



Assemblée générale

Distr. générale
25 février 2011
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-quatrième session
Vienne, 27 juin-15 juillet 2011

Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-quatrième session (New York, 7-11 février 2011)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	3
II. Organisation de la session	5-12	4
III. Délibérations et décisions	13	6
IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités	14-151	6
A. Remarques générales	14-17	6
B. Formes et champ d'application possibles d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités futurs en matière d'investissement	18-32	7
1. Consentement exprès ou présomption d'application dans le contexte des traités futurs en matière d'investissement (clause "d'acceptation expresse" ou clause "d'exclusion expresse").	19-22	8
2. Principes directeurs ou règles autonomes sur la transparence	23-26	8
3. Norme juridique sur la transparence s'appliquant en tant que supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou s'appliquant plus généralement à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable	27-32	9
C. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants	33-46	11
1. Informations générales sur les traités d'investissement existants	33-35	11



2.	Application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants	36-41	11
3.	Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants	42-46	13
D.	Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage	47-55	14
1.	Possibilité pour l'investisseur de refuser la norme juridique sur la transparence	48-53	14
2.	Accord visant à s'écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu	54-55	15
E.	Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence	56-151	15
1	Publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale	59-74	16
2.	Documents à publier	75-92	19
	Option 1, variante 1	80-82	20
	Option 1, variante 2	83-84	20
	Option 2	85-92	21
3.	Publication des sentences arbitrales	93-100	22
4.	Audiences et transcriptions d'audiences.	101-115	23
	Publicité des audiences	101-114	23
	Transcriptions des audiences.	115	26
5.	Observations présentées par des tiers (<i>amici curiae</i>) dans une procédure arbitrale.	116-128	26
	Critères de restriction concernant les mémoires d' <i>amicus curiae</i>	117-123	26
	Intervention d'un ou de plusieurs États non contestants	124	27
	Décisions concernant les mémoires d' <i>amicus curiae</i>	125	28
	Niveau d'accès aux documents	126-128	28
6.	Limites possibles aux règles sur la transparence	129-147	29
	Protection des informations confidentielles et sensibles.	130-135	29
	Protection de l'intégrité du processus arbitral	136-143	30
	Bonne gestion de la procédure arbitrale	144-147	31
7.	Lieu de conservation des informations publiées ("registre")	148-151	31
V.	Questions diverses.	152-153	32

I. Introduction

1. La Commission a examiné la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008). À cette session, elle est convenue qu'il ne serait pour l'heure pas souhaitable d'inclure des dispositions concernant l'arbitrage fondé sur des traités dans le corps du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (le "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou le "Règlement") lui-même, et que tout examen de ce type d'arbitrage que le Groupe serait éventuellement amené à réaliser dans l'avenir ne devrait pas retarder la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique. Pour ce qui est du déroulement des travaux, elle est convenue que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités méritait d'être examinée dans l'avenir et devrait être traitée en priorité immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Une délégation a présenté des observations écrites à ce sujet (A/CN.9/662) et une déclaration a également été faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises. La Commission a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence était un objectif souhaitable dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et devrait être examinée dans l'avenir. En ce qui concerne la forme que le produit de ces travaux futurs pourrait prendre, elle a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (*ibid.*, par. 69), dont l'élaboration d'instruments comme des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou encore un règlement d'arbitrage séparé ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour décider de la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen, par le Groupe, de la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir au Secrétariat de nombreuses informations sur leur pratique en matière de transparence dans ce type d'arbitrage. On a insisté sur le fait que, lors de la composition des délégations qui assisteraient aux sessions du Groupe de travail consacrées à ce projet, les États membres et les observateurs devraient s'efforcer de réunir les meilleurs spécialistes du droit des traités et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités¹.

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), en ce qui concerne les travaux futurs dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session, que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17* (A/63/17), par. 314.

des traités serait examinée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet. Elle a été informée que, comme elle l'avait demandé à cette quarante et unième session, le Secrétariat avait transmis aux États un questionnaire sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail². Ces réponses sont reproduites dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159 et ses additifs.

3. À la quarante-troisième session de la Commission, on a appuyé l'avis selon lequel le Groupe de travail pourrait également envisager d'entreprendre des travaux sur les questions qui se posaient plus généralement lors des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires. Selon l'avis qui a prévalu, et conformément à ce dont la Commission était précédemment convenue, il était trop tôt pour décider de la forme et de la portée précises d'un futur instrument sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et le mandat du Groupe de travail devrait se limiter à l'élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans ce type d'arbitrage. Toutefois, il a été convenu que, dans le cadre de ce mandat, le Groupe de travail pourrait identifier d'autres questions concernant ce type d'arbitrage sur lesquelles la Commission devrait peut être également entreprendre des travaux. Il a été convenu que toute question ainsi identifiée pourrait être portée à l'attention de la Commission à sa prochaine session, en 2011³.

4. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.161, aux paragraphes 5 à 12, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-quatrième session à New York, du 7 au 11 février 2011. Ont participé à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail ci-après⁴: Algérie (2016), Allemagne (2013), Argentine (2016), Arménie (2013), Australie (2016), Autriche (2016), Bélarus (2011), Bénin (2013), Brésil (2016), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2016), Égypte (2013), El Salvador (2013), Espagne (2016), États-Unis d'Amérique (2016), Fédération de Russie (2013), France (2013), Inde (2016), Iran (République islamique d') (2016), Israël (2016), Italie (2016), Japon (2013), Kenya (2016), Malaisie (2013), Maroc (2013), Maurice (2016), Mexique (2013), Norvège (2013), Ouganda (2016), Pakistan (2016), Paraguay (2016), Philippines (2016), Pologne (2012), République de Corée (2013), République tchèque (2013), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Singapour (2013),

² Ibid. *soixante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/65/17), par. 190.

³ Ibid., par. 191.

⁴ Les six États membres suivants, élus par l'Assemblée générale le 3 novembre 2009, ont décidé de siéger en alternance jusqu'en 2016, comme suit: Bélarus (2010-2011, 2013-2016), République tchèque (2010-2013, 2015-2016), Pologne (2010-2012, 2014-2016), Ukraine (2010-2014), Géorgie (2011-2015) et Croatie (2012-2016).

Thaïlande (2016), Turquie (2016), Ukraine (2014) et Venezuela (République bolivarienne du) (2016).

6. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Angola, Belgique, Cuba, Équateur, Finlande, Indonésie, Iraq, Koweït, Madagascar, Myanmar, Panama, Pays-Bas, Pérou, République arabe syrienne, République démocratique du Congo, Sierra Leone, Slovaquie, Suisse et Zambie.

7. Y ont aussi pris part des observateurs des organisations suivantes du système des Nations Unies: Banque mondiale, Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et Haut-Commissariat aux droits de l'homme (HCDH).

8. Ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), Secrétariat de la Charte de l'énergie et Union européenne (UE).

9. Ont en outre participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association américaine de droit international privé (ASADIP), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique (AFRICARBI), Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité français de l'arbitrage (CFA), Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil des Barreaux européens (CCBE), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Fédération interaméricaine des avocats (FIA), Forum for International Conciliation and Arbitration C.I.C. (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (SCC), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), International Council For Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), International Insolvency Institute (III), International Law Institute (ILI), Moot Alumni Association (MAA), School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres (QMUL) et Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC).

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

Président: M. Salim Moollan (Maurice)

Rapporteur: M. Shane Spelliscy (Canada)

11. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.161); b) note du Secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.162 et son additif); c) notes du

Secrétariat reproduisant i) les 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) (A/CN.9/WG.II/WP.163); et ii) des propositions soumises par des gouvernements et des organisations internationales (A/CN.9/WG.II/WP.164).

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

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

13. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le Secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.162 et son additif; A/CN.9/WG.II/WP.163; et A/CN.9/WG.II/WP.164). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Il est également rendu compte de ses délibérations et décisions sur le point 5 de l'ordre du jour, intitulé "Questions diverses", au chapitre V.

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

A. Remarques générales

14. Des remarques générales ont été faites concernant le contexte de politique générale dans lequel se posait la question de la transparence en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On est généralement convenu qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui différait de l'arbitrage purement privé où la confidentialité était une caractéristique essentielle. Conformément aux principes de bonne gouvernance, les activités des États étaient soumises à des exigences fondamentales de transparence et d'accès du public. On a fait remarquer que la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités n'était qu'un aspect seulement de la notion plus large de transparence dans le traitement de l'investissement. En dehors de ce type d'arbitrage, la transparence était essentielle, a-t-on dit, pour i) la conduite des procédures administratives des États relatives aux investissements, ii) l'élaboration et l'application de législations et réglementations nationales sur les investissements, iii) la promotion des investissements et les efforts

déployés par les États pour attirer des investissements propices au développement, et iv) les relations des États avec les investisseurs.

15. Le Groupe de travail a entendu une déclaration faite au nom du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, selon laquelle il était essentiel d'assurer une transparence adéquate dans les procédures d'arbitrage avec les investisseurs lorsque les droits de l'homme, notamment l'accès à l'eau potable, les politiques en faveur des groupes désavantagés et la protection des droits des populations autochtones, étaient en jeu si l'on voulait que le public soit informé des procédures susceptibles de compromettre ses intérêts et, partant, son bien-être. La déclaration exprimait également l'espoir que des règles appropriées sur la transparence ne s'appliqueraient pas seulement aux litiges survenant dans le cadre de futurs traités d'investissement, mais aussi aux traités existants faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, afin d'éviter un système à deux vitesses. Il a en outre été fait remarquer que, dans des circonstances limitées et bien définies, la transparence pourrait admettre des exceptions légitimes, mais qu'il faudrait veiller surtout à ce que toute limitation de la transparence n'aille pas à l'encontre de son propre objectif en ce qui concerne la bonne gouvernance.

16. L'avis a été exprimé que le droit d'accès à l'information faisait partie intégrante de la liberté d'expression dans le droit international des droits de l'homme. Il a également été dit que le besoin d'accéder aux informations avait été reconnu. Les décisions rendues dans les affaires *Claude Reyes c. Chili*⁵ et *Társaság c. Hongrie*⁶ ont été citées pour illustrer cette reconnaissance. Il a été dit dans ce contexte que la norme juridique sur la transparence devait donner pleinement effet au caractère obligatoire des droits humains.

17. Le Groupe de travail a pris note des déclarations faites concernant l'incidence des droits de l'homme sur ses travaux en cours et il est convenu d'examiner plus avant cette question à un stade ultérieur.

B. Formes et champ d'application possibles d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités futurs en matière d'investissement

18. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait examiné de manière générale le caractère que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et les diverses formes qu'elle pourrait prendre (A/CN.9/712, par. 22 à 30 et par. 76 à 100), et décidé que toutes les suggestions formulées à cet égard exigeraient une analyse juridique plus approfondie (A/CN.9/712, par. 94).

⁵ *Claude Reyes et autres c. Chili*, Cour interaméricaine des droits de l'homme (ser. C) n° 151 (19 septembre 2006).

⁶ *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, req. n° 37374/05, Cour européenne des droits de l'homme (14 avril 2009).

1. Consentement exprès ou présomption d'application dans le contexte des traités futurs en matière d'investissement (clause "d'acceptation expresse" ou clause "d'exclusion expresse")

19. Le Groupe de travail a repris ses discussions concernant le champ d'application d'une norme juridique sur la transparence dans le but de cerner les considérations de principe que soulevaient les diverses options débattues lors de sa cinquante-troisième session. Il était généralement admis que la question essentielle pour l'application de la norme en question à de futurs traités d'investissement était celle du consentement. Il fallait, dès lors, principalement examiner comment serait exprimé un tel consentement. Dans ce contexte, celui-ci pourrait être exprimé de deux manières différentes. La première solution consisterait à indiquer dans la norme juridique sur la transparence que celle-ci est présumée s'appliquer aux traités futurs faisant référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sauf si les États décident expressément de l'exclure (clause "d'exclusion expresse"). La seconde solution serait d'exiger des États qu'ils consentent explicitement à l'application de la norme (clause "d'acceptation expresse").

20. En ce qui concerne la présomption d'application de la norme juridique sur la transparence (clause "d'exclusion expresse"), cette solution, a-t-on dit, serait semblable à celle adoptée au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. Elle assurerait une plus large application de la norme et permettrait ainsi au Groupe de travail de mieux s'acquitter du mandat que lui avait confié la Commission de promouvoir la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a examiné tout particulièrement dans quelle mesure cette solution exigerait de modifier le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010. Un certain nombre de délégations qui appuyaient cette solution ont estimé que deux questions se posaient à cet égard: d'un point de vue juridique, il était difficile de dire si cette modification était nécessaire; d'un point de vue pratique, en revanche, celle-ci permettrait d'apporter de la clarté (voir ci-après, par. 31).

21. Il a été dit, en faveur de l'application de la norme sous condition du consentement exprès des États (clause "d'acceptation expresse"), que cette solution permettrait d'avoir la certitude que les États ont fait le choix conscient d'appliquer cette norme, l'idée étant qu'ils devraient être informés des règles qui seraient applicables.

22. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait qu'il discutait de la clause d'acceptation expresse et de la clause d'exclusion expresse uniquement à titre préliminaire, pour mettre en évidence les considérations de principe que soulevaient ces deux options, et qu'il n'avait pas l'intention de prendre de décision en faveur de l'une ou l'autre à la session en cours. Il devrait revenir sur la question une fois que la teneur de la norme juridique sur la transparence serait plus claire.

2. Principes directeurs ou règles autonomes sur la transparence

23. Le Groupe de travail a examiné les formes que pourrait revêtir une norme juridique sur la transparence, à partir des options présentées aux paragraphes 7 à 21 du document A/CN.9/WG.II/WP.162. Il s'est demandé plus particulièrement si la norme devrait prendre la forme de principes directeurs ou de règles autonomes.

24. Les arguments avancés dans le document A/CN.9/WG.II/WP.164 ont été mentionnés à l'appui de l'élaboration de principes directeurs. On a insisté sur le fait que des principes directeurs seraient rédigés dans un style différent de celui des règles autonomes, car ils seraient plus discursifs et détaillés, en fournissant des explications aux parties, et pourraient proposer à ces dernières différentes options au choix. Les principes directeurs pourraient aussi s'appliquer si les États y consentaient. En ce sens, la solution des principes directeurs serait très proche de celle des règles autonomes sur la transparence qui s'appliqueraient sous condition du consentement exprès des parties (solution de la clause d'acceptation expresse, voir ci-dessus par. 21). On a cité des exemples de textes rédigés sous la forme de règles ou de principes qui servaient toutefois de principes directeurs applicables lorsque les parties y consentaient, à savoir les Règles de l'IBA sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international (2004).

25. L'avis a été exprimé que des normes de transparence exigeantes devraient être établies dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités car la transparence contribuait à promouvoir la primauté du droit, la bonne gouvernance, le respect des garanties procédurales et le droit à l'information. Elle était aussi considérée comme une mesure importante pour faire face aux difficultés croissantes concernant la légitimité du droit international de l'investissement et de l'arbitrage en matière d'investissements internationaux. Il a été dit que la norme juridique sur la transparence devrait prendre la forme de règles procédurales détaillées, plutôt que de principes directeurs discursifs, puisque de tels principes n'offriraient pas la sécurité recherchée par l'objectif d'harmonisation du droit commercial international poursuivi par la CNUDCI.

26. Dans un esprit de coopération, les délégations qui avaient jusque-là exprimé une nette préférence pour des principes directeurs ont accepté d'aborder le travail de rédaction en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires au lieu de principes directeurs plus souples et plus discursifs. Cette décision a été prise étant bien entendu que leur préférence initiale pour les principes directeurs était motivée par le souhait de voir la norme s'appliquer uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse") (voir ci-après, par. 58).

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

27. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir si des règles autonomes sur la transparence devraient s'appliquer à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités quel que soit le règlement d'arbitrage applicable (voir document A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 20 et 21).

28. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008), il avait décidé d'achever d'abord la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Il a été dit que l'examen de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités avait été reporté jusqu'à ce que cette révision soit achevée, étant entendu que l'examen de ce sujet était étroitement lié au Règlement. Il a été dit que le Groupe de travail devrait par

conséquent envisager d'abord l'élaboration de règles sur la transparence dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, puis une éventuelle application plus large de cette norme juridique. Il a également été dit que, même si elle était rendue applicable dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la norme juridique sur la transparence constituerait un modèle pour d'autres règlements d'arbitrage, que les parties à un différend pourraient adopter lors de procédures arbitrales particulières non régies par le Règlement de la CNUDCI, voire que les États pourraient adopter dans leurs traités d'investissement.

29. Il a été répondu à cela que la nécessité d'une procédure transparente s'appliquerait de manière générale à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et ne se limiterait pas à l'arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Tous les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités n'étant pas régis par le Règlement de la CNUDCI, le Groupe de travail devait envisager d'élaborer une norme juridique d'application générale sur la transparence. Il a été dit en outre que le mandat de la CNUDCI⁷ était d'encourager l'harmonisation du droit commercial international et qu'en vertu de ce mandat, elle devait s'attacher à créer un cadre juridique unifié pour le règlement juste et efficace des litiges survenant dans les relations commerciales internationales.

30. À la question de savoir si une application générale de la norme juridique sur la transparence à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait possible, il a été répondu que si un traité contenait des règles sur la transparence, les institutions arbitrales les appliqueraient même si leurs propres règles contenaient des dispositions différentes. Il a également été dit que le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) n'avait rencontré jusque-là aucune difficulté pour appliquer les règles spécifiques sur la transparence contenues dans des traités en même temps que ses propres règles. À titre d'exemple, il a été dit que l'arbitrage dans le cadre du Traité de libre-échange entre les États-Unis, les pays d'Amérique centrale et la République dominicaine (Traité CAFTA) prévoyait la publicité obligatoire des audiences et que ce type d'exigence particulière contenue dans des traités avait fonctionné de pair avec les règlements d'arbitrage applicables.

31. Il a été demandé si le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 devrait être modifié pour mentionner toute norme juridique sur la transparence qui pourrait lui être ajoutée (voir ci-dessus, par. 20). Il a été dit qu'une modification de l'article premier relatif au champ d'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour mentionner la norme juridique sur la transparence pourrait apporter de la clarté. Selon d'autres avis, le fait de proposer trois versions différentes du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (celle de 1976, celle de 2010 et une version révisée tenant compte de la question particulière de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités) pourrait prêter à confusion. À l'issue de la discussion, il a été décidé de reporter l'examen de la question à un stade ultérieur selon les décisions qui seraient prises sur la manière dont les parties exprimeraient leur consentement, et selon que la norme juridique sur la transparence serait conçue comme un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou plus généralement comme une norme d'application générale couvrant tous les cas d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

⁷ Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale du 17 décembre 1966.

32. Le Groupe de travail est convenu que les questions portant sur le champ d'application de la norme juridique sur la transparence seraient examinées ultérieurement.

C. Applicabilité d'une norme juridique sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants

1. Informations générales sur les traités d'investissement existants

33. Le Groupe de travail s'est vu présenter les données et tendances relatives à la place du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans les traités d'investissement et à son utilisation dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Selon une étude effectuée en 2010 par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), 60 % des 100 traités d'investissement examinés faisaient référence à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. L'examen de 42 traités d'investissement types existants effectué en janvier 2011 par la CNUCED a révélé que 76 % d'entre eux renvoyaient au Règlement de la CNUDCI. Il a été indiqué que certains États renvoyaient au Règlement dans leur législation ou leurs contrats d'investissement et que, par exemple, un État incluait dans ses nouveaux contrats d'hydrocarbures la possibilité de recourir à un arbitrage ad hoc régi par le Règlement de la CNUDCI.

34. Pour ce qui est du choix du règlement d'arbitrage par l'investisseur en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, le Groupe de travail a appris qu'au cours des 10 dernières années, le CIRDI avait été l'instance la plus utilisée (62 % des cas en moyenne), devant le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (27,4 % des cas en moyenne). Rien n'indiquait que l'introduction de la transparence avait dissuadé les États de proposer un arbitrage CIRDI dans les traités internationaux d'investissement ou incité les investisseurs à refuser de telles propositions, puisque la part des cas soumis au CIRDI était restée constante durant cette période. Il a aussi été mentionné que l'absence de transparence ne semblait pas procurer d'avantage compétitif à l'un ou l'autre règlement d'arbitrage, que ce soit en termes d'offre dans les traités d'investissement ou de conduite de l'arbitrage.

35. S'agissant du contenu des dispositions sur la transparence figurant dans les traités d'investissement, le Groupe de travail a été informé que 47 % des traités conclus en 2009 contenaient des dispositions générales sur la transparence et 25 % des dispositions sur la transparence spécifiquement liées à l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Certains traités d'investissement comprenaient des dispositions "souples" sur la transparence s'inscrivant dans le cadre plus large des dispositions sur la promotion des investissements, alors que d'autres contenaient des dispositions juridiquement contraignantes pouvant exiger une importante réforme ou une politique proactive des parties concernées.

2. Application automatique d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants

36. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir dans quelle mesure la norme juridique sur la transparence pourrait être rendue applicable aux traités d'investissement existants, question sur laquelle il s'était déjà penché à sa cinquante-troisième session (A/CN.9/712, par. 85 à 100).

37. Différents avis ont été exprimés sur la question de savoir si la norme juridique sur la transparence pourrait s'appliquer automatiquement à l'arbitrage dans le cadre de traités d'investissement existants. Il a été souligné que l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence pourrait dépendre non seulement de la teneur du traité mais aussi de l'intention des parties à celui-ci. L'avis a été exprimé qu'une référence dans les traités au "Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" sans autre précision concernant la version visée pourrait être interprétée comme une "référence dynamique" englobant toutes les évolutions possibles du Règlement (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 30). On a exprimé la crainte qu'une application automatique de la norme juridique sur la transparence aux traités existants n'ait un effet rétroactif, interdit par le droit des traités. Selon un avis différent, le droit des traités n'interdisait pas la rétroactivité en soi, la subordonnant à l'intention des parties, mais dans tous les cas une référence dynamique posait la question de l'applicabilité et non de la rétroactivité au regard du droit des traités. Le Règlement du CIRDI et l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont été cités comme exemples de normes auxquelles une référence dynamique était possible en pratique. Il a été dit également qu'une référence dynamique concernant la norme juridique sur la transparence ne serait possible que si celle-ci prenait la forme d'un supplément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a en outre été déclaré que l'applicabilité de la norme juridique au moyen d'une référence dynamique supposerait aussi de régler la question soulevée par la présomption visée au paragraphe 2 de l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

38. Des préoccupations ont été exprimées quant à l'application automatique au moyen d'une référence dynamique. Il a été dit que la référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, lorsqu'elle était incluse dans un traité, devait être interprétée à la lumière du droit international public et que donc la Convention de Vienne sur le droit des traités ("Convention de Vienne") s'appliquait. À cet égard, il a été souligné que les différentes possibilités de rendre la norme juridique applicable aux traités d'investissement existants étaient énoncées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.162. Il a été dit que l'application de la norme juridique sur la transparence ne pourrait se faire sans le consentement des États parties au traité concerné et que la CNUDCI n'avait pas le pouvoir d'imposer aux États l'application de ses textes (A/CN.9/WG.II/WP. 162, par. 29). À cet égard, on a insisté sur le fait qu'un traité d'investissement était le résultat de négociations entre États reposant sur leur consentement.

39. À propos de la question de la "rétroactivité" ou de l'"applicabilité", il a été dit que l'élément déterminant était l'interprétation du traité et que toute tentative d'établir, de manière générale, une application automatique au moyen d'une référence dynamique ouvrirait la porte, dans des cas particuliers, à d'éventuelles contestations juridiques. Il a été dit également qu'une telle solution créerait la confusion et l'incertitude juridique et que le Groupe de travail devrait plutôt s'employer à rédiger un instrument qui serait adopté par les États et viserait à assurer que la norme juridique sur la transparence s'appliquerait aux traités d'investissement existants. Il a également été dit qu'une application automatique serait impossible si le traité d'investissement faisait explicitement référence à la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

40. Il a été dit en outre qu'il n'appartenait pas à la CNUDCI de déterminer si la norme juridique sur la transparence s'appliquerait aux traités existants ni de quelle manière. Il a aussi été souligné que l'application dépendrait du point de savoir si la norme juridique sur la transparence fonctionnerait sur la base d'un mécanisme d'acceptation expresse ou d'exclusion expresse (voir ci-dessus, par. 19 à 22).

41. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette question lorsqu'il examinerait si la norme juridique sur la transparence s'appliquerait sur la base d'une acceptation expresse ou d'une exclusion expresse, compte tenu des éléments suivants: i) si la solution de l'acceptation expresse était retenue, on pourrait rejeter l'argument selon lequel une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans un traité d'investissement existant impliquerait l'application de la nouvelle norme juridique sur la transparence; et ii) en revanche, si la solution de l'exclusion expresse était privilégiée, cet argument resterait possible mais on ne saurait alors pas avec certitude si cette norme serait applicable ou non.

3. Instruments possibles de la CNUDCI concernant l'application d'une norme juridique sur la transparence aux traités d'investissement existants

42. Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il devrait envisager de rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants au moyen d'un instrument contenant des déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 32 à 35), par lesquelles les États indiqueraient qu'ils considèrent que la référence à l'arbitrage figurant dans leur traité d'investissement inclut la norme juridique sur la transparence, ou d'une convention par laquelle ils pourraient exprimer leur consentement ou leur acceptation concernant l'application de cette norme à l'arbitrage fondé sur leurs traités existants et futurs (A/CN.9/WG.II/WP.162, par. 23 à 25). Avec une nouvelle convention, toutefois, la norme juridique sur la transparence ne pourrait s'appliquer qu'aux traités d'investissement entre États parties qui sont également parties à cette convention. Dans ce contexte, le Groupe de travail a aussi examiné la question de savoir si le Secrétariat devrait être chargé d'étudier plus avant les différentes possibilités et d'élaborer des propositions de textes qu'il examinerait à une session ultérieure.

43. Différents avis ont été exprimés quant à l'opportunité de préparer un instrument contenant des déclarations communes ou une convention pour rendre la norme juridique applicable aux traités existants. Il a été dit que les déclarations interprétatives communes portaient généralement sur les dispositions de fond d'un traité et qu'on pourrait mettre en doute la validité et la valeur d'un instrument, y compris d'une déclaration type faisant référence à l'interprétation de tout traité d'investissement.

44. Il a aussi été dit que l'élaboration d'un tel instrument serait prématurée et sortirait du cadre du mandat actuel du Groupe de travail. On s'est également inquiété du fait que de nombreux traités d'investissement existants contenaient des dispositions sur leur amendement, et que ces traités devaient être amendés conformément à ces dispositions et non par le biais d'un autre instrument. Il a encore été dit qu'il appartenait aux États de déterminer comment rendre la norme juridique applicable aux traités existants car c'était une question de droit international public. Il a été dit en outre que de tels travaux seraient prématurés tant

que la substance de la norme juridique n'avait pas été examinée et qu'à ce stade des délibérations le Groupe de travail n'était pas en mesure de fournir au Secrétariat les orientations adéquates. On a rappelé au Groupe de travail que, lors de ses délibérations de 2006 sur la Recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), il avait examiné le fond avant de se pencher sur l'applicabilité de l'interprétation.

45. Des avis ont été exprimés en faveur de l'idée d'examiner plus avant la possibilité d'élaborer un instrument qui, une fois adopté par les États, rendrait la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants. Il a été dit que les solutions consistant à rendre la norme juridique applicable aux traités existants au moyen de déclarations interprétatives communes en application de l'article 31-3 a) de la Convention de Vienne, d'un amendement ou d'une modification en application des articles 39 à 41 de ladite Convention, ou d'un accord ultérieur entre les États en application de l'article 30 de ladite Convention étaient intéressantes et possibles sur le plan pratique et devraient être étudiées plus avant. Il a aussi été dit qu'en vertu du droit international public, les États pouvaient amender ou modifier leurs traités existants et que les déclarations interprétatives communes étaient acceptées dans la pratique internationale. Selon un autre avis, en élaborant des propositions de textes pour une session ultérieure, le Secrétariat faciliterait les délibérations du Groupe de travail.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat d'examiner plus avant les possibilités de rendre la norme juridique sur la transparence applicable aux traités existants et d'élaborer des propositions de textes pour ces instruments, qu'il examinerait ultérieurement.

D. Relation entre l'État d'accueil et l'investisseur parties à l'arbitrage

47. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir i) si l'investisseur devrait se voir accorder, dans la norme juridique sur la transparence, la possibilité de rejeter une offre d'arbitrage transparent ou de ne l'accepter que partiellement, et ii) si les deux parties pourraient convenir de ne pas appliquer les règles sur la transparence une fois leur litige survenu.

1. Possibilité pour l'investisseur de refuser la norme juridique sur la transparence

48. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait examiné la question de savoir si l'investisseur devrait se voir accorder la possibilité de s'écarter de la norme juridique sur la transparence (A/CN.9/712, par. 30, 95 et 96).

49. À la session en cours, il a été dit que l'investisseur acceptait l'arbitrage aux conditions énoncées dans une offre d'arbitrage figurant dans le traité, et que cette offre ne pouvait pas être modifiée. Une fois l'offre acceptée, l'investisseur était lié par les conditions énoncées dans celle-ci.

50. Il a été souligné que la norme juridique ne devrait prévoir aucune disposition autorisant l'investisseur à modifier l'offre d'arbitrage transparent. Il a également été

dit que le fait de laisser à l'investisseur le dernier mot sur l'application de la norme juridique l'avantagerait indûment, réduirait la transparence et serait contraire au mandat de la Commission, à savoir améliorer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été rappelé que la norme juridique sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi la société civile, si bien qu'il n'appartenait pas à l'investisseur de se prononcer seul sur ce type de questions.

51. Toutefois, il a également été dit qu'il pourrait être souhaitable de prévoir la possibilité pour l'investisseur d'exprimer son avis sur l'offre d'arbitrage transparent de l'État d'accueil. À cet égard, on a expliqué qu'il fallait tenir compte de deux éléments distincts: d'une part, l'ensemble des règles sur la transparence et, d'autre part, le mécanisme déclenchant leur application. Selon que la norme juridique sur la transparence prévoirait un mécanisme d'acceptation expresse ou un mécanisme d'exclusion expresse, il reviendrait à l'État de formuler l'offre qu'il souhaiterait faire à l'investisseur.

52. En réponse à une préoccupation, il a été précisé que la protection des informations sensibles et confidentielles serait assurée par des limites que les règles sur la transparence devraient définir plus avant (voir par. 129 à 147 ci-dessous) (appelées "limites à la transparence énoncées à la section 6").

53. À l'issue de la discussion, un large consensus s'est dégagé au sein du Groupe de travail, selon lequel la norme juridique sur la transparence ne devrait pas inclure le droit pour l'investisseur de déroger à l'offre d'arbitrage transparent.

2. Accord visant à s'écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu

54. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question, formulée au paragraphe 53 du document A/CN.9/WG.II/WP.162, de savoir si les parties au litige pourraient s'écarter de la norme juridique sur la transparence (voir aussi A/CN.9/712, par. 97 et 98).

55. Le Groupe de travail a noté que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, contrairement à l'arbitrage commercial où la volonté des parties à l'arbitrage était déterminante, se faisait sur la base d'un traité entre États parties, ce qui limitait la possibilité des parties au litige de s'écarter de la voie tracée par ce dernier. Il a également été dit que les attentes des tiers qui devraient bénéficier de la norme juridique sur la transparence devaient être dûment prises en compte.

E. Contenu possible d'une norme juridique sur la transparence

56. 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 de la procédure arbitrale; documents à publier (tels que les conclusions, les ordonnances de procédure et les éléments de preuve); observations présentées par des tiers ("*amici curiae*") durant la procédure; publicité des audiences; publication des sentences arbitrales; exceptions possibles aux règles sur la transparence; et lieu de conservation des informations publiées ("registre") (A/CN.9/712, par. 31).

57. À sa session en cours, le Groupe de travail est convenu de reprendre ses discussions sur chacune des questions énumérées ci-dessus. Il a pris note du commentaire selon lequel la liste actuelle des questions susceptibles d'être traitées dans la norme juridique sur la transparence ne faisait apparemment pas référence à la procédure de nomination des arbitres dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a donc été proposé que le Groupe de travail examine si des normes particulières de transparence devraient être définies pour la nomination des arbitres, notamment lorsque cette dernière incombait à une autorité de nomination. Cette proposition n'a pas été appuyée (voir par. 153 ci-après).

58. Le Groupe de travail est convenu de passer à la définition du contenu des normes les plus exigeantes en matière de transparence, en partant du principe que la norme juridique sur la transparence serait élaborée sous la forme de règles claires, compte tenu de l'accord figurant au paragraphe 26 ci-dessus. Il a été dit qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le contenu de la norme juridique sur la transparence, et éventuellement de le restreindre, si le Groupe de travail optait par la suite pour la présomption d'application de la norme (solution fondée sur la clause d'exclusion expresse, voir par. 20 ci-dessus).

1. Publicité de l'ouverture de la procédure arbitrale

Moment de la publication et documents à publier

59. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, différents avis avaient été exprimés sur la question de savoir si l'existence d'une procédure arbitrale devrait être rendue publique une fois que la procédure était ouverte, ou au moment où le tribunal arbitral était constitué (A/CN.9/712, par. 34). Différents points de vue avaient été exprimés concernant les informations qu'il convenait de rendre publiques avant la constitution du tribunal arbitral, 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 avait été estimé que des informations préliminaires sur les parties impliquées, leur nationalité et le secteur économique concerné pourraient suffire (A/CN.9/712, par. 33).

60. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné en particulier si la notification d'arbitrage devrait être publiée et à quel moment. Il a été souligné que la décision sur ce point dépendrait de la question de savoir si la société civile devrait jouer un rôle actif à ce stade de la procédure.

61. Le Groupe de travail est généralement convenu que la notification d'arbitrage devrait être divulguée. Il a été dit que, comme la plupart des documents importants de la procédure seraient divulgués, la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification devraient également être publiées.

62. Les avis ont cependant divergé sur la question de savoir si la notification d'arbitrage devrait être publiée avant la constitution du tribunal arbitral, compte tenu en particulier du fait que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI était un règlement ad hoc et qu'il n'y avait aucune institution chargée de traiter les questions susceptibles de se poser avant la constitution du tribunal.

63. Des avis ont été exprimés selon lesquels la notification d'arbitrage, et plus généralement l'existence de la procédure arbitrale, devraient être rendues publiques une fois le tribunal arbitral constitué. Il a été dit, pour appuyer ce point de vue, que

le tribunal arbitral serait le mieux placé pour veiller à la question des informations confidentielles et sensibles pouvant figurer dans la notification d'arbitrage. La publication de la notification d'arbitrage à un stade ultérieur, a-t-on dit, permettrait également de protéger les parties à l'arbitrage contre d'éventuelles pressions de la société civile, s'agissant en particulier de la nomination des arbitres, dont on estimait qu'elle était un droit des parties au litige. Il a été signalé que l'État défendeur avait besoin de temps pour organiser sa défense et préparer sa réponse à la notification d'arbitrage. Afin de garantir l'équité, les détails du litige figurant dans la notification ne devraient être rendus publics que lorsque l'État défendeur aurait eu la possibilité de présenter sa propre position en réponse à la notification. Il a été dit que, après que la notification d'arbitrage avait été adressée et avant qu'il y soit répondu, il existait des possibilités de régler le litige qui seraient compromises une fois que la position des parties, telle qu'exprimée dans la notification et la réponse, serait publiée. Il a été répondu que les traités prévoyaient généralement un délai, avant l'ouverture de la procédure arbitrale, pendant lequel les parties pouvaient essayer de régler le litige à l'amiable.

64. Selon des points de vue opposés, la publication après la constitution du tribunal arbitral ne permettrait pas à la société civile d'être informée de l'ouverture de la procédure, ni d'exprimer son opinion au début de cette dernière et peut-être un avis sur la composition du tribunal. Il a été dit que la publication rapide de la notification d'arbitrage était le meilleur moyen de promouvoir la transparence. Suivant cette approche, la notification d'arbitrage, une fois remise, devrait être intégralement divulguée et il faudrait trouver des solutions possibles à la nécessité de protéger des informations sensibles et confidentielles. Un exemple de solution pratique à la question a été donné: lorsqu'un État était avisé qu'un investisseur engageait une procédure arbitrale, il demandait à ce dernier, avant de publier la notification d'arbitrage, d'examiner s'il souhaitait supprimer certaines informations. L'État défendeur décidait également si certaines informations devaient être éliminées. En cas de désaccord entre les parties sur les informations à supprimer, la version de la notification d'arbitrage la plus expurgée était publiée. Une procédure similaire pourrait être prévue dans la norme juridique sur la transparence, car cette approche n'avait pas soulevé de difficultés dans les États qui l'avaient adoptée. Il a été souligné que les pressions du public étaient inhérentes à la publication et à la transparence. Il a été proposé de prévoir dans les règles de transparence une procédure permettant la publication de la notification d'arbitrage sous réserve que les parties s'entendent sur les informations sensibles et confidentielles à supprimer. En cas de désaccord entre les parties sur lesdites informations, la version la plus expurgée de la notification d'arbitrage serait publiée. Une fois constitué, le tribunal arbitral pourrait déterminer, parmi les informations faisant l'objet du désaccord, celles qu'il faudrait publier et, au besoin, ordonner la publication d'une notification révisée.

65. Il a été souligné que la norme juridique à élaborer devait poser des règles claires universellement applicables et que, par conséquent, une procédure simple serait préférable. Il ne serait peut-être pas toujours facile de déterminer ce qui constituerait la version la plus expurgée d'une notification d'arbitrage dans l'exemple donné au paragraphe 64 ci-dessus. Il serait préférable, selon ce point de vue, que la notification d'arbitrage soit publiée après la constitution du tribunal arbitral, pour que ce dernier puisse aider à déterminer les informations

confidentielles et sensibles qui ne devraient pas être publiées. On a aussi reconnu, toutefois, la nécessité d'informer la société civile dès que s'ouvrirait la procédure.

66. Une solution de compromis a été proposée, qui consisterait à publier la notification d'arbitrage une fois le tribunal arbitral constitué et à publier également des informations sur l'existence de la procédure, sur le modèle des procédures du CIRDI, rapidement après la réception de la notification d'arbitrage. Par exemple, le paragraphe 1 de l'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI disposait 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".

67. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur une proposition figurant dans le paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était rédigée comme suit: "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]."

68. La proposition mentionnée au paragraphe 67 ci-dessus a recueilli un certain soutien, étant entendu que le premier passage entre crochets serait conservé et le second supprimé. Il a été dit que cette proposition prévoyait une procédure qui était conforme à celle actuellement suivie au CIRDI et qui, de ce fait, était déjà connue de nombreux États. Pour ce qui est de la rédaction, il a été suggéré de parler d'une "brève description de l'objet du litige" plutôt que du "secteur économique en cause" afin de fournir au public des informations plus précises.

69. Afin de prévoir une procédure permettant aux parties de publier la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral, on a proposé un autre texte qui pourrait être libellé comme suit: "Une fois qu'il a reçu la notification d'arbitrage, le défendeur met rapidement à la disposition du public i) les informations concernant le nom des parties, leurs nationalités et le secteur économique en cause; et ii) la notification d'arbitrage, à l'exception de toute partie de la notification que le demandeur (au moment où il soumet cette dernière) ou le défendeur refuse de voir publier au motif qu'elle contient des informations protégées."

70. Cette proposition a également recueilli un certain soutien. Il a été dit qu'elle prévoyait une règle claire et simple concernant les informations à publier au début de la procédure et les conditions de publication de la notification d'arbitrage et, ce faisant, répondait aux inquiétudes exprimées au sein du Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 65). Il a été expliqué qu'il revenait au demandeur de déterminer, au moment d'envoyer la notification d'arbitrage, les informations à supprimer et que le défendeur aurait la possibilité d'en faire autant. Il a également été expliqué que le projet de texte partait de l'hypothèse que la publication incombait au défendeur, mais que celle-ci pourrait être modifiée si le Groupe de travail décidait ensuite d'établir un lieu de conservation des informations publiées. Il a en outre été expliqué que la proposition précisait que seules pouvaient échapper à la publication les informations soumises aux limites à la transparence énoncées à la section 6.

71. Il a été suggéré de modifier la proposition figurant au paragraphe 69 ci-dessus pour qu'elle autorise le demandeur ou le défendeur à s'opposer à la publication de la notification sans faire dépendre ce refus des limites à la transparence énoncées à la section 6. On a estimé qu'au début de la procédure, une partie pourrait avoir

diverses raisons de ne pas souhaiter que des informations figurant dans la notification d'arbitrage soient rendues publiques. Il a aussi été proposé d'inverser la présomption concernant la publication des informations en disposant que la notification d'arbitrage ne devrait pas être publiée sauf accord contraire des deux parties. Un certain nombre de préoccupations ont été réitérées au sujet de la publication de la notification d'arbitrage avant la constitution du tribunal arbitral.

72. Afin de mieux concilier le besoin de transparence et la protection d'informations sensibles et confidentielles, le texte suivant a été proposé: "La publication des informations concernant la notification d'arbitrage devrait respecter les obligations de confidentialité imposées par la loi applicable". Cette proposition n'a pas été appuyée, en particulier car elle risquait, pensait-on, de permettre à une partie de publier des informations sans le consentement de l'autre et ne prévoyait pas de procédure harmonisée.

73. Il a été demandé s'il faudrait, lors du débat sur le moment de la publication, examiner aussi quelle partie ou institution serait chargée de la publication et quelles pourraient être les sanctions si une obligation de publication n'était pas respectée. On a précisé en réponse que le Groupe de travail aborderait ces points lorsqu'il examinerait la question de savoir si un lieu central de conservation des informations devrait être créé.

74. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la proposition figurant aux paragraphes 67 et 68 ci-dessus bénéficiait d'un appui. Il a pris note des inquiétudes exprimées au sujet de cette proposition par ceux qui étaient favorables à la publication des informations après la constitution du tribunal arbitral. Il a prié le Secrétariat d'établir un projet de texte à partir de la proposition ainsi que d'autres projets de textes tenant compte des propositions figurant aux paragraphes 69 et 71 ci-dessus, afin qu'il les examine à une session future.

2. Documents à publier

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

76. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné les propositions contenues aux paragraphes 46 et 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui reflétaient les différents avis exprimés à sa cinquante-troisième session.

77. Il a été précisé que la référence à la "section 6", qui figurait dans les propositions à l'examen, désignait les éventuelles limites à la transparence qu'il faudrait définir plus avant dans la norme juridique sur la transparence. Il a aussi été indiqué que le texte entre crochets, qui prévoyait la possibilité d'une convention contraire des parties, serait examiné plus avant une fois qu'il aurait été décidé si les parties au litige seraient libres de convenir de s'écarter de la norme juridique sur la transparence une fois le litige survenu (voir ci-dessus, par. 54 et 55), et qu'il n'en serait par conséquent pas longuement débattu dans le cadre de chaque proposition. Il

a en outre été précisé que la question de la publication des sentences arbitrales serait traitée séparément (voir par. 93 à 100 ci-après).

78. Il a été fait observer qu'aucune des options n'indiquait le moment où les documents devaient être publiés. Il a été expliqué qu'il était entendu que ceux-ci seraient publiés une fois qu'ils étaient disponibles. À cet égard, un avis a été exprimé selon lequel la publication de documents au cours de l'arbitrage pourrait mettre en danger l'intégrité de la procédure. Selon cet avis, l'objectif de transparence pourrait également être atteint par la publication des documents principaux après la procédure. À cet égard, il a été fait remarquer que, dans certains pays, la loi interdisait à un tribunal arbitral de divulguer des informations tant que la procédure n'était pas terminée.

79. On a demandé si la question de la loi applicable en vertu de laquelle le tribunal arbitral exercerait les pouvoirs que lui conférait la disposition relative à la publication des documents serait analysée. À cela, il a été répondu que l'approche suivie serait très similaire à celle qui avait été adoptée dans l'article 15 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, ou l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, et qu'il n'était pas envisagé de traiter la question de la loi applicable dans le cadre des règles sur la transparence. Un avis a été exprimé selon lequel les traités d'investissement contenaient généralement des dispositions sur la loi applicable qui seraient pertinentes à cet égard.

Option 1, variante 1

80. La première proposition, désignée sous le nom d'option 1, variante 1, au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, prévoyait ce qui suit: "[T]ous 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."

81. Divers avis ont été exprimés au sujet de cette variante. Il a été dit que la mise à disposition de tous les documents, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6, était une solution optimale, car elle permettait d'assurer au public un accès suffisant aux documents. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session on avait souligné l'importance de l'accès aux documents, s'agissant plus généralement d'admettre les mémoires d'*amicus curiae*, étant donné que la qualité de ces mémoires dépendrait du niveau d'accès aux documents qui leur serait accordé (A/CN.9/712, par. 51).

82. Si l'on a estimé que l'option 1, variante 1, favorisait une transparence totale, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur les frais et la charge de travail qu'une telle approche pourrait entraîner. Il a été dit que les dossiers contenant les éléments de preuve étaient souvent très longs et qu'il serait difficile, pour les parties et le tribunal arbitral, d'en supprimer les informations sensibles et confidentielles. À cela, il a été répondu que si, pour des raisons pratiques, les documents ne pouvaient pas tous être publiés, ils pourraient être mis à la disposition des tiers à leur demande.

Option 1, variante 2

83. La seconde proposition, désignée sous le nom d'option 1, variante 2, au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, prévoyait une liste de

documents à publier. Elle était libellée comme suit: “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.”

84. Cette variante a été appuyée parce qu’elle constituait un bon compromis entre les principes de transparence et les exceptions nécessaires à celui-ci. Il a été noté que la liste des documents ne mentionnait ni la preuve par écrit, ni les déclarations de témoins, ni les rapports d’experts agissant en qualité de témoin et qu’il convenait de l’examiner plus avant. Il a été demandé également si les observations écrites présentées par un ou des États parties non contestants et des *amici curiae* devraient y figurer, ces documents pouvant être défavorables à l’une ou l’autre des parties. Il a été dit en outre que les informations intéressant le plus le public pourraient ne pas se trouver dans les documents de la liste mais dans une pièce jointe ou une annexe à l’un d’eux. Une liste restreinte de documents pourrait priver les tiers d’informations essentielles à la compréhension de l’affaire. Il a été suggéré d’adopter pour cette variante une approche plus souple et de permettre au tribunal d’ordonner la publication de documents particuliers supplémentaires à la suite d’une demande d’un tiers.

Option 2

85. La troisième proposition, désignée sous le nom d’option 2 au paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, était la suivante: “Le tribunal arbitral décide en consultation avec les parties quels documents doivent être mis à la disposition du public.”

86. À l’appui de cette proposition, il a été dit que le tribunal arbitral serait le mieux placé pour déterminer quels documents devraient être publiés et quelles questions d’intérêt général devraient être portées à l’attention de la société civile. Il a été estimé que le tribunal arbitral ne devrait pas simplement consulter les parties mais obtenir leur approbation pour la publication, ou alors s’abstenir de publier si une partie s’y opposait. Il a été dit qu’une telle disposition permettrait de se prononcer au cas par cas sur la publication et se rapprocherait de la procédure suivie par le CIRDI concernant la publication de documents en cours de procédure. Des doutes ont été émis quant à savoir si cette option suffirait à améliorer la transparence dans l’arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a été dit que cette proposition, en l’état, était très proche de la pratique en vigueur dans l’arbitrage commercial et ne suffirait donc peut-être pas à promouvoir la transparence. Il a été souligné que cette option conférait toute latitude au tribunal arbitral mais ne donnait pas d’indication quant à la manière dont il exercerait ce pouvoir d’appréciation. Il a été jugé souhaitable de donner au tribunal arbitral des orientations à cet égard, que ce soit dans la règle portant spécifiquement sur l’accès aux documents ou dans une règle générale. Un avis a été exprimé selon lequel la consultation des parties par le tribunal arbitral devrait également être prévue.

87. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a pris note de quatre nouvelles solutions issues de son examen de la question et pouvant se résumer comme suit.

88. La première solution serait que le tribunal arbitral décide quels documents doivent être rendus publics, sous réserve d'opposition d'une des parties. Il a été souligné que cette formule laisserait en fait au tribunal arbitral un pouvoir d'appréciation moins important que celui dont il jouissait actuellement dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 15 du texte de 1976 et l'article 17 du texte de 2010 disposant que "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié [...]". Il a également été dit que, selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le tribunal arbitral pouvait ordonner la publication de documents s'il le jugeait opportun sans qu'aucune partie n'ait le droit de s'y opposer. On a donc demandé si cette première solution était compatible avec le mandat du Groupe de travail, à savoir l'élaboration de règles sur la transparence.

89. La deuxième solution serait que tous les documents soient rendus publics; toutefois si, pour des raisons pratiques, tous n'étaient pas publiés, les tiers conserveraient le droit d'accéder à l'information, sur demande, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6.

90. La troisième solution serait de prévoir une liste définie de documents qui seraient rendus publics dans tous les cas, le tribunal arbitral pouvant ordonner la publication de tout autre document qu'il jugerait pertinent. Dans cette approche, les tiers pourraient également demander l'accès à des informations supplémentaires mais, contrairement à la deuxième solution, ils n'auraient pas nécessairement droit à cet accès. Les limites à la transparence énoncées à la section 6 s'appliqueraient également dans ce cas.

91. La quatrième solution serait de fournir une liste de documents pouvant être rendus publics. Il appartiendrait au tribunal arbitral de décider au cas par cas quels documents publier, sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6.

92. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de préparer différents projets de propositions reflétant ses débats, qu'il examinerait à une session ultérieure.

3. Publication des sentences arbitrales

93. Après avoir rappelé les débats menés à sa cinquante-troisième session, au cours desquels de nombreuses délégations avaient appuyé la création d'une disposition générale exigeant la publication des sentences rendues par des tribunaux arbitraux en matière d'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (A/CN.9/712, par. 62), le Groupe de travail a entrepris d'examiner la question de la publication des sentences arbitrales à sa session en cours.

94. Le Groupe de travail a été informé que le Comité de l'investissement de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avait publié en juin 2005 une déclaration, dans laquelle ses membres étaient d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, était souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence.

95. Dans ce contexte, l'idée d'élaborer une règle simple sur la publication des sentences arbitrales issues des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités a bénéficié d'un certain soutien. On a dit que cette publication contribuerait à améliorer la transparence dans ces arbitrages et permettrait au Groupe de travail de s'acquitter au mieux du mandat que lui avait confié la Commission.

96. On a expliqué que la publication des sentences arbitrales serait elle aussi soumise aux limites à la transparence énoncées à la section 6. Le Groupe de travail a noté que toute règle qu'il élaborerait sur la publication des sentences arbitrales devrait tenir compte de l'article 32-5 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et de l'article 34-5 du Règlement de 2010, qui subordonnaient la publication des sentences arbitrales au consentement de toutes les parties, en particulier si la norme juridique prenait la forme d'un supplément ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

97. Un certain appui a été exprimé aussi en faveur de l'élaboration d'une règle sur la publication des sentences arbitrales se fondant sur la proposition du paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était libellée 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." À cet égard, on a précisé que le mot "parties" désignait uniquement les parties au litige et non pas les tierces parties intéressées ni les autres États parties au traité d'investissement concerné. On a également précisé que les mots "Si celles-ci ne s'entendent pas sur la publication d'une sentence" devaient être interprétés comme exigeant que l'ensemble des parties conviennent de ne pas publier.

98. On s'est demandé si cette proposition contribuerait à améliorer la transparence dans la mesure où elle était très similaire à la disposition correspondante du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

99. Il a été noté que des termes différents étaient utilisés aux paragraphes 17 et 46 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1 pour désigner les décisions prises par le tribunal arbitral, à savoir "ordonnances", "sentences" et "décisions du tribunal". Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait veiller à une utilisation cohérente de la terminologie et établir une règle commune sur la publication de toutes les décisions rendues par le tribunal arbitral.

100. À l'issue de la discussion, l'élaboration d'une disposition simple qui prévoirait la publication des sentences a été largement appuyée au sein du Groupe de travail, et les délégations qui avaient exprimé des réserves à ce sujet ont demandé au Groupe de travail de garantir une protection adéquate des informations confidentielles ou sensibles afin de tenir compte de leurs préoccupations. Le Groupe de travail a prié le Secrétariat d'élaborer des projets de propositions sur la publication des sentences en tenant compte de ses délibérations afin qu'il les examine à une session ultérieure.

4. Audiences et transcriptions d'audiences

Publicité des audiences

101. À sa cinquante-troisième session, le Groupe de travail avait examiné la question de savoir si les audiences devraient être ouvertes au public (A/CN.9/712, par. 52). Ce point avait aussi bien recueilli des appuis que suscité des réserves. D'un

côté, il avait été suggéré que toute disposition sur la publicité des audiences contenue dans une norme juridique devant être élaborée sur la transparence prévoie que les audiences soient ouvertes au public, sauf convention contraire des parties (A/CN.9/712, par. 53 à 55). De l'autre côté, des réserves à caractère général avaient été formulées à l'égard de la publicité des audiences, concept considéré comme contraire à la nature même de l'arbitrage qui, avait-on dit, était confidentiel et ne permettait pas l'accès de tiers aux audiences (A/CN.9/712, par. 57).

102. À sa session en cours, le Groupe de travail a examiné un projet de proposition figurant au paragraphe 50 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, qui était libellé comme suit: "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". La proposition tendant à mentionner dans ce texte les limites à la transparence énoncées à la section 6 a été appuyée.

103. Il a été dit que la publicité des audiences était un aspect fondamental d'une procédure d'arbitrage transparente. Il a été estimé que la proposition mentionnée au paragraphe 102 fournissait une règle simple et adaptée sur la publicité des audiences. Néanmoins, il a été fait remarquer qu'elle portait seulement sur les dispositions logistiques mais qu'elle ne traitait pas la question de savoir si un tribunal pouvait limiter l'accès du public.

104. Les avis ont divergé sur la question de savoir s'il fallait supprimer le texte entre crochets au paragraphe 102 ci-dessus, qui permettait à l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences. En faveur de sa suppression, il a été souligné que les règles sur la transparence étaient principalement élaborées pour servir les intérêts de la société civile et que les parties ne devraient pas être sollicitées pour trancher cette question. En outre, on s'est demandé si l'élaboration d'une règle sur la publicité des audiences à laquelle les parties pourraient déroger à leur gré serait conforme au mandat confié au Groupe de travail de promouvoir la transparence.

105. Selon un point de vue opposé, le droit de l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences devrait être affirmé. Il a été proposé que le Groupe de travail envisage de s'appuyer sur l'article 32-2 du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage du CIRDI ("Règlement d'arbitrage du CIRDI"), en y apportant les modifications nécessaires, pour traiter cette question, dans la mesure où celui-ci accordait le droit à l'une quelconque des parties de s'opposer à la publicité des audiences. Le paragraphe 2 de l'article 32 du Règlement d'arbitrage du CIRDI était libellé comme suit: "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."

106. Afin de concilier les avis divergents exprimés sur la question de savoir si les parties devaient avoir le droit de s'opposer à la publicité des audiences, il a été proposé que le tribunal arbitral décide si les audiences devaient être publiques "en consultation avec les parties". Un avis a été exprimé selon lequel toutes les

audiences ne présentaient pas nécessairement un intérêt pour le public, et le tribunal arbitral serait le mieux placé pour déterminer quelles audiences ou quelles parties d'une audience seraient accessibles au public. Cette option permettrait également aux parties d'exprimer leur avis, mais dans les cas où l'intérêt général était en jeu, le tribunal arbitral pourrait ignorer une objection des parties et tenir des audiences publiques.

107. La proposition figurant au paragraphe 106 a recueilli un certain appui. Il a été proposé de la compléter par une phrase précisant que, en principe, les audiences devraient être publiques.

108. On a demandé s'il faudrait donner davantage d'orientations sur la manière dont le tribunal déciderait de tenir des audiences publiques ou des audiences à huis clos. Certains ont été d'avis qu'il n'était ni souhaitable ni possible de donner des orientations au tribunal. Plusieurs propositions ont toutefois été faites sur les moyens possibles de fournir de telles orientations.

109. On a estimé que les limites à la transparence énoncées à la section 6 devraient guider le tribunal arbitral. On s'est demandé si les exceptions à la transparence qui avaient trait principalement à la protection des informations confidentielles et sensibles engloberaient tous les cas exigeant la tenue d'une audience à huis clos. On a estimé qu'il faudrait peut-être laisser au tribunal arbitral le pouvoir de décider de tenir des audiences à huis clos pour des raisons pratiques. L'avis a également été exprimé que toutes les audiences ne mettaient pas nécessairement en jeu des questions d'intérêt général.

110. En réponse à une opinion selon laquelle l'existence de questions d'intérêt général devrait guider le tribunal arbitral dans sa décision, il a été dit que l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités intéressait par nature le public, puisque cet arbitrage impliquait qu'un État exerce des pouvoirs discrétionnaires. Selon d'autres avis, le tribunal arbitral ne s'apercevait peut-être pas toujours immédiatement de l'intérêt que présentait une affaire pour le public et on ne devait pas lui imposer la lourde tâche de déterminer si les questions posées relevaient ou non de l'intérêt général. On s'est demandé si la règle sur la publicité des audiences avait pour objet d'ouvrir les audiences au public ou de limiter l'accès du public aux audiences dans lesquelles l'intérêt général était en jeu.

111. En réponse à un avis selon lequel le tribunal arbitral pourrait obtenir des orientations en consultant les parties, il a été rappelé que ces dernières ne seraient peut-être pas les mieux placées pour conseiller le tribunal sur ce point car elles avaient un intérêt personnel dans la question.

112. Il a été proposé de clarifier l'objet des règles sur la transparence dans un préambule qui pourrait être rédigé comme suit: "[L]es présentes règles sur la transparence, qui ont pour objet d'accroître la légitimité de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de promouvoir l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage, ont vocation à s'appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Cet objet guide les tribunaux arbitraux dans l'application qu'ils font des présentes règles."

113. En réponse à la question de savoir si les parties au litige pourraient décider que les audiences se tiendraient à huis clos alors que la règle juridique prévoyait des

audiences publiques, il a été dit que cette question devrait être examinée à un stade ultérieur des délibérations.

114. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a pris note des divers avis exprimés, et a prié le Secrétariat d'établir des projets de textes qu'il examinerait à une prochaine session. Les avis exprimés au sein du Groupe de travail ont été résumés comme suit. Un premier groupe était d'avis que l'une quelconque des parties au litige devrait avoir un droit de veto sur la question de tenir ou non des audiences publiques. Il a été demandé si cela était compatible avec le mandat du Groupe de travail. Un second groupe était d'avis que le tribunal arbitral devrait jouir d'une liberté d'appréciation à cet égard. La question a alors été posée de savoir si des orientations devraient être données au tribunal arbitral sur ce point et, dans l'affirmative, lesquelles. Un troisième groupe était d'avis qu'il devrait y avoir une règle simple selon laquelle les audiences devaient être publiques, sous réserve seulement d'exceptions justifiées par des dispositions logistiques et sous réserve des limites à la transparence énoncées à la section 6. Il a été dit qu'il n'existait sans doute pas de grande différence entre le deuxième et le troisième groupe puisqu'ils acceptaient tous les deux le fait qu'en principe le tribunal arbitral ait une certaine marge d'appréciation en la matière. La question était de savoir quelle serait cette marge d'appréciation, qui pouvait être illimitée, guidée par des orientations ou soumise à certaines limites. La question pourrait être utilement examinée une fois que les limites à la transparence énoncées à la section 6 deviendraient plus claires.

Transcriptions des audiences

115. Il a été noté que la décision concernant les transcriptions des audiences devrait dépendre de la solution retenue en ce qui concerne la publicité des audiences (voir aussi A/CN.9/712, par. 58). Certaines délégations ont émis des doutes sur cette interprétation. Il a été convenu d'examiner plus avant la question en même temps que les divers projets de textes devant être établis par le Secrétariat pour examen à une session future.

5. Observations présentées par des tiers (*amici curiae*) dans une procédure arbitrale

116. Le Groupe de travail a rappelé les débats qu'il avait tenus à sa cinquante-troisième session sur la question de la soumission d'observations par des tiers, également appelées mémoires d'*amicus curiae*. Au cours de ces débats, de nombreuses délégations avaient fermement appuyé l'idée de permettre la présentation de mémoires d'*amicus curiae* au motif que ceux-ci pouvaient aider le tribunal arbitral à régler le différend et renforçaient la légitimité du processus arbitral (A/CN.9/712, par. 46).

Critères de restriction concernant les mémoires d'amicus curiae

117. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait 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 maximum de pages approprié et le moment où les mémoires pourraient être soumis (A/CN.9/712, par. 47). À sa session en cours, le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur les critères qu'il faudrait appliquer aux mémoires d'*amicus curiae*.

118. Une proposition pour déterminer lesdits critères se fondait sur une disposition utilisée dans certains accords d'investissement qui, a-t-on dit, reflétait une évolution dans la pratique. La disposition était libellée comme suit: “[L]e Tribunal est habilité à admettre et examiner les mémoires présentés à titre d’*amicus curiae* par une personne ou une entité non contestante.”

119. On a considéré que la proposition figurant au paragraphe 118 ci-dessus posait une règle claire et simple. Toutefois, on a estimé qu’une disposition sur la question devrait probablement être plus détaillée, afin de fournir des orientations aux parties et au tribunal arbitral, compte tenu du fait qu’un certain nombre d’États avaient peu d’expérience dans ce domaine. Il a donc été proposé d’examiner si une disposition sur les mémoires d’*amicus curiae* semblable à celle figurant dans le document interprétatif de la Commission du libre-échange de l’ALENA intitulé “Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d’une tierce partie du 7 octobre 2004” (“Déclaration de la Commission du libre-échange”) pourrait servir de modèle.

120. Il a été dit, à l’appui de cette dernière proposition, que la disposition qu’élaborerait le Groupe de travail devrait donner suffisamment d’orientations au tribunal arbitral sur la manière de traiter les mémoires d’*amicus curiae*. Une telle disposition, a-t-on ajouté, devrait prévoir la possibilité pour le tribunal de consulter les parties, de sorte que le tribunal ne tranche pas seul la question de l’acceptation des mémoires d’*amicus curiae*. Toute disposition sur la question devrait indiquer clairement que ces mémoires ne seraient pas automatiquement acceptés.

121. Une solution à mi-chemin entre la proposition contenue au paragraphe 118 ci-dessus et la disposition de la Déclaration de la Commission du libre-échange, qui était très détaillée, a été suggérée, qui consisterait à envisager d’élaborer une disposition inspirée de l’article 37-2 du Règlement d’arbitrage du CIRDI. Il a été dit à l’appui de cette solution qu’elle donnerait des orientations suffisantes sans être aussi longue que la disposition sur la soumission des mémoires d’*amicus curiae* figurant dans la Déclaration de la Commission du libre-échange.

122. Il a été noté que l’article 37-2 du Règlement d’arbitrage du CIRDI n’exigeait pas que soient révélées l’identité de la partie non contestante, la nature de ses membres lorsqu’il s’agissait d’une organisation, et la nature de sa relation, le cas échéant, avec les parties au litige, ni qu’il soit indiqué si la partie non contestante avait reçu un appui financier ou autre appui matériel de l’une des parties ou d’une personne ayant un lien avec les parties dans l’affaire. Ces points étaient traités en détail au paragraphe B.2 de la Déclaration de la Commission du libre-échange, mentionnée au paragraphe 119 ci-dessus. Ces points étant jugés importants, il a été proposé de les inclure dans une disposition sur la question.

123. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a prié le Secrétariat d’établir des projets de dispositions fondés sur les propositions mentionnées aux paragraphes 118 et 122 ci-dessus, afin qu’il les examine à une prochaine session.

Intervention d’un ou de plusieurs États non contestants

124. Le Groupe de travail a rappelé qu’à sa cinquante-troisième session, il avait été fait observer qu’un autre État partie au traité d’investissement en question mais non partie au différend pouvait aussi souhaiter présenter des observations, être invité à le faire ou en avoir le droit en vertu du traité. Il avait été noté qu’un tel État avait

souvent des informations importantes à fournir, notamment sur les *travaux préparatoires*, évitant ainsi une interprétation unilatérale du traité (A/CN.9/712, par. 49). Le Groupe de travail a aussi rappelé et réitéré sa décision de porter cette question à l'attention de la Commission et de lui demander si elle devrait ou non être incluse dans le champ de ses travaux actuels (A/CN.9/712, par. 103).

Décisions concernant les mémoires d'amicus curiae

125. Compte tenu de ses délibérations sur les restrictions concernant les mémoires d'*amicus curiae*, le Groupe de travail est convenu que, si des procédures détaillées devaient être prévues, le tribunal arbitral devrait être tenu de consulter les parties avant de rendre ses décisions sur ces mémoires.

Niveau d'accès aux documents

126. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, dans le contexte plus large de l'admission des mémoires d'*amicus curiae*, on avait souligné l'importance de l'accès aux documents, étant donné que la qualité de ces mémoires dépendrait du niveau d'accès aux documents qui serait accordé aux *amici curiae* (A/CN.9/712, par. 51). À sa session en cours, il a examiné la question de savoir si, eu égard au rôle des *amici curiae*, il devrait y avoir une règle leur accordant un niveau d'accès différent de celui du public.

127. On a noté qu'il convenait de distinguer trois catégories de tiers potentiels pour ce qui était de l'accès aux documents. La première était constituée par le public. La deuxième comprenait les tiers qui avaient un intérêt dans l'objet du litige et pouvaient avoir besoin de plus d'informations pour présenter des observations susceptibles d'aider le tribunal arbitral à se prononcer, si ces tiers étaient autorisés à présenter de telles observations en qualité d'*amici curiae*. La troisième comprenait les parties qui avaient un intérêt personnel dans l'issue de la procédure (par exemple, une personne qui tirerait avantage d'une prétendue expropriation) et pourraient par conséquent être considérées comme ayant intérêt à y participer. Il a été dit qu'il faudrait peut-être accorder un niveau d'accès distinct à chacune de ces catégories. Selon un autre avis, il pourrait s'avérer difficile en pratique de réserver aux *amici curiae* un traitement distinct de celui réservé au public avant qu'un mémoire ne soit accepté et il ne devrait pas y avoir de niveaux d'accès distincts dans une disposition sur la question.

128. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la participation au processus arbitral de la troisième catégorie de personnes visée ci-dessus au paragraphe 127 posait des questions de jonction d'instances, qui pourraient nécessiter des règles spécifiques dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Cependant, il est convenu que la question sortait du cadre de son mandat actuel, qui portait uniquement sur la transparence (voir ci-dessous, par. 153). Il a été noté en outre que la décision sur le niveau d'accès qui serait accordé aux *amici curiae* était étroitement liée aux dispositions relatives à la publication des documents. Dans ce contexte, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette question à un stade ultérieur de ses délibérations en se fondant sur les projets de textes qui seraient soumis concernant la disposition relative aux documents à publier (voir ci-dessus, par. 75 à 92).

6. Limites possibles aux règles sur la transparence

129. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il était convenu qu'il devrait y avoir des limites possibles à la transparence. Plusieurs catégories d'exceptions ou limites possibles avaient été mentionnées: i) protection des informations confidentielles et sensibles, ii) protection de l'intégrité du processus arbitral, et iii) 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

130. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait été généralement reconnu qu'il importait de tenir compte de la question de la protection des informations confidentielles et sensibles dans le cadre du débat sur la transparence.

131. Dans ce contexte, il a été proposé de demander au Secrétariat de préparer un projet de texte tenant compte à la fois de la transparence et de la confidentialité en trouvant un juste équilibre pour protéger ces deux intérêts légitimes. Le Groupe de travail est convenu que le concept d'information commerciale confidentielle ou sensible était assez clair, mais que le Secrétariat devrait recevoir davantage d'indications pour rédiger une proposition de texte sur la protection de l'information confidentielle des États. Il a été dit en outre que, souvent, la législation nationale protégeait certaines informations et que le Secrétariat devrait prendre en compte la question de la loi applicable en rédigeant des propositions de textes sur la protection des informations confidentielles et sensibles en vue des délibérations ultérieures du Groupe de travail. En réponse, il a été dit que la norme juridique sur la transparence, une fois finalisée, inclurait probablement une règle similaire à celle de l'article 1-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 ou de l'article 1-3 du Règlement de 2010, selon laquelle la norme juridique ne pouvait pas déroger à la loi impérative applicable.

132. Il a été dit que le modèle de traité bilatéral d'investissement d'une délégation et les "Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11", publiées le 31 juillet 2001 par la Commission du libre-échange de l'ALENA faisaient référence à la suppression de "l'information privilégiée ou ne pouvant être divulguée" aux termes de la loi d'une partie. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait peut-être examiner plus avant la notion d'"information privilégiée" ("privileged information"), qui pouvait ne pas être comprise de la même manière dans tous les pays, afin de déterminer si une disposition sur la protection des informations confidentielles et sensibles devrait aussi mentionner l'information "privilégiée".

133. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de demander au Secrétariat de préparer des propositions de textes pour une disposition sur la protection des informations confidentielles et sensibles, qu'il examinerait à une session ultérieure.

134. Le Groupe de travail a rappelé que la tâche de déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles pourrait être confiée au tribunal arbitral ou aux parties (A/CN.9/712, par. 69). Il a été noté que le paragraphe 40 du document A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1 incluait une proposition selon laquelle les parties devraient se mettre d'accord pour déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles, et que cette décision ne serait prise par le tribunal qu'en

cas d'impossibilité d'aboutir à un accord. Il a également été proposé que les parties disposent d'une marge d'appréciation pour déterminer quelles informations étaient confidentielles et sensibles. Le rôle du tribunal arbitral se limiterait alors à contrôler si les parties s'étaient acquittées de leurs obligations de bonne foi.

135. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question à une session ultérieure, en se fondant sur les projets de textes devant être préparés par le Secrétariat.

Protection de l'intégrité du processus arbitral

136. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait été généralement reconnu qu'il convenait de tenir compte de la question de la protection de l'intégrité du processus arbitral dans le cadre du débat sur les limites à la transparence (A/CN.9/712, par. 72).

137. Le Groupe de travail a estimé que le terme "intégrité du processus arbitral" devrait être défini, de sorte qu'il ne devienne pas trop général, et que les exceptions à la transparence devraient être définies avec concision.

138. Il a été dit que l'intégrité du processus arbitral englobait la protection des parties à la procédure, de leurs conseils, des témoins et du tribunal arbitral contre toute intimidation et menace physique. Il a été souligné que l'expression pourrait aussi recouvrir d'autres cas de figure, tels que la perturbation de l'audience par des membres du public. D'autres exemples ont été donnés sur des problèmes externes à la procédure arbitrale, notamment la politisation générale de la procédure et la manipulation par les médias.

139. Des préoccupations ont été exprimées quant à la nature et à la portée de cette catégorie d'exceptions possibles à la transparence, car elle semblait trop générale et vague et pourrait indûment limiter la transparence. Il a été dit que toute exception à la transparence visant à protéger l'intégrité du processus arbitral devrait être assortie d'un seuil élevé et se limiter aux cas évoqués de protection des personnes participant à la procédure arbitrale contre toute intimidation et menace physique. Des formules telles que "risque de voir s'aggraver le litige" ou de "rendre le règlement du litige difficile ou impossible" seraient trop générales.

140. Il a été dit que les questions relatives à la régularité de la procédure ou au bon déroulement des audiences ne devraient pas être considérées comme relevant de la protection de l'intégrité du processus arbitral et que certaines préoccupations pourraient donner lieu à un libellé approprié dans la disposition sur la conduite des audiences.

141. Il a été proposé que l'équité et l'efficacité de la procédure figurent parmi les critères susceptibles de limiter l'objectif de publicité des audiences.

142. Il a également été estimé que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (articles 15 du Règlement de 1976 et 17 du Règlement de 2010) conférait déjà au tribunal arbitral un grand pouvoir d'appréciation pour conduire la procédure de la manière qu'il jugeait appropriée et que la protection de l'intégrité du processus arbitral pourrait déjà relever de ce pouvoir. Il a été proposé que le Secrétariat étudie de manière plus approfondie les arbitrages internationaux régis par le Règlement de la CNUDCI pour analyser comment ce pouvoir avait été utilisé par les tribunaux pour protéger l'intégrité du processus arbitral.

143. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les questions qui seraient examinées plus avant à ce sujet étaient notamment de savoir: i) si une disposition sur la protection de l'intégrité du processus arbitral devrait prendre la forme d'un libellé général ou énoncer les cas spécifiques devant être expressément prévus; ii) quelle était la relation entre la protection de l'intégrité du processus arbitral et les dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI relatives à cette question; et iii) comment déterminer le seuil à partir duquel limiter la transparence en raison de la nécessité de protéger l'intégrité du processus arbitral.

Bonne gestion de la procédure arbitrale

144. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il avait 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.

145. À la session en cours, il a été dit que la bonne gestion de la procédure arbitrale était un aspect important dont il fallait tenir compte lors de l'élaboration de règles sur la transparence, car ces règles devraient aussi avoir pour but de préserver le droit à un accès effectif à la justice. Il a également été dit qu'une instance trop coûteuse qui pourrait résulter de l'organisation de procédures transparentes pourrait compromettre le droit fondamental d'une partie à accéder effectivement à la justice.

146. Cependant, on s'est inquiété de ce qu'une règle générale sur la bonne gestion de la procédure arbitrale ne contribue à une dégradation significative de la transparence.

147. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a considéré qu'il faudrait très probablement trouver le juste équilibre pour chaque disposition sur la transparence plutôt que dans le cadre des limites à la transparence.

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

148. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa cinquante-troisième session, il avait 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). On a généralement appuyé l'idée selon laquelle, si ce registre neutre devait être créé, le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies serait idéalement placé pour le tenir. Il a également été rappelé que, si l'Organisation des Nations Unies n'était pas en mesure de prendre en charge cette fonction, la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et le CIRDI s'étaient déclarés disposés à assurer ces services de registre. On s'est inquiété de savoir si la création d'un registre neutre relevait du mandat du Groupe de travail ou de la CNUDCI elle-même. En réponse, le Groupe de travail est généralement convenu que l'examen d'un registre neutre devrait être considéré comme faisant partie intégrante du mandat confié par la Commission de préparer une norme juridique applicable sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

149. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la création d'un registre neutre devrait être considérée comme une étape nécessaire dans la promotion de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés

sur des traités. Des exemples ont été cités d'accords régionaux en vertu desquels des informations comparables étaient fournies directement par les différents États concernés. Il a été généralement convenu que des informations plus détaillées devraient être fournies au sujet de cette pratique. Il a également été souligné que dans les arbitrages traités par des institutions arbitrales existantes, l'institution qui administrait l'affaire serait la mieux placée pour publier des informations conformément à une norme juridique sur la transparence.

150. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, l'existence d'un registre central serait indispensable pour apporter le niveau de neutralité nécessaire dans l'administration d'une norme juridique sur la transparence. Il a été généralement estimé qu'il était peut-être prématuré de tenter de définir les caractéristiques détaillées de ce registre tant que le Groupe de travail n'aurait pas décidé quelles fonctions précises il devrait remplir. Par exemple, il conviendrait de tenir compte de l'ampleur et du coût du travail juridique nécessaire pour résumer les affaires ou expurger des documents, en plus du simple travail administratif nécessaire pour publier des documents non expurgés. Il a été convenu que des recherches plus poussées seraient nécessaires sur les paramètres qui devraient être pris en compte dans la création de ce registre. Les points particuliers qui devraient être examinés plus avant étaient des questions administratives telles que le financement, la gouvernance et la responsabilité de ce registre, ainsi que les langues qui y seraient utilisées. À cet égard, il a été proposé qu'en plus des publications du registre central, les États jouent un rôle complémentaire, par exemple en mettant les informations à disposition dans la langue locale.

151. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de poursuivre à une session ultérieure l'examen des questions soulevées par la création d'un registre central. Le Secrétariat a été prié de mener des recherches préliminaires sur les questions susmentionnées et de recueillir des informations auprès d'organisations ayant l'expérience de fonctions comparables.

V. Questions diverses

152. En application de la décision prise par la Commission à sa quarante-troisième session (voir par. 3 ci-dessus), le Groupe de travail a tenu une discussion afin d'identifier d'autres questions se posant plus généralement dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, qui mériteraient de faire l'objet de travaux supplémentaires et pourraient donc être portées à l'attention de la Commission à une session future.

153. Après avoir examiné la question de la participation à la procédure d'un tiers ayant un intérêt particulier dans l'affaire (voir par. 128 ci-dessus) et la proposition selon laquelle des règles spécifiques concernant la nomination des arbitres devraient être établies (voir par. 57 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu que ces questions ne devraient pas être portées à l'attention de la Commission. Il a réitéré la décision qu'il avait prise à sa cinquante-troisième session (voir A/CN.9/712, par. 103) de demander à la Commission s'il pouvait se saisir de la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans le cadre de ses travaux en cours.