



# Assemblée générale

Distr. limitée  
9 décembre 2010  
Français  
Original: anglais

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

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

### **Note du Secrétariat**

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence . . . . .	1-52	3
A. Questions à examiner . . . . .	2-42	3
1. Publicité de l'ouverture des procédures arbitrales . . . . .	2-7	3
i) Moment de la publication et documents à publier . . . . .	2-4	3
ii) Personnes chargées de la publication et conséquences d'une non- publication . . . . .	5-7	4
2. Documents à publier . . . . .	8-15	4
i) Liste de documents . . . . .	8-9	4
ii) Personnes chargées de la publication . . . . .	10-12	4
iii) Aspects pratiques de la publication . . . . .	13	5
iv) Exemples . . . . .	14-15	5
3. Publication des sentences arbitrales . . . . .	16-17	6
4. Conclusions présentées par des tiers ( <i>amici curiae</i> ) dans une procédure arbitrale . . . . .	18-27	6



i)	Critères de restriction concernant les mémoires d' <i>amicus curiae</i> . . . . .	19	6
ii)	Intervention d'États non contestants . . . . .	20-21	6
iii)	Décisions relatives aux mémoires d' <i>amicus curiae</i> . . . . .	22	7
iv)	Niveaux d'accès aux documents . . . . .	23	7
v)	Questions de coûts et de gestion de l'instance . . . . .	24	7
vi)	Exemples . . . . .	25-27	7
5.	Audiences . . . . .	28-31	9
i)	Publicité des audiences . . . . .	28-30	9
ii)	Transcriptions des audiences . . . . .	31	10
6.	Limites possibles aux règles sur la transparence . . . . .	32-40	10
i)	Principes . . . . .	32-35	10
ii)	Définition des informations confidentielles et sensibles . . . . .	36-37	11
iii)	Personnes déterminant quelles informations sont confidentielles et sensibles . . . . .	38	12
iv)	Sanction . . . . .	39	12
v)	Exemple de procédure . . . . .	40	12
7.	Lieu de conservation des informations publiées ("registre") . . . . .	41-42	13
B.	Propositions . . . . .	43-52	14
1.	Champ d'application . . . . .	44	14
2.	Ouverture de la procédure arbitrale . . . . .	45	14
3.	Publication des documents . . . . .	46-48	14
4.	Conclusions présentées par des tiers ( <i>amici curiae</i> ) durant une procédure d'arbitrage . . . . .	49	15
5.	Audiences et transcriptions d'audiences . . . . .	50	15
6.	Limites possibles aux règles sur la transparence . . . . .	51	15
7.	Lieu de conservation des informations publiées . . . . .	52	15

## IV. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence

1. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail est généralement convenu que les questions de fond à examiner concernant le contenu possible d'une norme juridique sur la transparence seraient les suivantes: publicité de l'ouverture des procédures arbitrales; documents à publier (tels que les actes de procédure, les ordonnances de procédure et les pièces justificatives); documents soumis par des tiers ("*amici curiae*") durant les procédures; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("*registre*") (A/CN.9/712, par. 31). Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le document A/CN.9/WG.II/WP.163 contient des informations sur les aspects pratiques de la transparence qui complètent utilement les questions traitées dans les sections ci-après.

### A. Questions à examiner

#### 1. Publicité de l'ouverture des procédures arbitrales

##### i) *Moment de la publication et documents à publier*

2. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, plusieurs avis ont été exprimés sur la question de savoir si l'existence d'une procédure arbitrale devrait être rendue publique une fois la procédure engagée ou au moment où le tribunal arbitral était constitué (A/CN.9/712, par. 34). Différents points de vue ont été exprimés concernant les informations qu'il convenait de rendre publiques à ce stade initial de la procédure, en particulier sur la question de savoir si celles-ci devaient se limiter à l'existence du litige, ou s'il fallait publier également la notification d'arbitrage (A/CN.9/712, par. 33). Il a été suggéré que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire (A/CN.9/712, par. 33).

3. Les règlements d'institutions arbitrales souvent mentionnés dans les traités d'investissement pour ce qui est du règlement de litiges entre l'État d'accueil et un investisseur ne prévoient pas la publication de la notification d'arbitrage. Par exemple, l'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI dispose que "[l]e 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". Les règlements d'autres institutions d'arbitrage ne traitent pas la question ou prévoient la confidentialité de la procédure (voir document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 38 à 47 sur le contenu des règlements d'institutions d'arbitrage à cet égard). Les traités d'investissement prévoient parfois la publication de la notification d'arbitrage (et même de l'intention de recourir à l'arbitrage), mais n'en précisent pas nécessairement le moment. Elle peut se faire à un stade où le bien-fondé de la demande a déjà été évalué. On trouvera des exemples de telles dispositions dans le document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 18 et 20.

4. Au cas où le Groupe de travail préférerait l'option où la notification d'arbitrage est publiée une fois qu'elle a été reçue par une partie, il voudra peut-être examiner la question de savoir comment protéger les informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification à ce stade initial de la procédure où un

tribunal arbitral n'a pas encore été constitué (voir par. 41 et 42 ci-après). De même, cela vaudrait la peine d'examiner la question des demandes abusives et les moyens d'en limiter la publication.

*ii) Personnes chargées de la publication et conséquences d'une non-publication*

5. Quant à savoir qui serait chargé de prendre l'initiative de rendre publique l'ouverture d'une procédure arbitrale, on peut imaginer qu'il devrait s'agir de l'État d'accueil, de l'investisseur ou d'un registre. Les parties pourraient publier conjointement les informations, dès lors qu'elles y consentent (A/CN.9/712, par. 35).

6. Le choix de la personne chargée de publier les informations varierait selon que la norme juridique sur la transparence prévoit ou non la création d'un lieu de conservation des informations publiées. Si un lieu de conservation est créé, les informations seront publiées par ses soins et il faudra aussi déterminer comment elles lui seront transmises. Si ce n'est pas le cas, on pourrait envisager que la publication soit assurée par les parties, conjointement ou séparément (voir par. 41 et 42 ci-après).

7. Les questions soulevées par le Groupe de travail à sa cinquante-troisième session, quant à savoir si la publication d'informations à ce stade devrait être obligatoire et, dans l'affirmative, si le non-respect devrait être passible de sanctions, méritent également un examen plus approfondi (A/CN.9/712, par. 36).

**2. Documents à publier**

*i) Liste de documents*

8. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés quant à savoir si des documents devraient être publiés et dans l'affirmative lesquels (A/CN.9/712, par. 40). L'avis a été exprimé que tous les documents soumis au tribunal arbitral ou produits par celui-ci devraient être mis à la disposition du public (A/CN.9/712, par. 41). Selon un avis contraire, il ne serait pas nécessaire de publier tous les documents, compte tenu en particulier de la nécessité de trouver le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt public et le besoin légitime de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable et efficace (A/CN.9/712, par. 42).

9. Les dispositions des traités d'investissement portant sur l'accès du public aux documents de procédure et traitant de cette question comprennent généralement une déclaration générale sur la publicité de tous les documents de procédure ou une liste des documents censés être accessibles au public. Dans le deuxième cas, on trouve sur ces listes les documents suivants: demande d'arbitrage, notification d'arbitrage, observations soumises au tribunal par une partie au litige et toute communication écrite soumise par des tiers ou des *amici curiae*, procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles, et enfin les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.

*ii) Personnes chargées de la publication*

10. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis ont été exprimés sur la question de savoir s'il revenait aux parties ou au tribunal arbitral de décider de la publication des documents. On s'est aussi demandé si l'accord des

parties devrait être une condition préalable à la publication (A/CN.9/712, par. 43). Selon certains avis, le tribunal arbitral devrait décider de la publication des documents au cas par cas (A/CN.9/712, par. 44).

11. Les traités d'investissement disposent que la responsabilité de rendre ces informations accessibles au public incombe dans certains cas au tribunal arbitral et dans d'autres cas aux parties<sup>1</sup>. Lorsque les parties sont autorisées à rendre publiques les informations, certains traités prévoient que chacune peut en publier la totalité et d'autres disposent qu'une partie ne peut publier que ses propres déclarations ou communications. En général, les accords ne fournissent aucune indication sur la manière dont l'information doit être transmise au public.

12. Pour ce qui est du moment de la publication, certains traités d'investissement prévoient que les informations doivent être rendues accessibles "immédiatement" ou "en temps utile", d'autres étant muets sur la question.

iii) *Aspects pratiques de la publication*

13. Des questions relatives aux aspects pratiques de la publication des documents, telles que la langue de publication (A/CN.9/712, par. 45) et la répartition des frais de publication entre les parties, soulevées à la cinquante-troisième session du Groupe de travail, mériteraient d'être examinées plus avant.

iv) *Exemples*

14. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, une ordonnance rendue en l'affaire *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada*<sup>2</sup> a été citée comme exemple de texte contenant des dispositions relatives à la publication de documents (A/CN.9/712, par. 41). Elle se lit comme suit:

*"Deuxième partie – Conduite de la procédure et divulgation des documents [...] 11. Sous réserve des dispositions du paragraphe 13, l'une ou l'autre partie au différend peut divulguer, à condition de notifier son intention à l'autre partie au différend 20 jours à l'avance, les documents suivants: tout acte de procédure ou document, ainsi que leurs appendices et les pièces jointes, la correspondance reçue ou envoyée par le Tribunal, les transcriptions et toutes les décisions, notamment les ordonnances de procédure, les décisions et les sentences préliminaires et finales. 12. Une partie au différend dispose de 20 jours à compter de la date à laquelle l'autre partie lui a notifié son intention de divulguer les documents visés au paragraphe 11 pour s'opposer à cette divulgation au motif qu'ils contiennent des informations confidentielles. Ces documents ne peuvent être divulgués que si les deux parties au différend ont confirmé qu'elles ne s'y opposaient pas ou sont convenues d'y supprimer*

<sup>1</sup> Voir les paragraphes 3 à 8 de l'article 38 de l'Accord type de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) (Canada, 2004). Voir aussi, par exemple, l'accord entre les États-Unis du Mexique et le Gouvernement de la République d'Islande concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, signé le 24 juin 2005, qui dispose ce qui suit: "Article 17 – Sentences et exécution (...) 4) La sentence finale ne sera publiée qu'avec l'accord écrit des deux parties au litige."; disponible au 30 novembre 2010, en anglais, à l'adresse [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Mexico\\_Iceland.PDF](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Mexico_Iceland.PDF).

<sup>2</sup> *Chemtura Corporation c. Gouvernement du Canada, ordonnance de confidentialité*, 21 janvier 2008.

*les informations confidentielles. 13. Sauf disposition contraire de la présente ordonnance, aucune des parties au différend ne divulgue de documents désignés comme confidentiels par l'autre partie au différend [...].”*

15. On trouvera des exemples de dispositions relatives à la publication des documents dans le document A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 13 à 22.

### **3. Publication des sentences arbitrales**

16. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, de nombreuses délégations ont appuyé la création d'une disposition générale selon laquelle les sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités devraient être publiées (A/CN.9/712, par. 62). Cette question peut être examinée à la lumière des exemples présentés ci-dessus aux paragraphes 14 et 15 (“publication des documents”).

17. Si le Groupe de travail estimait que les sentences devraient être traitées différemment des autres documents et publiées sauf convention contraire de l'ensemble des parties à l'arbitrage, il serait toujours possible de prévoir la publication d'extraits de sentences contenant le raisonnement juridique pertinent (A/CN.9/712, par. 63)<sup>3</sup>. Une disposition en ce sens pourrait se lire comme suit: “*Les sentences sont publiées sauf convention contraire de l'ensemble des parties. Si celles-ci ne s'entendent pas sur la publication d'une sentence, le tribunal arbitral publie rapidement des extraits du raisonnement juridique suivi par le tribunal.*”

### **4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale**

18. De nombreuses délégations ont fermement appuyé l'idée de permettre la soumission de conclusions par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*. Il a été dit que les mémoires d'*amicus curiae* pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

#### *i) Critères de restriction concernant les mémoires d'amicus curiae*

19. Il a été largement estimé que certains critères de restriction devraient être définis en ce qui concerne les mémoires d'*amicus curiae*, notamment le sujet de ces mémoires, les compétences de l'*amicus curiae*, la pertinence des mémoires pour la procédure, le nombre de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis (A/CN.9/712, par. 47).

#### *ii) Intervention d'États non contestants*

20. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il souhaite examiner plus avant la question de la participation d'États parties au traité d'investissement mais non parties à l'arbitrage, en attendant que la Commission décide si cette question devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 3). À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été observé qu'un État partie au traité d'investissement en cause mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter soumettre des conclusions ou être

---

<sup>3</sup> Voir article 48-4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

invité à le faire. 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).

21. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il convient d'élaborer des dispositions spécifiques pour déterminer dans quelles limites un État non contestant pourrait intervenir dans la procédure. Cette intervention pourrait par exemple se limiter aux questions d'interprétation du traité d'investissement ou à des conclusions sur des points de droit. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de savoir si le tribunal arbitral peut d'office inviter l'État non contestant à soumettre des conclusions et comment veiller à ce qu'en le faisant il ne perturbe pas la procédure ni ne porte indûment préjudice à l'une ou l'autre partie.

iii) *Décisions relatives aux mémoires d'amicus curiae*

22. Le Groupe de travail a laissé ouverte la question de savoir si le tribunal arbitral aurait toute latitude pour autoriser les mémoires d'*amicus curiae* ou s'il devrait consulter les parties, conformément au caractère consensuel des procédures arbitrales (A/CN.9/712, par. 48).

iv) *Niveaux d'accès aux documents*

23. Dans le cadre général de la présentation de mémoires d'*amicus curiae*, on a souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité des conclusions des *amici curiae* dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur serait accordé (A/CN.9/712, par. 51). Eu égard à leur rôle, il faudrait examiner plus avant la question de savoir s'il convient de leur accorder un niveau d'accès différent de celui du public.

v) *Questions de coûts et de gestion de l'instance*

24. En examinant ce point, le Groupe de travail voudra peut-être tenir compte du coût que des mémoires d'*amicus curiae* pourraient entraîner pour les parties et de la nécessité de trouver un juste équilibre entre le souci de transparence et le bon déroulement de la procédure.

vi) *Exemples*

25. À l'exception du Règlement d'arbitrage du CIRDI, les règlements des institutions arbitrales ne comportent généralement pas de dispositions régissant expressément la participation d'une partie non contestante, laissant aux parties à l'arbitrage le soin de s'accorder sur ce point ou le tribunal arbitral libre d'en décider (voir A/CN.9/WG.II/WP.160, par. 29 à 47). L'article 37-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI régit comme suit le dépôt d'une soumission par une partie non contestante:

*“Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la 'partie non contestante') de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure: a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à*

*l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend; b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend; c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif. Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante."*

26. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) et les notes interprétatives établies par la Commission du libre-échange contiennent des éléments sur la question de la participation de tierces parties. La "Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie", du 7 octobre 2004, dispose ce qui suit:

*"[...] B. Procédures*

*1. Toute tierce partie qui est une personne d'une Partie, ou qui a une importante présence sur le territoire d'une Partie, et qui souhaite présenter un mémoire écrit au tribunal ('requérant') demandera au préalable au tribunal l'autorisation de le faire. Le requérant joindra le mémoire à la demande.*

*2. La demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie devra: a) être présentée sous forme écrite, datée et signée par la personne qui la soumet, et comprendre l'adresse du requérant et d'autres renseignements permettant de le joindre; b) compter au plus 5 pages dactylographiées; c) contenir une description du requérant, y compris, s'il y a lieu, une description de ses membres et de son statut juridique (par exemple, entreprise ou association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le requérant); d) contenir une déclaration indiquant si le requérant a des liens, directs ou indirects, avec toute partie contestante; e) divulguer l'identité de tout gouvernement, de toute personne ou de toute organisation qui a apporté une aide financière ou autre dans la préparation du mémoire; f) préciser la nature de l'intérêt que le requérant porte à la procédure; g) indiquer les questions de fait ou de droit précises visées par la procédure que le requérant a abordées dans son mémoire écrit; h) expliquer, par rapport aux facteurs énoncés au paragraphe 6, les raisons pour lesquelles le tribunal devrait accepter le mémoire; i) être rédigée dans une des langues de l'arbitrage.*

*3. Le mémoire présenté par une tierce partie devra: a) être daté et signé par la personne le présentant; b) être concis et compter au plus 20 pages dactylographiées, y compris toute annexe; c) renfermer un énoncé précis exposant la position du requérant sur les questions; d) traiter uniquement des questions liées à l'objet du différend.*

*4. La demande d'autorisation de présenter un mémoire soumise par une tierce partie ainsi que le mémoire seront remis à toutes les parties contestantes et au tribunal.*



5. Le tribunal fixera une date appropriée jusqu'à laquelle les parties contestantes pourront formuler des observations sur la demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie.

6. Pour déterminer s'il autorise une tierce partie à présenter un mémoire, le tribunal évaluera, entre autres, dans quelle mesure: a) le mémoire de la tierce partie aidera le tribunal à se prononcer sur des questions de fait ou de droit rattachées à l'arbitrage en offrant une perspective, des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes; b) le mémoire de la tierce partie aborde des questions liées à l'objet du différend; c) l'arbitrage présente un grand intérêt pour la tierce partie; d) la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt public.

7. Le tribunal veillera à ce que: a) aucun mémoire présenté par une tierce partie ne vienne perturber la procédure; b) aucun mémoire présenté par une tierce partie n'impose inutilement un fardeau ou ne cause injustement un préjudice à l'une ou l'autre des parties contestantes.

8. Le tribunal décidera s'il convient d'autoriser une tierce partie à présenter un mémoire. S'il autorise la présentation d'un mémoire par une tierce partie, le tribunal fixera une date appropriée jusqu'à laquelle les parties contestantes pourront répondre par écrit au mémoire présenté par une tierce partie. À cette date, une tierce Partie de l'ALENA pourra, conformément à l'article 1128, aborder toute question d'interprétation de l'Accord traitée dans le mémoire écrit.

9. L'autorisation de présenter un mémoire accordée à une tierce partie n'oblige pas le tribunal à traiter du mémoire à un point quelconque de la procédure. Cette autorisation ne confère pas non plus le droit à la tierce partie de présenter d'autres mémoires dans le cadre de la procédure. [...]"

27. Le projet d'accord type norvégien sur les investissements contient des dispositions spécifiques sur l'intervention de tiers. Le paragraphe 3 de l'article 18 prévoit ce qui suit: "Le Tribunal a le pouvoir d'accepter et d'examiner des mémoires d'*amicus curiae* soumis par une personne ou entité non partie au litige s'il a établi que ces mémoires touchent directement les questions de fait ou de droit à l'examen. Il veille à ce que les parties au litige, ainsi que l'autre partie, puissent soumettre des commentaires sur les observations écrites d'*amicus curiae*." En outre, le paragraphe 4 de l'article 18 dispose que "[...] le Tribunal rend compte, dans son rapport, des conclusions de l'autre partie et des *amici curiae*."

## 5. Audiences

### i) Publicité des audiences

28. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si les audiences devraient être ouvertes au public (A/CN.9/712, par. 52). Ce point a recueilli des appuis et suscité des réserves. Il a été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme sur la transparence devrait disposer que les audiences se tiennent en public sauf convention contraire des parties (A/CN.9/712, par. 53 à 55). En revanche, des réserves à caractère général ont été formulées à l'égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l'arbitrage, qui,

a-t-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l'accès de tiers aux audiences. Il a été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités soulèverait souvent des questions à caractère politique et que la publicité des audiences soumettrait probablement l'État participant à une pression accrue. La participation du grand public risquait donc de ne pas faciliter le règlement du différend mais de le compromettre (A/CN.9/712, par. 57).

29. Les dispositions relatives au règlement des litiges contenues dans les traités d'investissement favorisant la transparence prévoient que les audiences sont ouvertes au public, sous réserve de la protection des informations confidentielles. Les audiences peuvent être retransmises en ligne ou par d'autres moyens ne nécessitant pas nécessairement que le public soit physiquement présent dans la salle d'audience. Les dispositions logistiques sont généralement laissées à la décision du tribunal arbitral, en consultation avec les parties au litige. On trouvera des exemples de telles dispositions aux paragraphes 23 à 28 du document A/CN.9/WG.II/WP.160.

30. L'article 32-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI régit comme suit la présence de tiers aux audiences: "*Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées.*"

ii) *Transcriptions des audiences*

31. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement convenu que la décision concernant les transcriptions des audiences dépendrait de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences (A/CN.9/712, par. 58). Le Groupe de travail a été informé qu'en ce qui concerne les arbitrages régis par le Règlement du CIRDI, la décision de tenir des audiences publiques était laissée au tribunal arbitral à moins que l'une ou l'autre des parties ne s'y oppose. En revanche, le consentement des parties était nécessaire pour rendre les transcriptions accessibles au public. Il a été dit en outre que la publication des transcriptions était une question généralement laissée à l'État défendeur, au moins dans les affaires régies par l'ALENA, et que le CIRDI n'avait à ce jour publié aucune transcription sur son site Web (A/CN.9/712, par. 59).

## 6. Limites possibles aux règles sur la transparence

i) *Principes*

32. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail a examiné les limites possibles à la transparence. Plusieurs catégories d'exceptions ou limites possibles à la transparence ont été mentionnées: protection des informations confidentielles et sensibles, protection de l'intégrité du processus arbitral et nécessité de veiller à ce que la procédure arbitrale soit gérable (A/CN.9/712, par. 67 à 72).

– *protection des informations confidentielles et sensibles*

33. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, la nécessité de protéger les informations confidentielles et sensibles a été largement reconnue, tout comme

celle de protéger la procédure de toute pression extérieure sur les parties ou le tribunal arbitral (voir, ci-dessous, par. 36 à 40). Étant donné que la transparence et la confidentialité peuvent toutes deux être considérées comme des intérêts légitimes, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de trouver un juste équilibre entre les deux. D'une manière générale, il a été dit que les exceptions à la transparence destinées à protéger des informations confidentielles et sensibles ne devraient pas être importantes au point d'affaiblir les règles principales sur la transparence; ces exceptions devraient en outre être assorties de précisions et d'orientations afin d'éviter tout différend entre les parties sur ce point (A/CN.9/712, par. 70).

*– protection de l'intégrité du processus arbitral*

34. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral dans le cadre du débat sur la transparence. En outre, la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale peut être considérée comme un moyen de contribuer à la dépolitisation des différends relatifs aux investissements.

*– bonne gestion de la procédure arbitrale*

35. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été dit que la question générale de la gestion de l'instance était importante et devrait être examinée plus avant (A/CN.9/712, par. 72). Les règles sur la transparence ne devraient pas engendrer de retards, de coûts supplémentaires ni de charge injustifiée dans la procédure arbitrale et un juste équilibre devrait être trouvé entre l'intérêt du public et la bonne gestion de la procédure arbitrale.

*ii) Définition des informations confidentielles et sensibles*

36. Les clauses des accords d'investissement relatives au règlement des litiges et traitant de l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences prévoient généralement que les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont accessibles au public, sauf convention contraire des parties au litige, sous réserve de la suppression des informations confidentielles et sensibles. On désigne habituellement par ce terme les informations qui ne sont généralement pas connues du public ou auxquelles il n'a généralement pas accès, et dont la divulgation causerait ou risquerait de causer un préjudice à un intérêt essentiel d'un particulier ou d'une entité, ou aux intérêts d'une partie, ou constituerait une atteinte à la vie privée (voir A/CN.9/WG.II/WP. 160, par. 13 à 22). À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, l'avis a été exprimé que toute disposition sur la question devrait être rédigée de manière générique, ce qui éviterait de devoir envisager toutes les circonstances possibles et laisserait au contraire un grand pouvoir d'appréciation au tribunal arbitral (A/CN.9/712, par.69).

37. Il a été dit qu'un autre modèle contenait des indications utiles pour les arbitrages entre investisseurs et États: les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010), dont les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 sur la recevabilité et la valeur probante des preuves contenaient des dispositions sur la confidentialité (A/CN.9/712, par. 68). Ces dispositions se lisent comme suit: "3. *Lorsque le Tribunal arbitral apprécie les questions de confidentialité, de secret professionnel ou d'éthique au sens de l'Article 9.2 b)*

*ci-dessus, et dans la mesure où cela est compatible avec toutes règles impératives ou d'éthique qu'il estime applicables, il peut prendre en compte: a) toute nécessité de protéger la confidentialité d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le but de fournir ou d'obtenir un conseil ou un avis juridique; b) toute nécessité de protéger la confidentialité d'un Document ayant été créé, ou d'une déclaration ou communication orale ayant été faite, dans le contexte de négociations en vue de parvenir à un règlement amiable; c) les attentes des Parties et de leurs conseils au moment où la cause de confidentialité ou de secret professionnel est apparue; d) toute renonciation possible à la confidentialité ou au secret professionnel, que ce soit par consentement, divulgation antérieure, utilisation effective du Document ou de la déclaration, communication orale ou avis y figurant, ou autrement; et e) la nécessité de maintenir l'égalité entre les Parties et le caractère équitable de la procédure, en particulier lorsque les Parties sont soumises à des règles d'éthique différentes ou relèvent de systèmes juridiques différents. 4. Le Tribunal arbitral peut, s'il l'estime approprié, prendre les mesures nécessaires afin d'assurer une protection adéquate de la confidentialité des preuves devant être produites ou prises en compte."*

iii) *Personnes déterminant quelles informations sont confidentielles et sensibles*

38. La tâche de déterminer quelles informations sont confidentielles et sensibles pourrait être confiée au tribunal arbitral ou aux parties (A/CN.9/712, par. 69). Les dispositions des traités d'investissement semblent indiquer que d'habitude les parties sont chargées d'identifier les informations confidentielles et sensibles et que, si une décision doit être prise à ce propos, le tribunal arbitral a le pouvoir de la prendre.

iv) *Sanction*

39. La question des conditions d'application des limites et exceptions aux règles sur la transparence et celle de savoir si une sanction devrait être prévue au cas où une partie ne respecterait pas ses obligations de confidentialité devraient être examinées plus avant. Une sanction possible mentionnée à la cinquante-troisième session du Groupe de travail concernait les coûts (A/CN.9/712, para. 71). Le paragraphe 7 de l'article 9 des Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (2010) a été cité comme un exemple de disposition prévoyant une telle sanction. Il dispose ce qui suit: "*Si le Tribunal arbitral estime qu'une Partie n'a pas agi de bonne foi dans l'administration de la preuve, il peut, sans préjudice de toute autre mesure permise par les présentes Règles, tenir compte de ce manquement dans l'allocation des coûts de l'arbitrage, y compris pour ce qui concerne les coûts engagés relativement à l'administration de la preuve.*"

v) *Exemple de procédure*

40. L'article 29.4 du Traité type des États-Unis d'Amérique sur la promotion et la protection réciproque de l'investissement dispose ce qui suit:

*"Toute information confidentielle qui est soumise au tribunal doit être protégée selon les procédures suivantes:*

a) Conformément au sous-alinéa d), aucune des parties au différend ni le tribunal ne peuvent divulguer à une tierce partie ou au public une information confidentielle fournie par une partie au différend qui a clairement désigné comme telle cette information conformément au sous-alinéa b);

b) La partie au différend qui estime qu'une information donnée est confidentielle la présentera clairement comme telle lorsqu'elle la communiquera au tribunal;

c) La partie au différend qui présente un document contenant une information qu'elle estime confidentielle doit également présenter un document dans lequel cette information confidentielle a été supprimée. Seule cette version sera remise aux tierces parties et diffusée conformément au paragraphe 1; et

d) Le tribunal peut s'opposer à ce qu'une information présentée comme confidentielle soit considérée comme telle. S'il détermine que l'information n'a pas été correctement qualifiée, la partie au différend qui l'a présentée peut i) retirer tout ou partie de la communication contenant cette information ou ii) accepter de représenter l'intégralité des documents corrigés en conformité avec la qualification établie par le tribunal et avec le sous-alinéa c). Dans chaque cas, l'autre partie au différend pourra au besoin présenter des documents entièrement nouveaux dans lesquels l'information confidentielle a été supprimée, que ce soit après retrait de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en i) ci-dessus, ou après attribution d'une nouvelle qualification de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en ii) ci-dessus."

## 7. Lieu de conservation des informations publiées ("registre")

41. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été proposé que les informations soient rendues publiques par les parties – l'État d'accueil ou l'investisseur – ou dans un registre neutre (A/CN.9/712, par. 37 et 73 à 75). Les travaux en cours sur la transparence visent à assurer que les informations concernant des affaires d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités sont portées à la connaissance du public intéressé. Une manière souple pourrait être de laisser à l'État d'accueil le soin de publier ces informations. Si une institution d'arbitrage intervient dans la gestion de l'affaire, elle pourrait aussi se charger de la publication.

42. Si le Groupe de travail décide qu'il convient de créer un registre neutre, il voudra peut-être définir son rôle et indiquer s'il prendrait part aux décisions concernant les limites à la transparence. Dans ce cas, il faudrait préciser plusieurs points, notamment ce qui constitue un arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités aux fins de l'applicabilité des dispositions sur la publication de documents par un registre neutre, le rôle exact que jouerait un tel registre et s'il serait créé au sein du Bureau des affaires juridiques de l'ONU ou dans une institution d'arbitrage existante, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le CIRDI s'étant déclarés disposés à assurer ce service.

## B. Propositions

43. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que si la norme juridique sur la transparence est adoptée sous la forme de lignes directrices (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 15), elle pourra comporter des explications plus détaillées et aussi proposer des variantes aux parties et aux tribunaux arbitraux. Si elle prend la forme de clauses types ou de règles autonomes (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 13, 14 et 16 à 21) s'imposant aux parties dès qu'elles s'appliquent, les règles doivent être claires quant aux droits et obligations qu'elles créent.

### 1. Champ d'application

44. La norme juridique sur la transparence devra peut-être comporter une première partie concernant son champ d'application. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer comment fixer les critères d'application de la norme juridique sur la transparence, si celle-ci devrait s'appliquer uniquement à l'arbitrage relevant de traités d'investissement ou également aux différents relevant de contrats entre États et investisseurs, et s'il convient de préciser le terme "traité d'investissement". Il voudra peut-être noter les difficultés et le manque de souplesse que pourrait entraîner une telle délimitation du champ d'application. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si cette question devrait également comporter une disposition sur l'interaction entre la norme juridique sur la transparence et les règles d'arbitrage applicables (voir A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 46 et 47).

### 2. Ouverture de la procédure arbitrale<sup>4</sup>

45. Proposition: *"Les informations concernant le nom des parties, leurs nationalités et le secteur économique en cause sont rendues publiques une fois [la notification d'arbitrage reçue par le défendeur] [formé le tribunal arbitral]."*

### 3. Publication des documents<sup>5</sup>

46. Option 1, variante 1: *"Tous les documents soumis au tribunal arbitral ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public [sauf convention contraire de l'ensemble des parties], sous réserve de la section 6 ci-après".* Variante 2: *"Les documents suivants sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; les conclusions présentées au tribunal par une partie au litige et toute conclusion écrite d'une partie non contestante ou d'un amicus curiae; les procès-verbaux ou transcriptions des audiences du tribunal, le cas échéant; et les ordonnances, sentences et décisions du tribunal [sauf convention contraire de l'ensemble des parties], sous réserve de la section 6 ci-après."*

---

<sup>4</sup> La proposition concerne l'option où seules des informations préliminaires (et non la notification d'arbitrage) sont divulguées au début de la procédure, soit avant soit après la constitution du tribunal arbitral. La publication de la notification d'arbitrage est examinée à la section sur la publication des documents (voir par. 46 à 48).

<sup>5</sup> Les propositions suivantes visent à refléter les diverses suggestions du Groupe de travail concernant la publication des documents (voir par. 8 à 16), notamment la question de la publication de la notification d'arbitrage et de la sentence arbitrale.

47. Option 2: *“Le tribunal arbitral décide en consultation avec les parties quels documents doivent être mis à la disposition du public”*.

48. Proposition concernant la question pratique de la langue de publication des documents: *“Les documents sont publiés dans la ou les langues dans lesquelles ils ont été mis à la disposition du tribunal arbitral”*.

#### **4. Conclusions présentées par des tiers (*amici curiae*) durant une procédure d'arbitrage**

49. Le Groupe de travail voudra peut-être préciser quel degré de précision il souhaite accorder à cette question dans une norme juridique sur la transparence, sur la base des exemples fournis ci-dessus aux paragraphes 25 à 27.

#### **5. Audiences et transcriptions d'audiences**

50. Proposition: *“En cas de procédure orale, le tribunal tient des audiences publiques [sauf objection de l'une ou l'autre des parties] et arrête en consultation avec les parties les dispositions logistiques appropriées. Les transcriptions des audiences sont mises à la dispositions du public, sous réserve de la section 6 ci-après”*.

#### **6. Limites possibles aux règles sur la transparence**

51. Une section traitant spécifiquement des limites à la publication des documents et à la publicité des audiences pourrait être prévue dans une norme juridique sur la transparence. Ces limites pourraient être traitées de manière générique ou détaillée et le Groupe de travail voudra peut-être déterminer quel modèle serait le plus approprié (voir ci-dessus, par. 14 et 32 à 40).

#### **7. Lieu de conservation des informations publiées**

52. Proposition: *[Les informations] [Les documents] mentionnés aux sections 2 et 3 sont mis à disposition par [à préciser] par l'intermédiaire de [à préciser]*.