

**Assemblée générale**

Distr. générale
12 juin 2008
Français
Original: anglais/arabe/chinois/
espagnol/français/russe

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante et unième session
New York, 16 juin-3 juillet 2008

Règlement des litiges commerciaux**Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI****Observations du Gouvernement du Canada****Note du secrétariat*****I. Introduction**

1. Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) est convenu à sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008) de demander à la Commission si, une fois ses travaux actuels de révision du Règlement terminés, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux (A/CN.9/646, par. 69). Il est prévu que la Commission donne des orientations à ce propos à sa quarante et unième session. En vue des discussions de la Commission sur ce thème, le Gouvernement canadien a communiqué des observations le 13 juin 2008, dont le texte est reproduit en annexe de la présente note tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

* Le présent document est soumis tardivement car il contient des commentaires reçus le 13 juin 2008.



Annexe

La position du gouvernement du Canada concernant le besoin d'assurer plus de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États

I. Introduction

1. Après avoir pris connaissance des rapports produits par le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation (le "Groupe de travail") par suite de ses travaux dans le cadre des quarante-cinquième et quarante-sixième sessions, la Commission a indiqué que "le Groupe de travail devrait encore examiner, lors de ses futures sessions, la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des différends entre investisseurs et États et l'arbitrage institutionnel"¹. Conformément à ce mandat, le Groupe de travail a amorcé des discussions sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (le "Règlement") pour régler certains problèmes liés à l'arbitrage entre investisseurs et États. Le Groupe de travail a mis l'accent sur le besoin d'assurer plus de transparence dans les cas d'arbitrage entre investisseurs et États engagés en vertu du Règlement compte tenu de l'intérêt public, souvent en jeu lors de tels règlements de différends. À la clôture de la session, il était évident que la majorité des États qui prenaient part au Groupe de travail croyaient à l'importance d'un arbitrage entre investisseurs et États empreint de transparence et d'ouverture.

2. Dans son rapport, le Groupe de travail a précisé qu'il "demande à la Commission si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités, et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux"².

II. Les travaux en vue d'assurer plus de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États doivent commencer sans tarder

3. Le Groupe de travail devrait, "en principe, terminer ses travaux de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu, au plus tard, à la quarante-deuxième session de la Commission en 2009"³. Le Canada croit que le moment approprié pour réviser le Règlement afin d'assurer plus de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États n'est pas une fois les travaux sur la modification du Règlement terminés, mais plutôt pendant ceux-ci. Les changements qui s'imposent afin

¹ Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session*, U.N. Doc. A/62/17 (partie I), par. 175 (23 juillet 2007) ("Rapport de la quarantième session de la CNUDCI").

² Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, *Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-huitième session*, U.N. Doc. A/CN.9/646, par. 69 (29 février 2008) ("Rapport de la quarante-huitième session du Groupe de travail II").

³ *Rapport de la quarantième session de la CNUDCI*, par. 176.

d'assurer plus de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États sont simples et peu compliqués. Ils peuvent être réalisés en modifiant quelques règles bien précises ou en ajoutant une annexe. En raison de la nature simple des modifications à apporter, le Canada croit que le Groupe de travail dispose de suffisamment de temps pour aborder le thème de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et achever ses travaux avant l'ouverture de la quarante-deuxième session de la Commission.

4. Toutefois, s'il est impossible d'obtenir un consensus afin d'intégrer ces modifications dans le cadre des travaux du Groupe de travail, le Canada demande que la Commission charge, de façon précise et expresse, le Groupe de travail de proposer, dès la clôture de ses travaux courants, et afin de les présenter à la Commission dès que possible, des modifications visant à assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. Le refus de la Commission enverra un message troublant à la communauté internationale.

5. Le Règlement est de plus en plus utilisé et a gagné en popularité au cours des 30 dernières années, en partie en raison du poids de la communauté internationale sous l'égide de l'Assemblée générale des Nations Unies⁴. Une telle instance ne saurait être prise à la légère. Il faut envoyer un message sans équivoque portant que la Commission est en faveur de la mise à jour du Règlement pour qu'y soit intégrées des dispositions offrant des garanties de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États, sinon les États croiront à l'existence d'un accord tacite pour que l'arbitrage continue d'être tenu derrière des portes closes, à l'abri de l'intervention et de l'examen du public. La Commission devrait éviter à tout prix l'adoption de règles qui engendrent une forme de loi du silence et qui prive le public du bénéfice de l'obligation de rendre compte, sans au moins demander au Groupe de travail de mettre immédiatement sur pied une procédure qui aura pour effet d'ouvrir au public l'arbitrage entre investisseurs et États.

III. L'intérêt du public dans les arbitrages entre investisseurs et États commande une plus grande transparence

6. Le Règlement a été adopté par la CNUDCI et l'Assemblée générale des Nations Unies en a recommandé l'usage il y a maintenant plus de 30 ans, en 1976. Le Règlement d'arbitrage avait été avant tout élaboré pour l'arbitrage commercial⁵. À cette fin, l'Assemblée générale "reconnaissait l'utilité de l'arbitrage comme méthode de règlement des différends nés des relations commerciales internationales"⁶ (non souligné dans l'original) dans la résolution qui recommandait l'utilisation du Règlement.

7. Au fil des 30 années qui ont suivies son adoption, l'utilisation du Règlement s'est étendu bien au-delà ce qui était prévu par les rédacteurs. En particulier, le Règlement est devenu le deuxième système de règles en importance dans le cadre de

⁴ Paulsson, Jan et Georgio Petrochilos, *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, par. 6, disponible à l'adresse suivante: http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf ("Rapport Paulsson/Petrochilos").

⁵ *Rapport de la quarante-huitième session du Groupe de travail II*, par. 58.

⁶ Assemblée générale des Nations Unies. *Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, U.N. Doc. A/Res/31/98 (15 décembre 1976).

l'arbitrage entre investisseurs et États⁷. Cette utilisation n'avait pas été prévue par les rédacteurs et il s'agit aussi de l'une des principales raisons justifiant la modification du Règlement⁸.

8. Les intérêts en jeu dans les cas d'arbitrage entre investisseurs et États sont substantiellement différents de ceux dans les cas d'arbitrage commercial, surtout lorsque celui-ci est engagé en vertu d'un traité; en effet, l'arbitrage sur l'investissement touche souvent à l'intérêt public et aux politiques gouvernementales de façon beaucoup plus directe que l'arbitrage commercial. Plus précisément, un traité d'investissement étant un document de droit international public, conclu entre États souverains, la manière de régler un différend qui survient dans le cadre de ce traité aura donc des répercussions sur toute la communauté internationale. Une telle adjudication peut permettre l'acquisition de notions de droit, dans la mesure où les investisseurs et les États peuvent mieux comprendre la manière d'interpréter certaines dispositions et être mieux informés dans leurs relations pour l'avenir.

9. L'arbitrage entre investisseurs et États touche aussi les intérêts des citoyens et résidents de l'État visé par le différend. Les différends qui surviennent dans le cadre de traités d'investissement visent souvent des dispositions législatives ayant des incidences sur les politiques générales d'un État, par exemple les lois fiscales, les lois environnementales, la réglementation en matière de santé et les lois relatives aux ressources naturelles. De plus, les frais de défense contre les poursuites ainsi que le paiement d'une éventuelle indemnité proviendront des deniers publics. Comme l'explique M. John Ruggie, le Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies pour la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, lorsqu'il aborde dans le rapport qu'il a récemment présenté au Conseil des droits de l'homme, la question de l'arbitrage entre investisseurs et États, "lorsque les droits de l'homme et les intérêts du public sont en jeu, la transparence devrait être un principe directeur, sans toutefois qu'il y ait atteinte à la confidentialité commerciale légitime"⁹.

IV. Les autres règles d'arbitrage et les traités d'investissement assurent déjà plus de transparence

10. L'objectif des travaux en cours est de mettre à jour le Règlement, de tenir compte de son utilisation au cours des 30 dernières années et de veiller à ce qu'il résiste aux examens pendant les 30 prochaines années. Si le Règlement n'est pas modifié afin d'assurer plus de transparence dans l'arbitrage entre les investisseurs et les États, il ne sera pas adapté à la pratique moderne. En effet, bien que certaines institutions d'arbitrage commercial aient opté pour le maintien de la confidentialité,

⁷ *Rapport de la quarante-huitième session du Groupe de travail II*, par. 58.

⁸ Voir le Rapport Paulsson/Petrochilos, par. 4 et 6.

⁹ Conseil des droits de l'homme. *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Advance Edited Version*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, U.N. Doc. A/HRC/8/5, par. 37 (7 avril 2008) disponible à l'adresse suivante: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>.

la pratique dans l'arbitrage entre investisseurs et États évolue plutôt vers la transparence et l'ouverture.

11. L'arbitrage entre investisseurs et États n'en est plus à ses premiers balbutiements. La Convention du CIRDI est entrée en vigueur le 14 octobre 1966 et les traités d'investissement prévoient des dispositions traitant des règlements des différends entre investisseurs et États depuis plus de 40 ans¹⁰. Le nombre de traités d'investissement a augmenté au cours des quatre dernières décennies: en 1997, il y en avait plus de 1 500 et en 2007, plus de 2 500¹¹. La revue des pratiques modernes en matière de règlement des différends fait voir l'évolution de ce champ de pratique, surtout en ce qui concerne la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États.

12. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI a, depuis toujours, obligé le Secrétaire général du CIRDI à donner un avis public indiquant la tenue d'un cas d'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu du Règlement d'arbitrage du CIRDI ou du Règlement du Mécanisme supplémentaire¹². Ces Règlements ont aussi toujours permis à l'une ou l'autre partie de publier la sentence, si elles le désirent¹³. En 2006, le CIRDI a modifié son Règlement pour permettre une participation plus étendue des parties non contestantes en autorisant les observations écrites¹⁴, pour qu'une présomption portant que le tribunal peut autoriser le public à assister aux audiences¹⁵ et pour qu'il soit plus facile de connaître le raisonnement juridique soutenant la décision, même dans le cas où les parties ne consentent pas à ce que la décision soit publiée¹⁶. Cent quarante-trois États, y compris une grande partie des États membres du Groupe de travail, ont ratifié la Convention du CIRDI. On peut donc conclure que chacun de ces États est déjà favorable à la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États lorsqu'un différend est engagé conformément aux règles de la CIRDI.

13. Les États commencent également à appliquer des mesures favorisant la transparence dans les nouveaux traités d'investissement, et parfois même dans les traités existants, malgré l'existence de dispositions contraires dans le Règlement de

¹⁰ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rule Making*, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, par. 1 (2007) disponible à l'adresse suivante: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf.

¹¹ Ibid., par. 3.

¹² Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement, *Règlement administratif et financier*, article 22 (10 avril 2006) disponible à l'adresse suivante: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>. ("Le Secrétaire général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée.")

¹³ Centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement, *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, art. 48(4) (10 avril 2006) disponible à l'adresse suivante: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (qui ne fait que limiter la capacité du Centre à publier la sentence sans le consentement des parties) ("Règlement d'arbitrage du CIRDI"); Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, p. 822 (2001) ("la Convention et le Règlement d'arbitrage du CIRDI n'oblige pas les parties à publier la sentence.")

¹⁴ Art. 37 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

¹⁵ Art. 32(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

¹⁶ Art. 48(4) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

la CNUDCI. Par exemple, en 2001, la Commission du libre-échange de l'ALÉNA (la "CLÉ") a entériné des notes d'interprétation contraignantes qui confirmaient l'engagement des États-membres de l'ALÉNA à respecter, en général, le principe de transparence et qui créaient une présomption de non-confidentialité et d'ouverture¹⁷. En 2003, la CLÉ a diffusé une déclaration donnant plus de précisions sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accepter les observations des tierces parties¹⁸. Enfin, en 2004, la CLÉ a encore une fois affirmé l'engagement des membres de l'ALÉNA à faire preuve de transparence, en plus de féliciter le Mexique pour son accord à la publicité des audiences¹⁹.

14. Dans la même optique, le Modèle d'accord du Canada pour la protection et la promotion des investissements prévoit que le public doit avoir accès aux instances d'arbitrage et aux documents y afférents, et que les tiers peuvent présenter des observations au tribunal²⁰. Les États-Unis ont adopté une position similaire dans leur Modèle de traités d'investissements bilatéraux²¹, ainsi que dans les Accords de zone de libre-échange qu'ils ont récemment conclus avec le Chili, Singapour, l'Amérique centrale et la République dominicaine, et le Maroc. De plus, en mai 2007, les 19 États d'Afrique de l'Est et d'Afrique australe membres du COMESA ont signé un traité d'investissement prévoyant une complète transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États²².

15. Les États commencent à incorporer des dispositions expresses dans les traités pour faire obstacle aux dispositions anti-transparence du Règlement de la CNUDCI, mais si la Commission veut que la pertinence du Règlement soit maintenue en matière d'arbitrage entre investisseurs et États, il lui faudra envisager d'autres solutions. De plus, la renégociation des milliers de traités d'investissement bilatéraux déjà existants serait une option peu réaliste. Ces traités permettent aux investisseurs de choisir s'ils veulent utiliser le Règlement du CIRDI ou de la CNUDCI. Compte tenu de l'important intérêt public en jeu, la Commission devrait

¹⁷ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre II* (31 juillet 2001) disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interp.aspx?lang=fr>.

¹⁸ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie* (7 octobre 2003) disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-fr.pdf>.

¹⁹ Commission du libre-échange de l'ALÉNA, *2004 NAFTA Commission Meeting: Joint Statement* (16 juillet 2004) disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=fr>.

²⁰ Par exemple, le Modèle d'accord canadien pour la promotion et la protection des investissements, art. 38 (2004) disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/2004-FIPA-model-fr.pdf>.

²¹ United States. US Model Bilateral Investment Treaty (2004), art. 29, disponible à l'adresse suivante: http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf.

²² Marché Commun d'Afrique orientale et australe, *Accord d'investissement de la Zone d'investissement commune du COMESA*, art. 28(5)-(8) (3 mai 2007) disponible à l'adresse suivante: http://www.comesa.int/investment/regimes/investment_area/Folder.2007-11-06.4315/Multi-language_content.2007-11-07.1023/fr. Les 19 États membres sont: le Burundi, l'Éthiopie, le Kenya, la Libye, le Madagascar, le Malawi, Maurice, le Rwanda, les Seychelles, le Soudan, le Swaziland, l'Ouganda, la Zambie et le Zimbabwe.

se déclarer défavorable au pouvoir des investisseurs de tenir les instances d'arbitrage entre investisseurs et États à huis clos.

V. Il est facile d'assurer plus de transparence dans le Règlement

16. Le Canada croit que la création d'une présomption d'ouverture et de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États peut être réalisée en modifiant directement quelques règles individuelles ou en ajoutant une annexe. Ces modifications auront un effet négligeable sur la structure, l'esprit et le style de rédaction du Règlement, mais il n'y aura aucun effet sur les dispositions concernant l'arbitrage commercial prévu par contrats ou entre parties privées.

17. Les modifications proposées aux règles visent cinq objectifs: 1) informer le public de la tenue d'une séance d'arbitrage entre un investisseur et un État; 2) permettre aux tierces parties de présenter des observations au tribunal lorsque celles-ci pourraient être utiles et pertinentes, sans toutefois avoir pour effet de retarder l'instance, nuire à l'instance, ou entraîner d'autres frais; 3) permettre que les audiences soient publiques; 4) rendre publiques la décision et la sentence du tribunal; ainsi que 5) préserver le pouvoir actuel du tribunal arbitral de permettre les audiences à huis clos et l'accès restreint aux documents, ou à certaines parties, lorsque le commande la protection de renseignements confidentiels de nature commerciale, ou de renseignements confidentiels, ou de renseignements protégés contre la divulgation en vertu d'une loi interne de l'État partie au litige. La pratique d'arbitrage actuelle permettra d'atteindre simultanément ces objectifs: les tribunaux arbitraux appelés à trancher les différends entre investisseurs et États possèdent déjà beaucoup d'expérience en matière de protection de renseignements confidentiels et protégés dans le contexte d'instances ouvertes et transparentes. Par exemple, les panels d'arbitrage de l'ALÉNA rendent, de façon régulière, des ordonnances de confidentialité afin de permettre aux parties de supprimer des renseignements confidentiels avant la publication des documents. Ils rendent aussi des ordonnances leur permettant de tenir des séances à huis clos lorsque la situation l'exige.

18. Bien que le Groupe de travail doive néanmoins négocier le libellé des modifications, il importe de souligner que ces modifications doivent rester simples et modestes. Toute crainte que le texte des modifications, d'une certaine manière, donne lieu à des contestations de compétence ou crée des situations inutilement complexes en raison de problèmes tels que les clauses grand-père et la rétroactivité, n'est pas insurmontable et pourrait être présentée au Groupe de travail, qui pourrait le régler. De plus, étant donné la portée des révisions nécessaires, le Groupe de travail devrait fort probablement résoudre de tels problèmes.

VI. Conclusion

19. Le Règlement a été efficace au cours des 30 dernières années; toutefois, il ne s'agit pas d'une garantie qu'il le sera au cours des 30 prochaines années. Plus le Règlement s'éloigne de la pratique moderne, moins grande sera sa pertinence à l'avenir. En donnant des directives appropriées au Groupe de travail, la Commission pourrait s'assurer que cela ne se produise pas.

20. À tout le moins, le Groupe de travail devra être explicitement chargé d'élaborer les modifications nécessaires afin d'assurer une plus grande transparence dans l'application du Règlement à l'arbitrage entre investisseurs et États: cette question prioritaire devrait suivre immédiatement à la fin des travaux courants. Si ces dispositions assurant plus de transparence ne sont pas promptement intégrées au Règlement, cela donnera l'impression que les Nations Unies approuvent le manque de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États. Une telle situation, se traduisant par l'approbation du huis clos, serait contraire aux principes fondamentaux de saine gouvernance et de la défense des droits de la personne sur lesquels les Nations Unies sont fondées.
