



Assemblée générale

Distr. limitée
13 décembre 2011*
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Cinquante-sixième session
New York, 6-10 février 2012

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

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités	5-54	3
A. Remarques générales	5-7	3
B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.	8-54	4
Article 1. Champ d'application	8-24	4
Article 2. Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale.	25-28	8
Article 3. Publication de documents	29-32	10
Article 4. Publication des sentences arbitrales	33-34	12
Article 5. Observations présentées par des tiers.	35-36	12
Article 6. Observations présentées par une partie au traité non partie au litige.	37-40	13
Article 7. Audiences	41-44	14
Article 8. Exceptions à la transparence.	45-54	15

* Le présent document est soumis après la date limite, fixée à dix semaines avant le début de la réunion, en raison de la nécessité d'achever les consultations.



I. Introduction

1. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a, dans le contexte de ses travaux futurs concernant le règlement des litiges commerciaux, rappelé la décision qu'elle avait prise à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)¹, à savoir que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités devait être examinée en priorité immédiatement après qu'aurait été menée à bien la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La Commission a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique sur la question².

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé qu'elle avait souligné à sa quarante et unième session combien il importait d'assurer la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. Il a été confirmé que la question de l'applicabilité de la norme aux traités d'investissement existants relevait du mandat du Groupe de travail et présentait un intérêt pratique considérable, compte tenu du nombre important de traités déjà conclus³.

3. À ses cinquante-troisième (Vienne, 4-8 octobre 2010) et cinquante-quatrième (New York, 7-11 février 2011) sessions, le Groupe de travail a examiné les questions ayant trait à la forme, à l'applicabilité et au contenu d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités⁴. À sa cinquante-cinquième session (Vienne, 3-7 octobre 2011), le Groupe de travail a achevé une première lecture du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités (contenu dans le document A/CN.9/WG.II/WP.166 et son additif)⁵.

4. Comme suite à la décision prise par le Groupe de travail à sa cinquante-cinquième session⁶, la deuxième partie de la présente note contient un projet révisé du règlement sur la transparence (section B). Les articles premier à 8 du projet de règlement sur la transparence sont traités dans la présente note et l'article 9, concernant l'établissement d'une institution chargée de conserver les informations publiées ("registre"), dans son additif. Les observations reçues d'institutions arbitrales concernant l'établissement d'un registre figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif. Comme demandé par le Groupe de travail⁷, un aperçu de l'interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage figure dans la section C de l'additif à la présente note. La question de l'applicabilité du règlement sur la transparence au règlement de litiges en vertu de traités d'investissement conclus avant la date d'adoption du règlement sur la transparence est traitée dans la troisième partie de

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

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

³ *Ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 17* (A/66/17), par. 205.

⁴ Rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses cinquante-troisième (A/CN.9/712) et cinquante-quatrième (A/CN.9/717) sessions.

⁵ Rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736).

⁶ *Ibid.*, par. 11.

⁷ *Ibid.*, par. 30.

l'additif à la présente note, ainsi que dans la troisième partie du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

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

A. Remarques générales

Forme de la norme juridique sur la transparence

5. À sa cinquante-quatrième session, 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 forme de règles, les délégations qui avaient jusque-là exprimé une nette préférence pour des principes directeurs ayant accepté d'appuyer le travail de rédaction si les règles en question ne s'appliquaient que lorsqu'il y serait fait référence de manière explicite (clause d'acceptation expresse). 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 une formule fondée sur la clause d'exclusion expresse (A/CN.9/717, par. 26 et 58). Cet accord a été réitéré lors de la cinquante-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/736, par. 41).

Structure du projet de règlement sur la transparence

6. L'article premier traite du champ d'application du règlement sur la transparence, et les articles 2 à 7 des aspects de fond. L'article 8 traite des exceptions à la transparence, qui se limitent à la protection des informations confidentielles et sensibles ainsi que de l'intégrité du processus arbitral. L'article 9 définit les moyens par lesquels l'information doit être communiquée au public (A/CN.9/736, par. 13).

7. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a examiné quant au fond le texte ci-après, qui pourrait constituer le préambule du règlement: *“Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence a vocation à s'appliquer dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités [engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI] pour en assurer la transparence de sorte à accroître la légitimité de ce type d'arbitrage et à promouvoir l'intérêt général qui lui est inhérent, d'une manière qui soit compatible avec l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier résolu équitablement et efficacement. Cet objet guide les parties au litige et les tribunaux arbitraux dans l'application qu'ils font du présent Règlement.”* (A/CN.9/736, par. 14 à 17). Le Groupe de travail relèvera que l'essence de ce texte est reflétée au paragraphe 3 de l'article premier du règlement (voir plus loin les paragraphes 8 et 20) et que les principes qu'il contient peuvent également être reflétés dans la décision par laquelle la Commission adoptera le règlement ainsi que dans le texte de la résolution par laquelle l'Assemblée générale recommandera son application. La version révisée du règlement ne comporte donc pas de préambule.

B. Contenu du projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

Article 1. Champ d'application

8. Projet d'article premier – Champ d'application

Option 1 (clause d'exclusion expresse) pour le paragraphe 1

Variante 1 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs)

“1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le 'traité')** conclu après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas.”*

Variante 2 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs et certains traités existants)

“1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le 'traité')** conclu après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], à moins que le traité dispose qu'il ne s'applique pas. Il s'applique également à tout arbitrage engagé après [date d'adoption du Règlement sur la transparence] conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité si celui-ci prévoit l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage.*

Option 2 (clause d'acceptation expresse) pour le paragraphe 1

Variante 1 (s'appliquant quel que soit le règlement d'arbitrage choisi, le traité futur et, le cas échéant, le traité existant)

“1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs ('le traité')** lorsque celui-ci prévoit expressément l'application du Règlement.”*

Variante 2 (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, traités futurs et, le cas échéant, existants)

“1. Le Règlement sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au [à la version applicable du] Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs ('le traité')** lorsque celui-ci prévoit expressément l'application du Règlement.”*

Paragraphe 2 à 5

“2. S’il s’applique conformément au paragraphe 1, le Règlement sur la transparence lie les parties à l’arbitrage (‘les parties au litige’), de sorte qu’elles ne peuvent écarter son application ni y déroger.

3. Lorsque le Règlement d’arbitrage confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, celui-ci l’exerce en tenant compte de la nécessité de concilier a) l’intérêt que le public porte à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et à la procédure arbitrale dont il s’agit et b) l’intérêt qu’ont les parties au litige de voir ce dernier résolu rapidement et efficacement.

4. Lorsque le traité prévoit à quelque égard que ce soit un degré de transparence plus élevé que celui du Règlement sur la transparence, la ou les dispositions pertinentes du traité prévalent et ce degré de protection s’applique à l’arbitrage.

5. Le Règlement sur la transparence complète [la version du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI] [le règlement d’arbitrage] applicable. En cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et [la version du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI] [le règlement d’arbitrage] applicable, le Règlement sur la transparence prévaut.”

Notes afférentes au paragraphe 1 de l’article premier:

“* Aux fins du présent Règlement, l’expression ‘arbitrage entre investisseurs et États’ désigne tout arbitrage mené entre un ou plusieurs investisseurs et une ou plusieurs parties à un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs conformément à ce traité.”

“** Aux fins du présent Règlement, l’expression ‘traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs’ est interprétée au sens large comme englobant tout accord conclu entre États ou organisations intergouvernementales d’intégration régionale, notamment des accords de libre-échange, accords d’intégration économique, accords-cadres ou accords de coopération en matière de commerce et d’investissements, et traités bilatéraux et multilatéraux d’investissement, contenant des dispositions sur la protection de l’investisseur et son droit de recourir à l’arbitrage entre investisseurs et États.”

Remarques*Paragraphe 1 – Applicabilité de la norme juridique sur la transparence*

9. Le Groupe de travail a envisagé deux options concernant l’applicabilité du règlement sur la transparence en vertu du paragraphe 1 (A/CN.9/736, par. 18 à 30). Selon la première option, ou clause d’exclusion expresse, le consentement à l’application du règlement sur la transparence serait manifesté lorsque les parties prévoient dans leur traité d’investissement un règlement des litiges entre investisseurs et États conformément au Règlement d’arbitrage de la CNUDCI, étant entendu qu’à compter de la date d’adoption par la Commission du règlement sur la

transparence, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI englobe celui-ci (A/CN.9/736, par. 20). Selon la deuxième option, ou clause d'acceptation expresse, le règlement sur la transparence s'appliquerait lorsque les parties à un traité d'investissement consentent expressément à son application (A/CN.9/736, par. 25).

– *Traités existants ou futurs*

10. Quelle que soit l'option retenue, le règlement sur la transparence s'appliquerait aux arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu de traités conclus après son adoption par la Commission.

11. Dans le cas de traités conclus avant la date d'adoption du règlement sur la transparence par la CNUDCI, les parties devraient manifester leur consentement à l'application du règlement par les moyens décrits aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. En outre, si les parties à un traité conclu avant la date d'adoption du règlement sur la transparence par la Commission ont consenti à l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage, le règlement sur la transparence s'appliquerait selon la variante 2 de l'option 1. En pareils cas, les parties, si elles souhaitent exclure expressément l'application du règlement sur la transparence, devraient amender ou modifier leur traité d'investissement conformément aux articles 39 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités ou publier une déclaration interprétative conjointe à cet effet comme prévu à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 31 de cette convention.

– *Option 1: Clause d'exclusion expresse*

12. Selon la variante 1 de la première option (clause d'exclusion expresse), le règlement sur la transparence s'appliquerait en tant que prolongement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI à moins que les États n'en disposent autrement dans un traité d'investissement conclu après la date d'adoption du règlement sur la transparence en excluant expressément l'application de celui-ci (A/CN.9/736, par. 20 à 24). (Pour la variante 2 de l'option 1, voir le paragraphe 11 ci-dessus). Il est proposé d'employer dans l'option 1 le mot "conclu", plutôt que l'expression "entré en vigueur" employée dans la version précédente du projet de règlement, puisque c'est à la date de conclusion du traité (et non à la date de son entrée en vigueur) que les parties peuvent donner leur consentement à l'application du règlement sur la transparence.

13. Selon l'option 1, le règlement sur la transparence devrait être intégré au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, probablement sous forme d'appendice à celui-ci.

14. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la formulation d'une déclaration d'exclusion expresse afin d'éviter qu'une décision d'exclure expressément le règlement sur la transparence n'ait des conséquences involontaires sur l'applicabilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

– *Option 2: Clause d'acceptation explicite*

15. Selon la seconde option (clause d'acceptation expresse), la variante 1 dispose que le règlement sur la transparence s'appliquera à un arbitrage engagé

conformément à tout règlement d'arbitrage, tandis que la variante 2 limite son application aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), la Cour permanente d'arbitrage (CPA) de La Haye, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (CCS) et la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI) ont confirmé qu'en principe, l'application du règlement sur la transparence conjointement avec leurs propres règlements ne devrait pas poser problème (A/CN.9/736, par. 28). Quelques institutions d'arbitrage ont proposé de définir plus en détail comment dans la pratique appliquer le règlement sur la transparence aux arbitrages administrés conformément à leurs règlements (A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, par. 35).

16. Selon l'option 2, le règlement sur la transparence pourrait prendre la forme de règles autonomes.

– *“Version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI”*

17. Dans le contexte de l'option 1 et de la variante 2 de l'option 2, qui contiennent une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les mots entre crochets “[la version applicable du]” permettrait de préciser que le règlement sur la transparence pourra s'appliquer conjointement à la version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, y compris toute révision future de celui-ci.

18. On trouvera dans la section C un aperçu de l'interaction entre le règlement sur la transparence et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, par. 13 à 34) (A/CN.9/736, par. 30).

Paragraphe 2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le paragraphe 2, qui interdit aux parties au litige d'exclure l'application du règlement sur la transparence ou d'y déroger une fois qu'elles l'ont accepté en tant que parties au traité, (A/CN.9/736, par. 32 à 36).

Paragraphe 3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal

20. Le paragraphe 3 reflète les discussions du Groupe de travail concernant l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire (A/CN.9/736, par. 38 à 40).

Paragraphe 4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement

21. Le paragraphe 4 précise que le règlement sur la transparence n'est pas censé supplanter les dispositions du traité d'investissement pertinent prévoyant un degré de transparence plus élevé (A/CN.9/736, par. 31).

Paragraphe 5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable

22. Le règlement sur la transparence complétera et, dans certains cas, modifiera le règlement d'arbitrage conjointement auquel il s'appliquera. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il faudrait inclure dans le texte une disposition allant dans le sens de celle reflétée au paragraphe 5 afin de préciser la relation entre les deux règlements. Comme il se peut que de futurs règlements d'arbitrage prévoient un degré de transparence encore plus élevé que le règlement sur la transparence, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure au paragraphe 5 une disposition stipulant que le règlement d'arbitrage comportant des dispositions plus rigoureuses prévaut. L'interaction entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable est discutée à la section C (A/CN.9/169/WG.II/WP.169/Add.1, par. 13 à 35).

Notes afférentes au paragraphe 1 de l'article premier

– *“arbitrage entre investisseurs et États”*

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la première note proposée concernant le paragraphe 1, qui précise que le règlement sur la transparence ne s'applique qu'au règlement des litiges découlant de traités d'investissement entre un investisseur et une partie au traité et non au règlement des litiges entre parties au traité (A/CN.9/736, par. 37).

– *“traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs”*

24. Le Groupe de travail est convenu que l'expression “traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs”, employée au paragraphe 1 de l'article premier, devrait être élucidée afin de mieux circonscrire son champ d'application. Il est proposé d'inclure une note précisant qu'il est entendu que les traités auxquels s'applique le règlement sur la transparence doivent être interprétés au sens large (A/CN.9/736, par. 37). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi la question de savoir si cette disposition devrait faire l'objet non pas d'une note mais plutôt d'un autre paragraphe de l'article premier.

Article 2. Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale

25. Projet d'article 2 – Publication d'informations au moment de l'ouverture de la procédure arbitrale.

Option 1

“Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, les parties au litige en communiquent sans tarder une copie au registre visé à l'article 9. Le registre met alors sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.”

Option 2

“1. Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, les parties au litige en communiquent sans tarder une copie au registre visé à

l'article 9. Le registre met alors sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.

2. *Dans les [30] jours suivant la réception de la notification d'arbitrage par le défendeur, les parties au litige indiquent au registre visé à l'article 9 si la notification contient des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8 et lui communiquent la notification d'arbitrage sous la forme dans laquelle les parties conviennent qu'elle doit être publiée. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public la notification d'arbitrage, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il la reçoit des parties au litige.]*

3. *Dans les [30] jours suivant la réception de la réponse à la notification d'arbitrage par le demandeur, les parties au litige la communiquent au registre visé à l'article 9 sous la forme dans laquelle les parties conviennent qu'elle doit être publiée. Elles peuvent y supprimer les informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8. [Le registre visé à l'article 9 met alors opportunément à la disposition du public la réponse à la notification d'arbitrage, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il la reçoit des parties au litige.] [Ou, au lieu de la dernière phrase entre crochets des paragraphes 2 et 3: Le registre visé à l'article 9 met à la disposition du public, en même temps, la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit des parties au litige.]"*

Remarques

26. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'intitulé de l'article 2, le titre figurant dans la version précédente ("ouverture de la procédure arbitrale") ayant été modifié afin de mieux refléter le contenu de l'article.

Option 1 – Publication d'informations à caractère général

27. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail s'est accordé à reconnaître la nécessité de mettre des informations à la disposition du public dès les premiers stades de la procédure arbitrale, comme envisagé dans l'option 1 (A/CN.9/736, par. 43). Il a été convenu que ces informations devraient être publiées par l'entremise d'une institution chargée de conserver les informations publiées ("registre") et que les informations pouvaient provenir de l'une quelconque des parties (A/CN.9/736, par. 44). Selon cette option, la publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse à celle-ci) serait effectuée conformément à l'article 3, après la constitution du tribunal arbitral (voir les paragraphes 29 à 32 ci-dessous concernant la publication des documents).

Option 2 – Publication d'informations à caractère général, de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci

28. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, lors de l'examen de la question de savoir quand devraient être publiées la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci (A/CN.9/736, par. 47 à 52), l'avis de la majorité a été que ces informations ne devraient pas être publiées avant la constitution du tribunal arbitral, tandis qu'une minorité s'est dite favorable à une publication immédiate, comme prévu par l'option 2 (A/CN.9/736, par. 53). Selon la procédure envisagée dans l'option 2, la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci seraient publiées avant la constitution du tribunal arbitral. Il se peut qu'un tribunal arbitral soit constitué avant que les parties au litige s'entendent sur les informations à supprimer de la notification d'arbitrage et de la réponse. Si le Groupe de travail opte pour l'option 2, il faudrait uniformiser les dispositions sur ce point des articles 2 et 3.

Article 3. Publication de documents

29. **Projet d'article 3 – Publication de documents**

“1. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, les documents ci-après sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage; la réponse à la notification d'arbitrage; le mémoire en demande, le mémoire en défense et toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige; [un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents susmentionnés] [les pièces afférentes]; les déclarations des témoins et rapports d'experts; toute déclaration écrite de parties au traité non parties au litige et de tiers; les transcriptions d'audience, si elles sont disponibles; et les ordonnances et décisions du tribunal arbitral.

2. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, le tribunal peut, de sa propre initiative ou à la demande de l'une des parties au litige, décider d'ordonner la publication de tous autres documents qui lui sont soumis ou émanent de lui. Il prend cette décision dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire après consultation des parties au litige.

3. Sous réserve des exceptions visées à l'article 8, une personne non partie au litige peut demander l'accès à tous autres documents soumis au tribunal arbitral ou émanant de celui-ci, et le tribunal décide, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire et après consultation des parties au litige, s'il y a lieu d'accorder cet accès et selon quelles modalités.

4. Les documents mis à la disposition du public conformément aux paragraphes 1 et 2 sont communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, s'il y a lieu, sous forme expurgée conformément à l'article 8. Les documents mis à la disposition [du public] [de la personne ayant demandé à les consulter] conformément au paragraphe 3 peuvent être communiqués par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, s'il y a lieu, sous forme expurgée conformément à l'article 8. Le registre met opportunément les documents à disposition sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.”

Remarques

30. L'article 3 reflète une proposition formulée à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail tendant à ce que la disposition relative à la publication des documents: i) indique la liste des documents devant être mis à la disposition du public; ii) stipule que le tribunal arbitral a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication d'autres documents; et iii) garantisse le droit de tiers à demander l'accès à d'autres documents (A/CN.9/736, par. 54 à 66). On a estimé que cette disposition réalisait un juste équilibre entre les nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire de diriger la procédure (A/CN.9/736, par. 58 et 65).

Paragraphe 1 – Liste des documents

31. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la liste des documents figurant au paragraphe 1 (A/CN.9/736, par. 65). Comme leur publication fait l'objet de l'article 4, les sentences ne figurent pas sur cette liste. Les procès-verbaux ou transcriptions d'audiences y ont été inclus, le Groupe de travail considérant que la publication des transcriptions devrait être soumise aux mêmes règles que celle des documents (plutôt que d'être traités dans la disposition concernant la publicité des audiences) (A/CN.9/736, par. 109). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il convient de publier les pièces ou un tableau énumérant l'ensemble des pièces afférentes aux documents.

Paragraphes 2 à 4 – Autres documents

32. En ce qui concerne le traitement à réserver, conformément au paragraphe 4, aux documents visés au paragraphe 3, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les documents devront être mis à la disposition du public par l'entremise du registre ou si seule la tierce partie en ayant fait la demande sera autorisée à les consulter. À ce stade, les projets de paragraphes 3 et 4 stipulent qu'il appartient au tribunal arbitral, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider de la suite à donner à la demande de consultation de documents supplémentaires émanant d'un tiers. Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, décider selon quelles modalités la consultation pourra être autorisée eu égard aux circonstances pertinentes, y compris la nature des documents dont il s'agit. Il se peut par exemple que le tiers doive se rendre en un certain lieu pour consulter des documents, ou bien il pourra lui en être adressé copie. Si le Groupe de travail décide que les documents visés au paragraphe 3 doivent tous être rendus publics par l'entremise du registre, le libellé de l'article 3 pourrait être simplifié comme suit: dans la première phrase du paragraphe 2, les mots "ou de toute personne non partie au litige" seraient ajoutés après les mots "parties au litige". Le paragraphe 3 et la deuxième phrase du paragraphe 4 seraient supprimés, et les références à l'article 3 figurant aux paragraphes 4 et 6 de l'article 8 seraient modifiées en conséquence.

Article 4. Publication des sentences arbitrales

33. Projet d'article 4 – Publication des sentences arbitrales

“1. Sous réserve des exceptions prévues à l'article 8, toutes les sentences arbitrales sont mises à la disposition du public.

2. Les sentences arbitrales sont communiquées par le tribunal arbitral au registre visé à l'article 9 à mesure qu'elles deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'article 8. Le registre met opportunément les sentences arbitrales à la disposition du public, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.”

Remarques

34. À la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, l'article 4 a été largement appuyé (A/CN.9/736, par. 67).

Article 5. Observations présentées par des tiers

35. Projet d'article 5 – Observations présentées par des tiers

“1. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties au litige, autoriser une personne qui n'est ni partie au litige ni partie au traité (“un tiers”) à déposer des observations écrites à son intention relatives à une question qui s'inscrit dans le cadre du litige.

2. Un tiers souhaitant présenter des observations saisit le tribunal arbitral d'une requête à cette fin et fournit par écrit les informations suivantes dans une des langues de l'arbitrage, de manière concise, sans dépasser le nombre de pages fixé par le tribunal: a) une description du tiers, y compris, le cas échéant, de sa composition et de son statut juridique (par exemple, association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le tiers); b) une déclaration indiquant si le tiers a des liens, directs ou indirects, avec une des parties au litige; c) des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation qui a contribué financièrement ou autrement à la préparation des observations; d) une description de la nature de l'intérêt que le tiers porte à l'arbitrage; et e) un énoncé des questions précises de fait ou de droit visées par la procédure que le tiers souhaite aborder dans ses observations écrites.

3. Afin de déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine, entre autres, a) si le tiers porte à l'instance un intérêt significatif et b) dans quelle mesure ces observations l'aideraient à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige.

4. Les observations déposées par le tiers: a) sont datées et signées par la personne qui les présente; b) sont concises et ne dépassent en aucun cas la longueur autorisée par le tribunal arbitral; c) contiennent un énoncé précis de

la position du tiers sur les questions relatives à l'instance; et d) n'abordent que les questions entrant dans le cadre du litige.

5. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas à l'excès la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.

6. Le tribunal arbitral s'assure également que les parties au litige ont la possibilité de commenter les observations présentées par le tiers."

Remarques

36. L'article 5 traite de la présentation d'observations par un tiers, c'est-à-dire par un *amicus curiae*. Il reflète les modifications convenues par le Groupe de travail à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 70 à 77) et expose en détail la procédure à suivre concernant les informations qui doivent être fournies au sujet du tiers qui souhaite présenter des informations (paragraphe 2); des questions que doit examiner le tribunal arbitral (paragraphe 3, 5 et 6); et des observations elles-mêmes (paragraphe 4).

Article 6. Observations présentées par une partie au traité non partie au litige

37. Projet d'article 6 – Observations présentées par une partie au traité non partie au litige.

"1. Le tribunal arbitral [accepte] [peut accepter] qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des questions d'interprétation du traité ou, après consultation des parties au litiges, peut l'inviter à le faire.

2. Le tribunal arbitral, après consultation des parties au litige, peut accepter qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des [questions de droit [ou de fait]] [questions entrant dans le cadre du litige] ou l'inviter à le faire. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de solliciter de telles observations, le tribunal arbitral prend en considération, entre autres, les éléments visés au paragraphe 3 de l'article 5.

3. Le tribunal arbitral ne tire aucune conclusion de l'absence d'observations ou de réponse à une invitation formulée conformément au paragraphe 1 ou 2.

4. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas à l'excès la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.

5. Le tribunal arbitral s'assure également que les parties au litige ont la possibilité de commenter les observations présentées par une partie au traité qui n'est pas partie au litige."

Remarques

38. À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail a pris note du large accord qui s'était dégagé sur les points suivants: i) les observations présentées par une partie au traité non partie au litige et les observations présentées par des tiers devaient faire l'objet de dispositions distinctes (A/CN.9/736, par. 83, 84 et 97); ii) le

tribunal arbitral devrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, consulter les parties au litige; et iii) les parties au litige devraient être autorisées à commenter les observations présentées (A/CN.9/736, par. 97). Il a été noté que les questions visées aux paragraphes 39 et 40 ci-après devraient faire l'objet d'un examen plus approfondi.

Paragraphe 1 – “[accepte] [peut accepter]”

39. La question a été posée de savoir si le tribunal arbitral devrait avoir toute latitude pour accepter qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations, et donc si le mot “accepte” ne devrait pas être remplacé par les mots “peut accepter” (A/CN.9/736, par. 90 et 98).

Paragraphe 2 – “questions de droit [ou de fait] [questions entrant dans le cadre du litige]”

40. Le point de savoir si une partie au traité non partie au litige devrait pouvoir présenter des observations concernant non seulement des questions liées à l'interprétation du traité mais aussi des questions de droit ou de fait ou des questions entrant dans le cadre du litige a été longuement discuté par le Groupe de travail à sa cinquante-cinquième session, lequel a décidé de le laisser en suspens pour en poursuivre l'examen (A/CN.9/736, par. 85 à 89 et 98).

Article 7. Audiences

41. Projet d'article 7 – Audiences.

“1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3 de l'article 7, les audiences sont publiques, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement après consultation des parties au litige.

2. Lorsqu'il est nécessaire de protéger des informations [confidentielles ou sensibles] ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'article 8, le tribunal arbitral prend des dispositions pour tenir à huis clos la partie de l'audience appelant une telle protection.

3. Le tribunal arbitral peut prendre des dispositions logistiques pour faciliter le droit d'accès du public aux audiences (y compris, le cas échéant, en lui permettant d'y assister par liaison vidéo ou par d'autres moyens qu'il juge appropriés) et peut, après consultation des parties au litige, tenir tout ou partie des audiences à huis clos si une telle mesure est ou devient nécessaire pour des motifs logistiques.”

Remarques

Paragraphe 1 – Publicité des audiences

42. Le paragraphe 1 reflète la proposition tendant à ce que les audiences soient en principe publiques, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement après consultation des parties au litige (A/CN.9/736, par. 100 et 102). Le paragraphe 1 a été considéré comme établissant un équilibre approprié et comme permettant au tribunal d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément au paragraphe 3 de l'article premier.

Paragraphes 2 et 3 – Exceptions à la publicité des audiences

43. Les paragraphes 2 et 3 énoncent les exceptions au principe de la publicité des audiences. Le paragraphe 2 traite des exceptions visées à l'article 8, et le paragraphe 3 des observations formulées au Groupe de travail, à savoir qu'il peut s'avérer nécessaire que les audiences se tiennent à huis clos pour des raisons pratiques (A/CN.9/717, par. 109 et A/CN.9/736, par. 104).

Coûts liés à la tenue d'une audience publique

44. Comme le Groupe de travail l'a demandé à sa cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 106), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a fourni des informations sur les coûts liés à la tenue d'audiences publiques. Ces informations figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

Article 8. Exceptions à la transparence

45. Projet d'article 8 – Exceptions à la transparence.

Informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]

"1. Les informations [confidentielles ou sensibles] [protégées], telles qu'elles sont définies au paragraphe 2 du présent article et identifiées conformément aux paragraphes 3 à 9 ci-dessous, ne sont pas mises à la disposition du public ni à des parties au traité qui ne sont pas parties au litige conformément aux articles 2 à 7.

2. Sont considérées comme informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]:

- a) Les informations commerciales confidentielles;*
- b) Les informations protégées contre la divulgation au public en vertu du traité;*
- c) Les informations protégées contre la divulgation au public en vertu de la législation d'une partie au litige ou de tous autres lois et règlements dont le tribunal arbitral décide qu'ils sont applicables à la divulgation de telles informations.*

3. Lorsqu'un document autre qu'une ordonnance ou décision du tribunal arbitral doit être mis à la disposition du public conformément au paragraphe 1 de l'article 3, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne qui le présente doit, lorsqu'elle le soumet, indiquer s'il contient selon elle des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre leur divulgation] et en présenter sans tarder ou dans le délai fixé par le tribunal arbitral une version expurgée ne contenant pas lesdites informations.

4. Lorsqu'un document autre qu'une ordonnance ou décision du tribunal arbitral doit être mis à la disposition du public conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 3, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne qui le présente doit, dans les 30 jours

suivant la décision par laquelle le tribunal a décidé que le document doit être mis à la disposition du public, indiquer s'il contient selon elle des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre leur divulgation] et en présenter une version expurgée ne contenant pas lesdites informations.

5. *Lorsqu'il est proposé d'expurger un document comme prévu au paragraphe 3 ou 4 du présent article, toute partie au litige autre que la personne ayant présenté le document en question peut opposer une objection et/ou proposer que le document soit expurgé différemment. Une telle objection ou contreproposition doit être présentée dans les 30 jours suivant la réception du document expurgé proposé.*

6. *Lorsqu'une ordonnance, décision ou sentence du tribunal arbitral doit être mise à la disposition du public conformément au paragraphe 1 de l'article 3 et à l'article 4, le tribunal donne à toutes les parties au litige la possibilité de formuler des observations quant à la mesure dans laquelle le document contient des informations qui [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées contre la divulgation] et de proposer qu'il soit expurgé de manière à empêcher que lesdites informations soient rendues publiques.*

7. *Le tribunal arbitral statue sur toutes les questions concernant les informations qu'il est proposé d'expurger des documents conformément aux paragraphes 3 à 6 du présent article et détermine, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la mesure dans laquelle les informations contenues dans des documents devant être mis à la disposition du public devraient être expurgées.*

8. *Si le tribunal arbitral détermine que des informations ne devraient pas être expurgées d'un document conformément aux paragraphes 3 à 5 du présent article, la partie au litige, partie au traité qui n'est pas partie au litige ou tierce personne ayant présenté le document peut, dans les 30 jours suivant la décision du tribunal arbitral, i) retirer tout ou partie du document contenant lesdites informations de la procédure arbitrale [étant entendu qu'elle ne pourra plus faire fond sur lesdites informations à quelque fin que ce soit dans la procédure arbitrale] ou ii) présenter à nouveau le document sous une forme répondant à la décision du tribunal.*

9. *Toute partie au litige qui entend utiliser à l'audience des informations qu'elle affirme être [confidentielles ou sensibles] [protégées] en informe le tribunal arbitral, lequel, après consultation des parties au litige, décide si lesdites informations [ont un caractère confidentiel ou sensible] [doivent être protégées] et prend les dispositions voulues, conformément au paragraphe 2 de l'article 7, pour empêcher que des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées] ne soient rendues publiques.*

Intégrité de la procédure arbitrale

10. *Il n'est pas mis à la disposition du public conformément aux articles 2 à 7 des informations qui, si elles étaient divulguées, compromettraient*

l'intégrité de la procédure arbitrale, comme déterminé conformément au paragraphe 11 du présent article.

11. Le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie au litige, et après consultation des parties au litige lorsque cela est possible, prendre les mesures appropriées pour empêcher ou retarder la publication d'informations dont la divulgation compromettrait l'intégrité de la procédure arbitrale a) du fait qu'elle entraverait la collecte ou la production d'éléments de preuve, b) du fait qu'elle pourrait déboucher sur une intimidation des témoins, des avocats agissant pour le compte des parties au litige ou de membres du tribunal arbitral ou c) en raison de circonstances exceptionnelles comparables."

Remarques

46. L'article 8 a pour objet de définir les exceptions à la transparence, lesquelles ont uniquement pour but de protéger des informations confidentielles ou sensibles (par. 1 à 9) ou l'intégrité de la procédure arbitrale (par. 10 et 11) (A/CN.9/717, par. 129 à 147; A/CN.9/736, par. 110 à 130). À sa cinquante-cinquième session, le Groupe de travail est convenu que seules ces deux catégories de circonstances devraient donner lieu à des exceptions aux dispositions relatives à la transparence (A/CN.9/736, par. 111).

Informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]

47. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre une décision sur la question de savoir s'il y a lieu d'utiliser les mots "confidentielles ou sensibles" ou le mot "protégées" pour qualifier les informations devant être tenues confidentielles (A/CN.9/736, par. 117).

Paragraphe 2 – Définition des informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]

48. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la définition des "informations [confidentielles ou sensibles] [protégées]" figurant au paragraphe 2, qui est fondée sur une proposition formulée à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail (A/CN.9/736, par. 122).

49. Il y a lieu de rappeler qu'à la cinquante-cinquième session du Groupe de travail, ses membres ont exprimé des doutes quant à la capacité du tribunal arbitral de déterminer si la législation d'une partie au litige s'appliquait à la divulgation de l'information. Il a été dit que le tribunal arbitral devrait être tenu d'appliquer la législation d'une partie au litige à cet égard. Le Groupe de travail voudra peut-être poursuivre l'examen de cette question dans le contexte du paragraphe 2 (A/CN.9/736, par. 127).

Paragraphe 3 à 8 – Procédure à suivre pour identifier et protéger les informations confidentielles et sensibles

50. La procédure à suivre pour identifier les informations devant être protégées est énoncée aux paragraphes 3 à 8. Les paragraphes 3 à 5 traitent de la question liée aux informations confidentielles ou sensibles à expurger des documents présentés par les

parties au litige ou par toute autre personne participant à la procédure (A/CN.9/736, par. 129). L'article 6 concerne les informations devant être expurgées de documents publiés par le tribunal arbitral. Dans tous les cas, le processus est supervisé par le tribunal arbitral conformément au paragraphe 7 (A/CN.9/736, par. 129). Le paragraphe 8 contient une disposition que l'on retrouve dans certains traités d'investissement et qui permet à une personne ayant présenté une version expurgée d'un document de retirer tout ou partie de celui-ci si elle n'est pas d'accord avec la décision du tribunal arbitral sur le point de savoir si certaines des informations figurant dans le document doivent effectivement en être expurgées⁸. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 8 précise que la partie qui décide de retirer les informations ne pourra plus faire fond sur les informations retirées au cours de la procédure (A/CN.9/736, par. 129).

51. Le paragraphe 9 énonce la procédure à suivre pour protéger les informations présentées à l'audience, conformément à l'article 7.

Procédure à suivre pour protéger l'intégrité de la procédure arbitrale

52. À la cinquante-troisième session du Groupe de travail, il a été généralement admis que la question de la protection de l'intégrité de la procédure arbitrale devrait être prise en considération dans le cadre de la diffusion des exceptions à la transparence (A/CN.9/712, par. 72).

53. Les paragraphes 10 et 11 définissent la procédure à suivre pour protéger l'intégrité de la procédure arbitrale et stipulent que le tribunal arbitral peut consulter les parties lorsqu'il décide, de sa propre initiative, de restreindre la publication de l'information. En outre, les parties doivent être consultées "lorsque cela est possible" afin de tenir compte des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le tribunal arbitral peut être amené à restreindre la publication d'informations (A/CN.9/736, par. 113). Le tribunal arbitral peut "retarder" (et pas seulement "empêcher") la publication d'informations pour que celles-ci puissent être divulguées lorsque la menace ayant conduit à interdire leur publication a disparu (A/CN.9/736, par. 130).

Délais

54. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les articles 2 et 8 du règlement sur la transparence contiennent des références à des délais et, à ce propos, examiner la question de savoir si une disposition concernant le calcul des délais devrait être incorporée au règlement sur la transparence ou s'il s'agit là d'une question qui devrait être réglée conformément au règlement d'arbitrage applicable.

⁸ Voir, par exemple, le paragraphe 4 de l'article 15.20 de l'Accord de libre-échange entre les États-Unis d'Amérique et Singapour (http://www.fta.gov.sg/ussfta/chapter_15_us.pdf); le paragraphe 4 d) de l'article 29 du Traité bilatéral type relatif aux investissements des États-Unis d'Amérique de 2004 (<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>); le paragraphe 4 d) de l'article 10.21 de l'Accord centraméricain de libre-échange (http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/cafta/asset_upload_file328_4718.pdf); et le paragraphe 4 d) de l'article 29 du Traité entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République du Rwanda concernant l'encouragement et la protection réciproque des investissements (http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file743_14523.pdf).