur duplique, les États Unis ont déclaré ce qui suit:

Le mémoire de l'Assemblée des Premières Nations n'était pas accompagné d'une demande d'autorisation de présenter un mémoire émanant d'un tiers. Conformément aux procédures recommandées dans la Déclaration de la CLE – dont le Tribunal avait dit qu'elles guideraient en l'espèce son examen des mémoires présentés par des *amici curiae* – tout mémoire de cette nature doit être accompagné d'une demande d'autorisation de soumission. L'Assemblée des Premières Nations n'ayant pas sollicité une telle autorisation, son mémoire ne devrait pas être examiné dans le cadre du présent arbitrage⁴².

Le tribunal ne s'est pas encore prononcé sur l'opportunité d'accepter ce mémoire.

³⁷ Sentence *Glamis* par. 286 (citation tirée de la Déclaration de la CLE sur la participation d'une tierce, partie B, par. 6 a)). En particulier, la Nation indienne Quechan a présenté deux mémoires en qualité d'*amicus curiae*, dont le second a été accepté en même temps que les autres ci-dessus. Ibid., Le tribunal a accepté le premier mémoire dans sa décision concernant la demande et le mémoire de la Nation indienne Quechan, en date du 16 septembre 2005. Voir *supra* note 20.

³⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Procès-verbal de la première séance tenue par le tribunal, section II-1 (31 mars 2005), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf>.

³⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre de Phil Fontaine, Chef national de l'Assemblée des Premières Nations, adressée au tribunal (19 janvier 2009), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf>.

⁴⁰ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Lettre du tribunal aux parties concernant le mémoire présenté en qualité d'*amicus curiae*, p. 1 (27 janvier 2009), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/117813.pdf>.

⁴¹ Ibid., p. 1 et 2.

⁴² *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Duplique, p 77, note 227 (13 mai 2009), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/125482.pdf>.

4) Audiences publiques (par exemple, comment sont organisées les audiences publiques? Quelle est votre expérience concernant la publication des procès-verbaux?)

Les États-Unis ont une politique bien définie à l'appui des audiences publiques. Comme ils l'ont déclaré dans le contexte de l'ALENA, ils "consentiront et demanderont aux investisseurs en litige et, s'il y a lieu, aux tribunaux, de consentir à ce que les audiences concernant des litiges relevant du chapitre 11 auxquels ils sont parties soient ouvertes au public, sauf lorsque le huis clos doit être prononcé pour protéger des informations confidentielles, y compris des informations confidentielles de caractère commercial"⁴³. Par ailleurs, dans le cadre de l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine et du TBTI de 2004, la volonté d'organiser des audiences publiques est encore plus forte, eu égard aux articles pertinents qui énoncent ce qui suit:

Le tribunal tient des audiences publiques et arrête, en consultation avec les parties au litige, les dispositions logistiques appropriées. Toutefois, toute partie au litige souhaitant utiliser des informations désignées comme confidentielles lors d'une audience doit en avertir le tribunal. Celui-ci prend les dispositions voulues pour empêcher la divulgation des informations⁴⁴.

Dans la pratique, les audiences tenues dans le cadre de l'ALENA ont été ouvertes au public grâce à une retransmission par télévision en circuit fermé. Toutefois, cette retransmission peut être interrompue, lorsque certaines parties de l'audience portent sur des informations confidentielles. Comme expliqué en détail par le tribunal chargé de l'affaire *Glamis* dans son ordonnance de procédure n° 11:

En ce qui concerne l'accès du public à l'audience, le CIRDI a indiqué qu'une salle distincte avait été réservée à la Banque mondiale, à Washington, pour retransmettre les débats par télévision via le canal vidéo de la Banque. Aucune des Parties ne s'est opposée à l'accès du public sous cette forme. Les deux Parties ont toutefois fait observer que le public ne pourrait suivre les débats lorsque seraient examinées des informations confidentielles, y compris des informations financières de sociétés et des renseignements détaillés sur l'emplacement exact des sites culturels et des artefacts⁴⁵.

Lors de la plus récente audience sur le fond tenue dans le cadre de l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, l'audience a été ouverte au public dans les mêmes conditions. Dans le cadre de cet arbitrage, les parties étaient convenues que les audiences sur le fond seraient ouvertes au public moyennant la retransmission télévisée des débats en direct, en circuit fermé, sous réserve que le

⁴³ Déclaration sur les audiences publiques dans les arbitrages relevant du chapitre 11 de l'ALENA (7 octobre 2003), consultable à l'adresse: http://ustraderep.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

⁴⁴ Voir Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine, art. 10.21.2, TBTI de 2004, art. 29 2), et *supra*, note 5.

⁴⁵ *Glamis Gold Ltd c. États-Unis*, ALENA/CNUDCI, Ordonnance de procédure n° 11, par. 15 (9 juillet 2007), consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/88173.pdf>.

CIRDI puisse prendre les dispositions logistiques appropriés. Il a également été noté qu'aucun membre du public ne serait admis dans la salle d'audience⁴⁶.

Conformément à cet accord, les débats ont été retransmis dans une salle ouverte au public à la Banque mondiale; la retransmission a été ponctuellement interrompue pour protéger des informations confidentielles de caractère commercial.

Le Département d'État publie également sur son site Web des procès-verbaux d'audience *in extenso*, sous réserve que les informations protégées soient expurgées⁴⁷.

5) Publication des sentences (par exemple, y a-t-il eu des cas où certaines décisions ou sentences ont été exclues de la publication? Dans l'affirmative, pour quelles raisons?)

Jusqu'à présent, il n'est jamais arrivé, dans les affaires où les États-Unis étaient partie contestante, que des décisions ou des sentences soient exclues de la publication. À l'annexe 1137.4 de l'ALENA, les États-Unis ont précisé ce qui suit: "Lorsque les États-Unis sont la partie contestante, les États-Unis eux-mêmes ou un investisseur contestant qui est partie à l'arbitrage pourront publier une sentence". En outre, les États-Unis se sont engagés à rendre les sentences publiques conformément aux Notes d'interprétation de la Commission du libre-échange de l'ALENA⁴⁸. Par ailleurs, les États-Unis sont tenus de rendre les sentences publiques dans le cadre de l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine et du TBTI de 2004⁴⁹.

6) Exceptions possibles aux règles de transparence (comment traiter dans la pratique ces exceptions, en particulier en cas de désaccord entre les parties, et comment garantir la non-divulgence des informations protégées?)

Comme il est précisé dans les commentaires des États-Unis sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, les Notes d'interprétation de la CLE et le TBTI de 2004 prévoient la non-divulgence des informations protégées⁵⁰. Dans le cadre d'affaires antérieures, les États-Unis ont conclu des accords de confidentialité avec des demandeurs pour garantir la non-divulgence d'informations protégées et définir précisément une procédure en vue de déterminer si certaines informations devaient être protégées.

Dans la pratique, les États-Unis s'attachent à résoudre les questions de confidentialité avec la partie adverse. Lorsque les parties ne peuvent s'entendre sur le point de savoir si certaines informations doivent être protégées, le litige est soumis au tribunal qui est alors chargé de le régler, conformément à tout accord de

⁴⁶ Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. c. États-Unis, ALENA/CNUDCI, procès-verbal de la première séance tenue par le tribunal, section I-10 (31 mars 2005), consultable à l'adresse: [//www.state.gov/documents/organization/45017.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf).

⁴⁷ Voir Poursuites intentées contre les États-Unis d'Amérique, Département d'État, consultable à l'adresse: [//www.state.gov/s/l/c3741.htm](http://www.state.gov/s/l/c3741.htm). Voir *infra* la réponse à la question six qui donne un exemple de litige portant sur l'expurgation d'informations dans un procès-verbal d'audience.

⁴⁸ Voir Notes d'interprétation de la CLE, par. 1 b) ii).

⁴⁹ Voir Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis, l'Amérique centrale et la République dominicaine, art. 10.21.1 e), TBTI de 2004, art. 29 1) e), et *supra*, note 5.

⁵⁰ Voir *supra*, note 2.

confidentialité applicable. Par exemple, dans l'affaire *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd et al. c. États-Unis*, les États-Unis étaient en désaccord avec les demandeurs qui considéraient certaines informations figurant dans le procès-verbal des audiences comme des informations confidentielles de caractère commercial. Afin qu'il soit possible de publier les procès-verbaux "en temps voulu", comme le stipulent les Notes d'interprétation de la Commission du libre échange, le Département d'État a affiché sur son site Web les procès-verbaux des audiences expurgés des informations jugées confidentielles par les demandeurs. Toutefois, les États-Unis ont contesté certaines de ces suppressions devant le tribunal, en faisant valoir que la qualification d'informations commerciales confidentielles par les demandeurs n'était pas justifiée aux termes de l'accord de confidentialité applicable. Le Tribunal n'a pas encore tranché la question.

Dans leur pratique des arbitrages entre investisseurs et États, les États-Unis, en qualité de partie contestante, n'ont pas rencontré de problèmes concernant le respect de la non-divulgence de renseignements protégés.

7) Publication d'informations (par exemple, quelles difficultés la procédure de publication a-t-elle soulevées?)

La publication de documents sur son site Web n'a pas posé de problème particulier au Département d'État. Celui-ci n'a pas non plus rencontré de difficultés particulières pour fournir, conformément à l'article 1126-10 de l'ALENA, une copie des demandes d'arbitrage ou d'avis d'arbitrage au secrétariat de l'ALENA pour qu'il l'insère dans un registre public.

Annexe A: Lettre type

Par courriel et messagerie

[Objet]

Madame/Monsieur:

Par la présente, le Gouvernement des États-Unis accuse réception, le [date], de la notification d'intention de [demandeur] tendant à soumettre une plainte à une procédure d'arbitrage en vertu de la section B du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), concernant [brève description de la question].

Nous saisissons cette occasion pour souligner plusieurs aspects du chapitre 11 de l'ALENA et du droit des États-Unis qui ont trait à la divulgation de documents dans le cadre des arbitrages entre investisseurs et États relevant de l'ALENA. Premièrement, les États-Unis sont tenus, en vertu des articles 1127 et 1129 de l'ALENA, de communiquer aux autres parties à l'Accord des copies de nombreux types de documents établis dans le cadre des arbitrages menés en vertu du chapitre 11. [Le demandeur] doit savoir qu'en invoquant les dispositions dudit chapitre relatives au règlement des différends, il se soumet lui-même à une procédure en vertu de laquelle ses documents peuvent être et seront communiqués aux Gouvernements canadien et mexicain.

Deuxièmement, nous appelons votre attention sur la Loi des États-Unis sur l'accès à l'information (Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552) en vertu de laquelle, tout membre du public a un droit d'accès, exécutoire en justice, aux dossiers des organismes fédéraux ou à des parties de ces dossiers, sauf dans la mesure où les dérogations ou exemptions applicables empêchent leur divulgation. L'une des exemptions prévue par la loi susmentionnée qui est le plus souvent invoquée pour les documents fournis par les parties à des organismes est énoncée au Titre 5 du Code des États-Unis, par. 552 b) 4), qui protège contre toute divulgation les secrets commerciaux et les informations commerciales ou financières qui sont privilégiées ou confidentielles.

Si [le demandeur] estime que tout ou partie d'un document qu'il communique dans le cadre de l'affaire contient des informations commerciales confidentielles ou est autrement protégé contre toute forme de divulgation en vertu de la loi susmentionnée, il doit clairement indiquer les informations devant faire l'objet d'une protection et fournir une deuxième version du document dans lequel ces informations sont omises ou masquées. À défaut, nous serons fondés à supposer que [le demandeur] ne s'oppose pas à ce que les informations figurant dans les documents fournis par lui soient divulguées au public en vertu de ladite loi.

Troisièmement, nous appelons votre attention sur les Notes d'interprétation de la Commission de libre-échange établies en vertu de l'article 2001 de l'ALENA, qui est consultable à l'adresse: <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>. Ces Notes, entre autres choses, précisent que les trois parties à l'ALENA se proposent d'assurer, à quelques exceptions près, l'accès du public aux informations relatives aux arbitrages entre investisseurs et États en vertu du chapitre 11 de l'ALENA.

Quatrièmement, nous tenons à souligner que, conformément à l'article 1126-10 de l'ALENA, toute partie contestante doit fournir une copie de la demande d'arbitrage ou de l'avis d'arbitrage au Secrétariat de l'ALENA pour qu'il l'insère dans un registre public. Tout document renfermant une demande d'arbitrage en la matière sera mis à la disposition du public à la Section des États-Unis du Secrétariat de l'ALENA.

Cinquièmement, les États-Unis ont pour habitude d'afficher sur le site Web du Département d'État – dans toute la mesure possible – tous les mémoires, ordonnances et décisions d'intérêt général concernant des affaires relevant du chapitre 11 qui sont engagées contre eux.