



# Assemblée générale

Distr. générale  
16 février 2012  
Français  
Original: anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Quarante-cinquième session  
New York (25 juin-6 juillet 2012)

## **Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-sixième session (New York, 6-10 février 2012)**

### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	1-3	2
II. Organisation de la session . . . . .	4-10	2
III. Délibérations et décisions . . . . .	11	4
IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . .	12-116	4
A. Projet de règlement sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités . . . . .	13-116	4
1. Article 1-1 – Applicabilité du règlement sur la transparence . . . . .	13-59	4
2. Article 1-2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige . . . . .	60-81	14
3. Article 1-3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral . . . . .	82-85	18
4. Article 1-4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement . . . . .	86-94	18
5. Article 1-5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable . . . . .	95-97	19
6. Notes afférentes à l'article 1 . . . . .	98-102	20
7. Article 2 – Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale . . . . .	103-110	20
8. Article 3 – Publication de documents . . . . .	111-116	22



## I. Introduction

1. 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, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé, à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)<sup>1</sup>, que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités serait examinée en priorité immédiatement après l'achèvement de la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Elle a chargé son Groupe de travail II d'élaborer une norme juridique à ce sujet<sup>2</sup>.

2. À sa quarante-quatrième session (Vienne, 27 juin-8 juillet 2011), la Commission a rappelé l'engagement qu'elle avait exprimé à sa quarante et unième session, soulignant combien il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Elle a confirmé que la question de l'applicabilité de la norme juridique sur la transparence 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 conclus<sup>3</sup>. En outre, elle est convenue que la question de l'intervention éventuelle d'un État partie non contestant dans une procédure arbitrale devait être considérée comme faisant partie intégrante du mandat du Groupe de travail. Il fallait laisser au Groupe de travail le soin d'examiner plus avant la question de savoir si la norme juridique sur la transparence devrait traiter d'un tel droit d'intervention et, dans l'affirmative, quelles seraient la portée et les modalités d'une telle intervention<sup>4</sup>.

3. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.168, 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

4. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-sixième session à New York, du 6 au 10 février 2012. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Égypte, El Salvador, Espagne, États Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Grèce, Honduras, Inde, Iran (République islamique d'), Israël, Italie, Japon, Kenya, Malaisie, Maurice, Mexique, Nigéria, Norvège, Ouganda, Pakistan, Philippines, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs* (A/63/17 et Corr.1 et 2), par. 314.

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

<sup>3</sup> *Ibid.*, soixante-sixième session, *Supplément n° 17* (A/66/17), par. 200.

<sup>4</sup> *Ibid.*, par. 202.

5. Ont assisté à la session des observateurs des États suivants: Bangladesh, Bélarus, Belgique, Croatie, Cuba, Équateur, Finlande, Indonésie, Iraq, Koweït, Luxembourg, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Panama, Pays-Bas, Pérou, République démocratique du Congo, Roumanie, Slovaquie, Suède et Suisse.

6. Ont également assisté à la session des observateurs de la Palestine et de l'Union européenne.

7. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) *Organisations intergouvernementales*: Cour permanente d'arbitrage (CPA), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et Secrétariat de la Charte de l'énergie;

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Association arabe pour l'arbitrage international, Association Droit et Méditerranée (Jurimed), Association européenne des étudiants en droit, Association internationale du barreau, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association of the Bar of the State of New York, Association suédoise d'arbitrage (SAA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC), Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Cour d'arbitrage de Madrid, Cour d'arbitrage international de Londres (LCIA), Cour internationale d'arbitrage, Fédération interaméricaine des avocats, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), Institute of International Commercial Law (IICL), International Federation of Commercial Arbitration Institutions (IFCAI), International Insolvency Institute (III), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA) du Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis, Pakistan Business Council (PBC), School of International Arbitration de l'Université Queen Mary de Londres (QMUL), Tehran Regional Arbitration Centre (TRAC) et Union des avocats européens (UAE).

8. Le Groupe de travail a élu le Bureau suivant:

*Président*: M. Salim Moollan (Maurice)

*Rapporteur*: M. Shotaro Hamamoto (Japon)

9. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.168); 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.169 et son additif); c) note du

Secrétariat reproduisant les observations d'institutions arbitrales sur la création d'un lieu de conservation des informations publiées ("registre") (A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif).

10. 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. Organisation des travaux futurs.
6. Questions diverses.
7. Adoption du rapport.

### **III. Délibérations et décisions**

11. 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.169 et son additif; et A/CN.9/WG.II/WP.170 et son additif). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV.

### **IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités**

12. Le Groupe de travail a rappelé le mandat que la Commission lui avait confié à sa quarante-troisième session, énoncé dans le paragraphe 1 ci-dessus, et l'importance d'assurer la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Il a repris ses travaux sur l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités, sur la base du document A.CN.9/WG.II/WP.169 et de son additif et de l'avant-projet de règlement sur la transparence qui y figure.

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

##### **1. Article 1-1 – Applicabilité du règlement sur la transparence**

13. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-1 figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

*Article 1-1 tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169*

14. L'article 1-1 comportait deux options et des variantes. Selon la première option, la "clause d'exclusion expresse", le règlement sur la transparence

s'appliquerait en tant que complément du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le cadre de traités d'investissement prévoyant que les arbitrages sont régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que le traité d'investissement ne dispose que le règlement sur la transparence ne s'applique pas. Cette option comportait deux variantes. La première variante prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquerait aux traités conclus après la date de son adoption (dénommés "futurs traités d'investissement") et la deuxième, qu'il s'appliquerait aux traités futurs et, dans certains cas, à ceux conclus avant la date d'adoption du règlement (dénommés "traités d'investissement existants"). Selon la deuxième option, ou "clause d'acceptation expresse", le règlement sur la transparence s'appliquerait lorsque les Hautes Parties Contractantes (dénommées "Partie(s)") à un traité d'investissement consentent expressément à son application. La deuxième option comportait deux variantes. La première variante prévoyait l'application du règlement sur la transparence aux arbitrages quel que soit le règlement d'arbitrage applicable. La deuxième limitait le champ d'application du règlement sur la transparence aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

15. On a souligné que les options 1 et 2 avaient des orientations différentes. La première option prévoyait l'application de principe du règlement sur la transparence, à moins que les Parties à un traité d'investissement n'en conviennent autrement, l'exclusion du règlement sur la transparence devant alors être négociée par la partie favorable à l'exclusion. En revanche, la deuxième option prévoyait l'application du règlement sur la transparence uniquement en cas de convention expresse des Parties à un traité d'investissement en ce sens, l'application de la transparence devant alors être négociée par la partie favorable à la transparence.

16. Selon un point de vue largement partagé, compte tenu du mandat confié par la Commission au Groupe de travail, l'article 1-1 devrait être rédigé de façon à permettre une large application du règlement sur la transparence. L'avis a été exprimé que cette application devrait respecter les principes du droit international en vertu desquels les États ne sauraient être liés sauf à y consentir. Des avis divergents ont été exprimés quant à la manière dont ce consentement devait être exprimé.

*Exclusion expresse, futurs traités (option 1, variante 1)*

17. Des avis ont été exprimés en faveur de la première variante de l'option 1. On a précisé que le consentement à appliquer le règlement sur la transparence serait exprimé si, dans les traités d'investissement, les parties mentionnaient le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, étant entendu que celui-ci incluait le règlement sur la transparence (A/CN.9/736, par. 20). On a dit que cette solution constituait le meilleur moyen de mener à bien le mandat confié par la Commission au Groupe de travail en vue de promouvoir la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. On a en outre dit que si le règlement sur la transparence s'appliquait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, rien n'empêchait les Parties à un traité d'investissement d'en faire une application générale, indépendamment du règlement d'arbitrage applicable.

18. On a précisé que l'option 1, première variante n'était pas destinée à rendre le règlement sur la transparence applicable aux traités d'investissement conclus avant la date d'adoption dudit règlement. Afin de montrer clairement que la première

variante de l'option 1 ne s'appliquerait pas aux traités d'investissements existants, il a été suggéré de remplacer les mots entre crochets “[à la version applicable du]” par une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

*Clause d'exclusion expresse, traités futurs et certains traités existants (option 1, variante 2)*

19. On s'est inquiété de ce que la variante 1 de l'option 1 ne réglementait pas la question de l'applicabilité du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants. On a souligné que la variante 2 de cette option contenait une phrase supplémentaire qui prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquait également si le traité prévoyait l'application de la version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vigueur à la date d'ouverture de l'arbitrage. Les représentants qui estimaient qu'il était important de se référer aux traités d'investissement existants ont souligné que quelque 3 000 traités de ce type étaient en vigueur à l'heure actuelle et que la plupart des arbitrages entre investisseurs et États qui surviendraient les prochaines années se rapporteraient à un traité existant. Il a été dit que la variante 2 atteignait l'objectif consistant à assurer une application plus large du règlement sur la transparence, ce qui était conforme au mandat confié par la Commission au Groupe de travail. Il a aussi été dit que, comme le règlement s'appliquerait uniquement lorsque le traité d'investissement existant le permettait, la variante 2 de l'option 1 n'aurait pas d'effet rétroactif.

20. L'avis a été exprimé qu'une référence dans les traités d'investissement 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. Il a été dit que rares étaient les traités d'investissement qui comprenaient une formule telle que celle proposée dans la variante 2 de l'option 1. Par conséquent, il a été proposé, pour les besoins de la rédaction et pour assurer une application plus large du règlement sur la transparence aux arbitrages relevant de traités existants, de prévoir dans cette variante que ce règlement s'appliquerait lorsque le traité d'investissement ne renvoyait pas expressément à la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

21. Toutefois, des réserves ont été exprimées concernant la variante 2 de l'option 1. Il a été dit que la version de 1976 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne contenait pas de disposition concernant l'évolution possible du Règlement. Dans ce contexte, on a noté que le paragraphe 2 de l'article premier de la version révisée en 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposait que le Règlement de 2010 était présumé s'appliquer lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue après le 15 août 2010, mais que cette présomption ne s'appliquait pas lorsque la convention d'arbitrage avait été conclue par acceptation, après le 15 août 2010, d'une offre faite avant cette date.

22. En outre, on a dit que, pour assurer l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants, il pourrait être nécessaire de renvoyer à ce règlement dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il n'était pas sûr que les tribunaux arbitraux appliqueraient le règlement sur la transparence, surtout lorsque les traités existants renvoyaient au “Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976”, puisque les tribunaux arbitraux pourraient considérer que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 différait du Règlement d'arbitrage de

la CNUDCI de 1976 tel que modifié, par exemple en 2013, pour inclure le règlement sur la transparence.

23. Par conséquent, pour les traités d'investissement existants, il a été suggéré qu'il faudrait examiner plus avant des solutions telles que celles décrites aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

*Clause d'acceptation expresse*

24. Certains représentants se sont dits favorables à l'option 2 car cette solution garantissait que les États avaient pris sciemment la décision d'appliquer le règlement. Il a été rappelé que les représentants qui, initialement, avaient exprimé une préférence pour une norme juridique qui prendrait la forme de principes directeurs, avaient accepté de discuter d'un règlement étant entendu que ce dernier s'appliquerait uniquement lorsqu'il y serait fait référence de manière claire et explicite (clause "d'acceptation expresse") (voir A/CN.9/717, par. 26 et 58).

25. Il a aussi été dit que la clause d'acceptation expresse était conforme au droit international public et à la pratique. Il a été souligné que la conclusion de traités d'investissement engendrait des obligations pour les États, qui étaient validées par une procédure interne. Il n'était pas possible de modifier ultérieurement ces obligations en ajoutant simplement un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

*Clause d'acceptation expresse, applicabilité quel que soit le règlement d'arbitrage choisi (option 2, variante 1)*

26. À l'appui de la variante 1 de l'option 2, il a été dit qu'en appliquant le règlement sur la transparence indépendamment du règlement d'arbitrage choisi, on assurerait une application plus large du règlement sur la transparence, ce qui permettrait au Groupe de travail de s'acquitter au mieux de son mandat, à savoir promouvoir la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités.

*Clause d'acceptation expresse, applicabilité limitée au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (option 2, variante 2)*

27. Des avis ont été exprimés en faveur de la variante 2 de l'option 2, se fondant sur le fait que le règlement sur la transparence devrait être rédigé conformément aux principes fondamentaux du droit international public en vertu desquels les Parties à des traités d'investissement ne sauraient être liées sauf à consentir explicitement au traité d'investissement. Selon les délégations qui étaient de cet avis, la variante 2 de l'option 2 assurerait aussi cohérence et prévisibilité.

*Propositions*

28. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a noté qu'à sa session en cours, l'option 1 avait été appuyée davantage qu'à la cinquante-cinquième session (A/CN.9/736, par. 30) et que l'option 2 avait également été appuyée. Plusieurs propositions ont été faites pour concilier les deux approches.

29. Il a été proposé de préparer à la fois un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et un texte autonome sur la transparence. Selon ses partisans, cette

approche favoriserait une large application du règlement sur la transparence. Il a été précisé que la Commission avait laissé au Groupe de travail une grande liberté pour ce qui était de la forme que pourrait prendre la norme juridique sur la transparence, qui pourrait notamment être celle d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>5</sup>. En faveur d'un texte autonome, il a été ajouté que les institutions d'arbitrage mentionnées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.170 et Add.1 avaient fait observer que le règlement sur la transparence, sous sa forme actuelle, pourrait fonctionner conjointement avec leurs propres règlements. Il a toutefois été demandé s'il était nécessaire d'établir deux instruments distincts, puisque les parties demeureraient libres d'adhérer au régime de transparence, que celui-ci apparaisse sous forme de règles autonomes ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

30. Il a été suggéré d'inclure dans le règlement sur la transparence une disposition encourageant les tribunaux arbitraux à l'utiliser comme lignes directrices pour la conduite de la procédure. Des questions ont été soulevées quant à la nécessité d'une telle disposition.

31. Il a été proposé en outre de concilier les deux options comme suit: "[L]e Règlement sur la transparence s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs lorsque les Parties ont convenu de son application, soit expressément dans le traité, à l'origine ou par une modification de celui-ci, soit dans des déclarations réciproques des Parties au traité, ou de toute autre manière, sous réserve d'une modification éventuellement convenue par les Parties. Si l'arbitrage est mené conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et si les Parties conviennent que la version révisée en 2010 de ce Règlement s'applique, on considérera qu'il inclut également le Règlement sur la transparence."

32. Après discussion, l'approche suivante s'est dégagée. L'article 1-1 pourrait contenir une disposition soulignant d'abord le caractère consensuel de l'application du règlement sur la transparence, en précisant que celui-ci s'applique lorsque le décident les Parties à un traité d'investissement ou les parties au litige. Par ailleurs, pour ce qui est des traités d'investissement futurs, le règlement sur la transparence s'appliquerait si ces traités contiennent une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sauf si les Parties au traité en décident autrement. En outre, il était entendu qu'une référence expresse aux versions 1976 ou 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne pouvait laisser présumer que le règlement sur la transparence s'applique. S'agissant des traités d'investissement existants, les avis ont divergé sur la question de savoir si l'article 1-1 devrait contenir un libellé destiné à préserver l'application du règlement sur la transparence lorsque le traité d'investissement permettait l'application de la version la plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou s'il devrait rester muet sur la question.

***Projet révisé d'article 1-1 ("la proposition révisée")***

33. Les discussions du Groupe de travail ont donné lieu à une proposition de version révisée de l'article 1-1 se lisant comme suit: "Sous réserve des règles de droit international applicables à l'interprétation des traités: 1) Le présent Règlement

<sup>5</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17), par. 314.

s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États engagé conformément à un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le "traité") lorsque a) les Parties au traité sont convenues de son application; ou b) les parties au litige sont convenues de son application. 2) En particulier, dans un traité conclu après [date d'adoption du Règlement sur la transparence], une référence dans celui-ci au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sera présumée inclure le Règlement sur la transparence, à moins que les Parties au traité n'en décident autrement, par exemple en faisant référence à une version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui n'inclut pas le Règlement sur la transparence".

34. Le Groupe de travail a examiné quant au fond la proposition figurant à l'article 33 ci-dessus (dénommée "la proposition révisée").

*Paragraphe 1 de la proposition révisée – Accord entre les Parties à un traité d'investissement ou entre les parties au litige*

35. Le paragraphe 1 de la proposition révisée prévoyait que le règlement sur la transparence s'appliquait lorsque les Parties à un traité d'investissement ou les parties au litige étaient convenues de son application. Il permettait une application large du règlement sur la transparence, dans la mesure où il n'en limitait pas l'application aux arbitrages engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

36. Il a été proposé de modifier l'alinéa a) du paragraphe 1 de la proposition révisée pour indiquer que les Parties à un traité d'investissement étaient convenus expressément, et non simplement convenus, de son application, afin de ne laisser subsister aucun doute sur la manière dont ils devraient exprimer leur consentement. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que le chapeau de la proposition révisée – "Sous réserve des règles de droit international applicables à l'interprétation des traités:" – n'était pas souhaitable parce que le tribunal arbitral pourrait être fondé à interpréter que les Parties à un traité d'investissement avaient donné leur consentement sans que cela soit le cas. Il a donc été proposé de le supprimer.

37. Il a été suggéré que l'alinéa b) du paragraphe 1 de la proposition révisée, qui visait à permettre l'application du règlement sur la transparence par les parties au litige lorsqu'elles en sont convenues, soit supprimé parce qu'il pourrait être source de confusion quant au champ d'application du règlement. Par ailleurs, on s'est demandé si les parties au litige pourraient décider d'appliquer le règlement alors que les Parties au traité d'investissement elles mêmes n'étaient pas convenues de son application.

38. Il a aussi été noté que le paragraphe 1 de la proposition révisée ne mentionnait aucune indication de temps, et des questions ont été soulevées concernant l'impact de cette disposition sur les traités d'investissement existants (voir ci-après, par. 47 à 53).

*Paragraphe 2 de la proposition révisée – Application aux traités d'investissement futurs*

39. Le paragraphe 2 de la proposition révisée prévoyait que, pour les traités d'investissement futurs, une référence dans ces traités au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI serait présumée inclure le règlement sur la transparence. Il précisait

que, si les parties faisaient référence à la version 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le règlement sur la transparence ne s'appliquerait pas.

40. Il a été dit que la présomption du paragraphe 2 selon laquelle le règlement sur la transparence s'appliquerait si le traité d'investissement contenait une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soulevait des questions quant à la forme que prendrait le règlement sur la transparence. Il a été dit qu'une telle présomption supposait que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soit modifié afin d'y inclure le règlement sur la transparence. On s'est demandé si la modification du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI faisait partie du mandat du Groupe de travail. En réponse à cette question, il a été précisé que la Commission, lorsqu'elle avait convenu que la question de la transparence serait traitée dans le cadre de travaux futurs, avait déclaré que l'élaboration d'un tel instrument pourrait inclure la rédaction d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI<sup>6</sup>.

41. Il a été suggéré que la question de la forme que prendrait le règlement sur la transparence – règles autonomes ou appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI – soit examinée en tant que point initial et séparé, avant d'engager des travaux fondés sur l'hypothèse que le règlement sur la transparence serait incorporé dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il a été répondu que cette question était intrinsèquement liée à la question générale traitée dans l'article 1-1.

*Référence aux traités d'investissement existants dans l'article 1-1*

42. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si l'article 1-1 devrait traiter de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants. Il a été rappelé qu'en ce qui concerne les traités d'investissement existants, les avis divergeaient sur la question de savoir si l'article 1-1 devrait contenir une formule destinée à préserver l'application du règlement sur la transparence lorsque le traité d'investissement permettait l'application de la version la plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (appelée dans les discussions "interprétation dynamique des traités d'investissement"), ou s'il devrait rester muet sur la question (voir le paragraphe 20 ci-dessus). Des avis divergents ont été exprimés, qui pourraient être classés en trois catégories: ceux en faveur de l'inclusion d'une disposition selon laquelle le règlement sur la transparence ne s'appliquerait pas aux traités existants en vertu d'une interprétation dynamique de ces traités d'investissement; ceux exprimant une préférence pour l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants, lorsque cela était autorisé, en vertu d'une interprétation dynamique des traités d'investissement; et ceux partisans de ne pas prévoir de règle en la matière.

*– Application limitée aux traités d'investissement futurs*

43. Des avis ont été exprimés en faveur d'une limitation de l'application du règlement sur la transparence aux traités d'investissement futurs. Il a été rappelé que s'agissant des traités d'investissement existants, le Groupe de travail était convenu d'examiner plusieurs solutions, notamment des recommandations ou une convention, et que le règlement sur la transparence ne devrait pas s'appliquer aux traités d'investissement existants, à moins que les Parties au traité n'expriment leur

<sup>6</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 (A/63/17), par. 313 et 314.

consentement sur ce point. Les partisans de l'acceptation expresse ont dit qu'ils acceptaient d'envisager le paragraphe 2 de la proposition révisée sur la base d'une application du règlement sur la transparence limitée aux traités d'investissement futurs.

44. À l'appui d'une application du règlement sur la transparence limitée aux traités d'investissement futurs, il a été dit que les États ne pouvaient être placés dans une situation où ils devraient rouvrir des négociations ou faire une déclaration sur l'interprétation de chacun de leurs traités d'investissement existants pour préciser si le règlement sur la transparence s'appliquait ou non.

45. Dans ce contexte, il a été jugé important d'indiquer dans le champ d'application du règlement sur la transparence comment il entrerait en jeu. Il a été dit que, si le règlement sur la transparence était utilisé conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), l'article 1-2 de celui-ci s'appliquerait. Il a été suggéré d'inclure dans le règlement sur la transparence une disposition similaire à l'article 1-2 pour éviter que les deux textes comportent une règle distincte sur l'application temporelle. Si le règlement sur la transparence devait prendre la forme d'un texte autonome, cela pourrait limiter la possibilité de son application dans le contexte de traités d'investissement existants. Cependant, il a été dit que, même si le règlement devait prendre la forme d'un texte autonome, les tribunaux arbitraux pourraient le considérer comme faisant partie du régime d'arbitrage de la CNUDCI le plus à jour et donc l'appliquer.

46. Afin d'éviter que le règlement sur la transparence ne s'applique aux traités d'investissement existants sans le consentement exprès des parties, il a été suggéré de préciser qu'il ne s'appliquerait que si, après sa date d'entrée en vigueur, les parties convenaient expressément de son application.

*– Traités d'investissement futurs et existants*

47. Des avis contraires ont été exprimés selon lesquels, compte tenu du nombre de traités d'investissement déjà conclus, le règlement devrait s'appliquer aux traités d'investissement existants lorsque ceux-ci permettaient cette application.

48. En ce qui concerne la proposition révisée, il a été noté que le paragraphe 1 n'excluait pas l'interprétation dynamique d'une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans les traités d'investissement existants, puisqu'il ne portait que sur l'accord des parties d'appliquer le règlement sur la transparence. Il a été dit toutefois qu'on pouvait comprendre que le deuxième paragraphe de la proposition révisée écartait une telle interprétation dynamique en excluant l'application du règlement sur la transparence lorsqu'il était fait référence à une version du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui ne l'incluait pas. Il a également été dit que l'interprétation dynamique était largement reconnue en droit international public et on a donné l'exemple de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice relative au plateau continental. Il a été dit en outre que permettre une telle interprétation dynamique était une décision de principe et qu'il serait regrettable de ne pas la permettre, puisqu'elle servirait le mieux le mandat du Groupe de travail.

49. Face à ces préoccupations, il a été dit que le consentement implicite était reconnu en droit international public et on a donné comme exemples le forum prorogatum en ce qui concerne la juridiction et l'article 20 de la Convention de

Vienne sur le droit des traités (1969)<sup>7</sup>. En réponse, il a été dit que ces exemples n'étaient pas pertinents pour les affaires examinées par le Groupe de travail.

*– Pas de disposition spécifique concernant les traités d'investissement existants*

50. Il a été dit que le Groupe de travail devrait se garder de prévoir une règle d'interprétation du champ d'application du règlement sur la transparence en ce qui concerne les traités d'investissement existants. Il a été dit également qu'il serait préférable de traiter la question par des moyens tels que ceux mentionnés aux paragraphes 15 à 23 du document A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Il a été dit en outre qu'une disposition sur l'application du règlement sur la transparence figurant dans celui-ci serait dénuée de tout effet juridique, puisqu'il s'agissait d'une question d'interprétation des traités qui dépendait des conditions spécifiques de chacun d'entre eux.

51. Il a été suggéré que le texte du règlement sur la transparence devrait viser uniquement les traités d'investissement futurs mais que rien dans le texte ne devrait être interprété comme interdisant qu'il s'applique aux traités d'investissement existants si les Parties à ces traités en décidaient ainsi. Il a donc été suggéré de ne pas traiter la question dans le règlement sur la transparence.

52. Il a été répondu à cela que le Groupe de travail avait pour mandat de définir clairement un champ d'application afin d'éviter des incertitudes donnant lieu à des différends sur l'interprétation. Le champ d'application du règlement sur la transparence devrait être déterminé de manière à lever toute ambiguïté, et il a été précisé que les efforts du Groupe de travail visaient à définir la règle d'application la plus largement acceptable en tenant compte des divergences de vues concernant l'effet que le règlement sur la transparence devrait avoir sur les traités d'investissement existants.

53. Dans le cadre des discussions à ce sujet, il a été dit qu'il vaudrait mieux éviter toute terminologie suggérant que les États pourraient être astreints à une règle sauf à prendre des mesures d'exclusion expresse, car cela pourrait soulever des inquiétudes inutiles parmi les États et polariser les débats.

#### ***Remarques générales sur l'article 1-1***

54. À l'issue de la discussion, il a été noté que de nombreuses délégations s'étaient écartées de leurs positions initiales pour se tourner vers la recherche d'une solution et s'étaient dites disposées à continuer de s'efforcer d'aboutir à une solution de compromis. Dans ce contexte, le Groupe de travail a été invité à examiner l'approche suivante. Pour les traités d'investissement conclus après la date d'entrée en vigueur du règlement sur la transparence (les traités futurs), une référence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI inclurait une référence au règlement sur la transparence à moins que les États parties n'en conviennent autrement, ce qu'ils pourraient faire en choisissant une version antérieure du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (c'est-à-dire le Règlement de 2010). Pour les traités d'investissement existants, le règlement sur la transparence ne s'appliquerait que si les parties y avaient expressément consenti, le libellé précisant qu'il ne

<sup>7</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.

pouvait y avoir d'interprétation dynamique des traités d'investissement existants ayant pour effet de rendre le règlement sur la transparence applicable à ces traités.

55. Les délégations ont ensuite examiné avec soin la proposition figurant au paragraphe 54 ci-dessus, considérée comme reflétant l'opinion majoritaire. Il a été dit qu'au cours de la session, le champ d'application du règlement sur la transparence, question complexe aux implications importantes quant aux principes, avait suscité de nombreuses prises de paroles. Il a été noté que les positions à cet égard – axées sur deux questions: i) s'il était préférable de retenir la solution de l'acceptation expresse ou de l'exclusion expresse, et ii) s'il fallait maintenir la possibilité d'une interprétation dynamique des traités existants – avaient évolué vers un compromis, les délégations dont l'avis était fortement contraire à celui de la majorité faisant des concessions en échange du choix de leur solution préférée sur d'autres questions. Ceci constituait la base de la proposition figurant au paragraphe 54 ci-dessus.

56. Certains avis divergents ont été rappelés: d'une part, l'article 1-1 devrait ménager la possibilité d'une application juridique du règlement sur la transparence aux traités d'investissement existants – ou rien dans le règlement ne devrait interdire une telle application – et d'autre part, l'approche de l'acceptation expresse était préférable, avec le règlement sur la transparence prenant la forme d'un texte autonome.

57. Le Groupe de travail a chargé le Secrétariat de préparer une version unique révisée de l'article 1-1 tenant compte de la proposition contenue au paragraphe 54. Les délégations pour lesquelles il avait été difficile d'approuver la proposition ont été invitées à se demander si elles pourraient juger ce compromis acceptable avant la prochaine session du Groupe de travail. Il a également été noté que certaines délégations s'étaient dites préoccupées par le fait qu'il pourrait être difficile d'exclure toute possibilité d'interprétation dynamique (comme on cherchait à le faire) si le règlement sur la transparence était présenté comme un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le Secrétariat a donc été prié de fournir une analyse des incidences de la présentation du règlement sur la transparence sous la forme d'un appendice au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou d'un texte autonome.

58. Quelques délégations sont restées opposées au fait d'associer le règlement sur la transparence au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et ont tenu à préciser que des règles autonomes garantiraient le consentement conscient et explicite des Parties au règlement sur la transparence. Ces délégations ont estimé qu'on éviterait ainsi que, par interprétation dynamique, le règlement sur la transparence devienne applicable aux traités d'investissement existants sans le consentement exprès des Parties au traité. Quelques délégations ont répété que l'interprétation dynamique était juridiquement possible et qu'elles n'étaient pas prêtes à accepter une "interdiction générale" qui empêcherait la mise en œuvre effective des dispositions des traités d'investissement selon lesquelles les Parties devaient bénéficier, dans le cadre d'arbitrages en vertu de ces traités, des dispositions les plus à jour du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soit dans ce cas du règlement sur la transparence.

59. Il a été précisé que les délégations pour lesquelles il resterait difficile d'approuver la proposition formulée au paragraphe 54 ci-dessus et qui souhaitaient

toujours proposer une autre solution (en faveur de l'acceptation expresse ou d'une interprétation dynamique), pourraient le faire à la prochaine session du Groupe de travail sur la base des propositions contenues dans le paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169. Il a été noté que certaines délégations avaient indiqué qu'il pourrait être possible de trouver un libellé donnant aux États qui souhaitaient exclure toute possibilité d'interprétation dynamique de leurs traités une certitude sur ce point, tout en conservant la possibilité d'une telle interprétation dynamique pour d'autres États. Ces délégations ont été invitées à coordonner leurs efforts et à communiquer au Secrétariat leurs suggestions de formulation à cet égard pour examen par le Groupe de travail.

## **2. Article 1-2 – Application du règlement sur la transparence par les parties au litige**

60. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-2, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui interdisait aux parties au litige d'exclure l'application du règlement sur la transparence ou d'y déroger une fois qu'il avait été adopté par les Parties au traité d'investissement (A/CN.9/736, par. 32 à 36). Il a été rappelé au Groupe de travail que dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, un rapport juridique s'établissait à deux niveaux, d'une part entre les Parties au traité d'investissement et d'autre part entre les parties au litige, c'est-à-dire l'investisseur et l'État.

### ***Article 1-2 tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169***

61. On a expliqué que l'objet du paragraphe 2 était d'interdire aux parties au litige de déroger à l'offre d'arbitrage transparent au motif qu'il ne serait pas judicieux que les parties au litige reviennent sur une décision prise en la matière par les Parties au traité d'investissement. En outre, le règlement sur la transparence visait à servir non seulement l'investisseur et l'État d'accueil, mais aussi le public en général, si bien qu'il n'appartenait pas aux parties au litige de renoncer aux dispositions sur la transparence adoptées par les Parties au traité d'investissement.

62. Des observations ont été formulées sur l'interaction entre le paragraphe 2 et les dispositions du traité et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

63. Il a été suggéré de supprimer le paragraphe 2 au motif qu'il était redondant puisque la question qu'il traitait était généralement couverte par le traité d'investissement. En réponse, il a été dit que, lorsque le règlement sur la transparence fonctionnerait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, l'article 1-1 de ce dernier s'appliquerait et permettrait aux parties de modifier toute disposition. Par conséquent, il serait nécessaire de préciser que le règlement sur la transparence, censé répondre au besoin de protection de l'intérêt public, ne pourrait être modifié par les parties au litige.

64. Il a également été proposé d'ajouter au paragraphe 2 l'expression "sauf disposition contraire du traité", afin de préciser que les dispositions du traité d'investissement prévaudraient en cas de conflit et que la règle du paragraphe 2 pourrait être supplantée par une disposition du traité. On s'est interrogé sur la nécessité d'un tel ajout.

65. Il a été demandé comment le règlement sur la transparence fonctionnerait conjointement avec l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version

révisée en 2010), selon lequel les dispositions impératives de la loi applicable prévalaient. Il a également été demandé comment les parties au litige pourraient être contraintes à se conformer au règlement sur la transparence au cas où celui-ci serait contraire à la loi applicable. Un effet possible, a-t-on dit, serait que les parties choisiraient, comme lieu de l'arbitrage, un État dont les législations impératives ne seraient pas favorables à la transparence.

66. S'agissant du libellé, on a souligné que le paragraphe 2 mentionnait les parties au litige, mais pas le tribunal arbitral. On a appelé l'attention sur l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, qui prévoyait que le tribunal arbitral pouvait procéder à l'arbitrage comme il le jugeait approprié. Il a été suggéré de préciser si, et dans quelle mesure, les tribunaux arbitraux seraient autorisés à s'écarter du règlement sur la transparence, ou à en atténuer les effets, lorsque ce dernier s'appliquait conjointement avec le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

67. Par ailleurs, il a été dit que le paragraphe 2 souffrait d'un certain manque de souplesse, ce qui n'était peut-être pas souhaitable au vu de la nécessité d'assurer l'efficacité de la procédure arbitrale. À cet égard, il a été proposé d'autoriser le tribunal arbitral à s'écarter du règlement sur les questions pratiques, telles que l'ajustement des délais. Pour ce qui est de la manière dont le tribunal arbitral pourrait être autorisé à procéder à ces ajustements, il a été proposé soit d'inclure une disposition en ce sens au paragraphe 2, soit d'adapter chaque disposition du règlement en conséquence. Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à la fin du paragraphe 2: "À la demande [des parties au litige][d'une partie au litige], le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir discrétionnaire en décidant de ne pas appliquer ou d'appliquer en les modifiant certaines dispositions du présent Règlement s'il juge qu'une application stricte du texte entraînerait des coûts excessifs par rapport au montant en litige, perturberait ou alourdirait à l'excès la procédure arbitrale, ou causerait un préjudice injustifié à l'une des parties au litige."

68. On a fait observer qu'il pourrait être nécessaire de s'écarter du règlement sur la transparence pour d'autres raisons, notamment des raisons d'ordre public. Par conséquent, il ne fallait pas limiter la capacité du tribunal arbitral de s'écarter du règlement. En réponse à ce commentaire et pour éviter le risque d'érosion du règlement qui pourrait résulter d'une approche aussi large, il a été suggéré plutôt de recenser les questions sur lesquelles il ne serait pas permis de s'écarter du règlement. À ce sujet, on s'est demandé s'il serait possible de dresser une liste exhaustive de ces questions.

69. Il a aussi été suggéré de conserver le paragraphe 2 en l'état et de traiter la possibilité de s'écarter du règlement à l'article 1-3 du règlement, qui régissait la manière dont le tribunal arbitral devait exercer son pouvoir discrétionnaire. À cela, il a été répondu que la possibilité de s'écarter du règlement exigerait de fixer un seuil plus élevé que le simple fait d'exercer son pouvoir discrétionnaire lorsque le règlement le permettait. L'article 1-3 avait pour objet de définir la manière dont le tribunal arbitral exercerait le pouvoir discrétionnaire expressément prévu dans le règlement. On a estimé que la question des conditions dans lesquelles il serait permis de s'écarter du règlement était une question à part.

70. Il a été proposé en outre de permettre aux parties au litige, plutôt qu'au tribunal arbitral, de s'écarter ainsi du règlement, à condition que toutes l'acceptent. Dans ce contexte, l'avis a été exprimé que le rôle du tribunal arbitral était de statuer

sur des litiges entre les parties au litige. D'après cet avis, le tribunal arbitral n'avait pas de rôle à jouer en l'absence de litige entre les parties, comme par exemple lorsqu'elles convenaient de s'écarter du règlement sur la transparence ou d'y déroger. Selon cette proposition, on pouvait supprimer le paragraphe 2.

71. On a encore proposé que, plutôt que de conférer au tribunal arbitral le pouvoir discrétionnaire de s'écarter du règlement sur la transparence, on lui laisse la latitude d'adapter le règlement aux besoins de chaque cas d'espèce.

72. L'avis a été exprimé que les propositions, qui visaient à permettre des écarts par rapport au règlement, portaient le risque de le rendre inopérant en créant des occasions d'y faire des entorses. Il a été dit que, s'il pourrait être souhaitable d'habiliter le tribunal arbitral, par exemple, à ajuster les délais en tant que de besoin, il ne serait pas opportun, dans l'intérêt de la transparence, d'accorder au tribunal arbitral toute latitude pour modifier le règlement.

73. Après un débat, l'approche suivante s'est dégagée. L'article 1-2 devrait être maintenu, et une certaine souplesse pourrait être apportée, en partant du principe que la disposition ne devrait pas permettre de dérogation au règlement, mais une adaptation par le tribunal arbitral, dans des circonstances que le Groupe de travail devrait examiner plus avant.

#### ***Projet de proposition révisée de l'article 1-2***

74. Au vu de ce qui précède, il a été proposé de modifier l'article 1-2 comme suit: "Dans tout arbitrage auquel le présent Règlement s'applique en vertu d'un traité ou d'un accord conclu par les parties à ce traité, a) les parties au litige ne peuvent déroger au présent Règlement, ni par accord ni de toute autre manière, à moins que le traité ne les y autorise; b) le tribunal arbitral a la latitude, en plus du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré en vertu de certaines dispositions du présent Règlement, d'adapter les exigences prévues dans toute disposition du présent Règlement aux circonstances particulières de l'espèce si cela est nécessaire pour satisfaire à l'objectif de transparence du Règlement de manière pratique." Le Groupe de travail a examiné le projet de proposition révisée de l'article 1-2.

#### ***Chapeau***

75. À la question de savoir s'il était nécessaire d'employer les mots "en vertu d'un traité ou d'un accord conclu par les parties à ce traité", qui figuraient dans le chapeau du projet de proposition révisée d'article 1-2, il a été expliqué que le règlement pourrait jouer tant dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités que dans celui de l'arbitrage commercial. Il a été jugé nécessaire de préciser que les parties au litige ne seraient pas uniquement autorisées à déroger au règlement dans le contexte de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

76. Il a été estimé que la référence à l'application du règlement sur la transparence en vertu "d'un accord conclu par les parties [au] traité", qui figurait dans le chapeau, était redondante et devait être supprimée. Il a été expliqué, en réponse, que cette référence avait été ajoutée pour tenir compte d'accords ultérieurs conclus par les Parties à un traité d'investissement en vue d'appliquer le règlement sur la transparence aux litiges découlant d'un traité. Par ailleurs, l'avis a été exprimé qu'un tel accord ultérieur constituerait une modification du traité, dans la mesure où

il en ferait partie, et que la référence était inutile. À cela, il a été répondu que l'alinéa a) de l'article 31-3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités faisait la distinction entre un traité et un accord ultérieur relatif à son interprétation. Il a par conséquent été proposé de conserver le chapeau.

*Alinéa a)*

77. Il a été dit que l'alinéa a) du projet de proposition révisée de l'article 1-2 permettait de s'écarter du règlement sur la transparence uniquement si le traité l'autorisait. Par souci de cohérence avec l'alinéa b), il a été suggéré d'ajouter les mots suivants à la fin de l'alinéa a): "ou que le tribunal arbitral ne l'approuve". Il a été dit que si l'alinéa a) n'incluait pas ces mots, il faudrait préciser à l'alinéa b) que les parties au litige étaient autorisées à s'écarter du règlement sur la transparence si le tribunal arbitral les y autorisait. Pour régler ce problème, il a été suggéré de prévoir à l'alinéa b) que le tribunal arbitral devait avoir la latitude d'adapter le règlement, soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties.

*Alinéa b)*

78. Pour ce qui est de l'alinéa b) du projet de proposition révisée de l'article 1-2, il a été suggéré de préciser que le tribunal arbitral avait la responsabilité d'assurer l'application du règlement sur la transparence. À cette fin, il a été proposé d'inclure, au début de l'alinéa b), une formule qui pourrait être rédigée comme suit: "Le tribunal arbitral assure l'application du Règlement sur la transparence. Ce faisant, il". Cette proposition a été largement appuyée. Pour ce qui est du libellé, il a été suggéré qu'une référence soit faite, dans l'alinéa b), aux objectifs de transparence que comportait le règlement. Cette suggestion d'ordre rédactionnel a été appuyée.

79. Il a aussi été proposé d'inclure une formule similaire à celle figurant à l'article 1-3 du règlement sur la transparence, pour indiquer que le tribunal arbitral devait exercer son pouvoir discrétionnaire pour adapter le règlement de manière à assurer un règlement équitable et efficace du litige. Cette proposition n'a pas été appuyée.

80. Quelques délégations n'étaient pas favorables à l'inclusion d'une disposition sur le caractère obligatoire du règlement sur la transparence. Elles ont proposé de supprimer le paragraphe 2 au motif que ce règlement était un règlement de procédure et que, en tant que tel, conformément aux principes établis de l'arbitrage, les parties au litige devaient être autorisées à y déroger sans l'autorisation du tribunal arbitral. Une délégation a dit qu'il serait contre-productif de ne pas inclure l'hypothèse selon laquelle les deux parties pourraient demander au tribunal arbitral d'adapter le règlement sur la transparence, étant entendu que le tribunal arbitral ne pourrait pas rejeter cette demande.

81. À l'issue de la discussion, la proposition énoncée au paragraphe 74, comportant les modifications proposées au paragraphe 78, a été jugée acceptable, certaines délégations restant favorables à la suppression du paragraphe 2 ou préférant ne pas se prononcer avant que toutes les questions de fond du règlement sur la transparence aient été examinées.

### **3. Article 1-3 – Pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral**

82. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-3, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui disposait que le tribunal arbitral exerçait son pouvoir discrétionnaire lorsque le règlement le permettait, en tenant compte de la nécessité de concilier a) l'intérêt que le public portait à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités et de la procédure arbitrale proprement dite et b) l'intérêt qu'avaient les parties au litige de voir ce dernier réglé rapidement et efficacement (A/CN.9/736, par. 38 à 40).

83. La proposition qui consistait à faire une référence précise au droit de l'homme à l'information à l'alinéa a) n'a pas été appuyée.

84. Plusieurs propositions de textes ont été faites. Il a été proposé de supprimer la virgule après le mot "discretion" dans la version anglaise. Plusieurs suggestions ont été formulées en vue de remplacer les premiers mots du paragraphe 3 par l'une des phrases suivantes: "[L]orsque le Règlement sur la transparence confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire tient compte de"; "[L]orsque le Règlement sur la transparence confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, celui-ci en l'exerçant tient compte de" ou "[L]orsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré dans le présent Règlement, le tribunal arbitral tient compte de".

85. Après un débat, le Groupe de travail est convenu d'adopter quant au fond le paragraphe 3 et a prié le Secrétariat d'en établir une version révisée, en tenant compte des propositions susmentionnées.

### **4. Article 1-4 – Relation entre le règlement sur la transparence et les dispositions sur la transparence figurant éventuellement dans le traité d'investissement**

86. Tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, l'article 1-4 précisait que le règlement sur la transparence ne l'emporterait pas sur une disposition du traité d'investissement concerné exigeant un niveau de transparence plus élevé (A/CN.9/736, par. 31).

87. On a posé la question de savoir comment, aux fins du paragraphe 4, le niveau de transparence serait évalué pour déterminer lequel du traité ou du règlement sur la transparence s'appliquerait. Il a été proposé qu'au lieu de prévoir une évaluation du niveau de transparence, le paragraphe 4 traite de la primauté des dispositions du traité en cas de conflit avec le règlement sur la transparence. À l'appui de cette proposition, il a été dit qu'une approche similaire avait été adoptée à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 (ou article 1-2 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976). Il a été précisé que selon cette proposition, si le traité d'investissement prévoyait un régime de transparence moins favorable que celui du règlement sur la transparence, les dispositions du traité prévaudraient quand même.

88. Dans ce contexte, différentes propositions ont été faites. Il a été suggéré d'inclure une disposition telle que "Si une disposition du traité est contraire au Règlement, la disposition du traité prévaut". Une autre proposition était formulée comme suit: "Dans la mesure où la question de fond est régie par le traité, le traité prévaut". Selon cette même approche, il a également été proposé de libeller

l'article 1-4 comme suit: "Les dispositions sur la transparence figurant dans un traité l'emportent sur toute autre disposition qui leur serait contraire".

89. À l'issue de la discussion, l'avis qui a prévalu était que quel que soit le niveau de transparence, les dispositions du traité prévaudraient en cas de conflit entre le règlement sur la transparence et les dispositions du traité sur la même question. Restait cependant la question de savoir s'il fallait inclure une disposition à ce sujet dans le règlement sur la transparence, puisqu'il s'agissait d'une question d'interprétation des traités, qui ne devait pas nécessairement être abordée dans un règlement. Des opinions divergentes ont été exprimées sur ce point.

90. Un appui a été exprimé en faveur de l'introduction d'une disposition semblable aux propositions figurant au paragraphe 88, afin d'apporter de la clarté non seulement au tribunal arbitral mais aussi aux parties. On a également fait observer que la question ne relevait pas de l'interprétation des traités mais du choix de la procédure à suivre.

91. Cependant, il a été souligné que l'article 1-4 du règlement sur la transparence visait à fournir une règle d'interprétation, et l'attention du Groupe de travail a été appelée sur les difficultés que soulevait cette question. Il a été dit que l'analogie avec l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010) n'allait pas de soi, puisque l'article 1-3 portait sur la question du conflit entre le Règlement et les dispositions impératives du droit applicable, alors que l'article 1-4 du règlement sur la transparence portait sur la relation entre le règlement mentionné dans un traité et d'autres dispositions de ce traité. Cette relation était une question d'interprétation régie par la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Les dispositions du traité et le règlement sur la transparence devraient être interprétés par le tribunal arbitral qui serait amené à les appliquer.

92. Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si les dispositions du traité, rédigées par les Parties, et le règlement sur la transparence, qui serait incorporé au traité par référence, seraient interprétés de la même manière. Selon un avis, il serait inexact de considérer que le règlement sur la transparence serait incorporé par référence dans un traité. Des avis divergents ont également été exprimés quant à savoir s'il s'agissait de questions de principe ou de questions techniques d'interprétation du droit et du traité.

93. On a fait observer qu'il y avait différentes approches de l'interprétation des traités et qu'il ne conviendrait pas de chercher à prévoir une règle d'interprétation dans le règlement sur la transparence.

94. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 1-4.

## **5. Article 1-5 – Relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable**

95. Le Groupe de travail a examiné l'article 1-5, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui traitait de la relation entre le règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage.

96. Il a été proposé d'inclure à la fin du paragraphe 5 une disposition similaire à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, afin de préciser qu'en cas de conflit entre le règlement sur la transparence et la loi applicable à

l'arbitrage à laquelle les parties ne pouvaient déroger, cette disposition prévaudrait. Cette proposition a été appuyée.

97. Après un débat, il a été noté qu'une large majorité était favorable à l'article 1-5, tel qu'il figurait au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, complété par une disposition semblable à l'article 1-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 (voir ci-dessus, par. 96). Quelques délégations ne se sont pas prononcées sur le paragraphe 5, estimant que ce paragraphe devrait être examiné plus avant à la lumière du champ d'application du règlement.

## 6. Notes afférentes à l'article premier

### – *“arbitrage entre investisseurs et États”*

98. Le Groupe de travail a examiné la première note de l'article 1, qui visait à préciser que le règlement sur la transparence s'appliquerait uniquement à la résolution des litiges découlant de traités d'investissement entre un investisseur et une Partie au traité et non à la résolution des litiges entre Parties au traité (A/CN.9/736, par. 37).

99. Il a été dit que la référence dans la note à “une ou plusieurs Parties” était inhabituelle. Il a été précisé, en réponse, que ce membre de phrase visait les traités multilatéraux et qu'il devrait être conservé.

100. Il a été proposé de supprimer la première note, parce qu'il ressortait clairement de l'article premier que les arbitrages entre investisseurs et États seraient engagés “en vertu d'un traité”, qui était lui-même défini dans la deuxième note. Cette proposition a été adoptée par le Groupe de travail.

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

101. La deuxième note de l'article premier visait à préciser qu'il était entendu que les traités d'investissement auxquels s'appliquerait le règlement sur la transparence devaient être interprétés au sens large.

102. S'agissant du libellé, il a été proposé de supprimer le mot “intergouvernementales” avant les mots “d'intégration”. Il a en outre été proposé de se référer à la “protection des investissements et des investisseurs” de manière uniforme dans la note. La deuxième note a été adoptée par le Groupe de travail avec les modifications proposées.

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

103. Le Groupe de travail a examiné l'article 2 figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 et portant sur la publication d'informations au début de la procédure arbitrale, avant la constitution du tribunal arbitral. L'article 2 contenait deux options. Dans l'option 1, des informations générales seraient communiquées au public et la publication de la notification d'arbitrage (et de la réponse à celle-ci) serait régie par l'article 3, après la constitution du tribunal arbitral. L'option 2 prévoyait une procédure pour la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse avant la constitution du tribunal arbitral.

104. Le Groupe de travail était également saisi d'une proposition de modification de l'option 2, libellée comme suit: “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. Dès qu'il reçoit d'une partie au litige la notification d'arbitrage, 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 [45] jours suivant la réception de la notification d'arbitrage par le défendeur, chacune des parties au litige indique au registre visé à l'article 9 les passages de la notification d'arbitrage qui selon elle constituent des 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 les passages de la notification d'arbitrage qu'aucune des parties au litige n'a désignés conformément à la phrase qui précède.] 3. Dans les [45] jours suivant la réception de la réponse à la notification d'arbitrage par le demandeur, chacune des parties au litige indique au registre visé à l'article 9 les passages de la réponse à la notification d'arbitrage qui selon elle constituent des 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 les passages de la réponse à la notification d'arbitrage qu'aucune des parties au litige n'a désignés conformément à la phrase qui précède.] [Autre proposition pour la dernière phrase entre crochets des paragraphes 2 et 3: Le registre visé à l'article 9 met simultanément à la disposition du public les passages de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci qu'aucune des parties au litige n'a désignés comme contenant des informations [confidentielles ou sensibles][protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8.] 4. Une fois constitué, le tribunal tranche tout différend concernant la portée des informations non mises à la disposition du public conformément aux paragraphes 2 et 3. Si le tribunal décide que quelque passage que ce soit ne constitue pas des informations [confidentielles ou sensibles][protégées] telles que définies au paragraphe 2 de l'article 8, il communique ce passage au registre visé à l'article 9, qui le met alors opportunément à la disposition du public."

105. La proposition figurant au paragraphe 104 a été appuyée parce qu'elle précisait que le tribunal arbitral traiterait de tout différend concernant la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci et prévoyait une procédure permettant aux parties de supprimer des informations. Il a été suggéré de préciser dans cette option que la notification d'arbitrage et la réponse à celle-ci devraient être publiées simultanément. Il a été dit en outre que le paragraphe 4 de la proposition fournissait une protection juridique appropriée aux institutions qui assumeraient les fonctions de registre.

106. Cependant, plusieurs préoccupations ont été exprimées concernant l'option 2. Il a été dit que le délai prévu pour la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci était trop court. On a souligné qu'une telle publication aussi tôt dans la procédure pourrait faire obstacle au règlement du litige. En réponse à cette préoccupation, il a été dit que, lorsqu'une disposition similaire figurait dans des traités d'investissement, elle ne créait pas de difficultés.

107. Il a été demandé ce qui se passerait dans le cas où une notification d'arbitrage serait envoyée par un demandeur au registre avant le début de la procédure arbitrale, c'est-à-dire avant que le défendeur ne l'ait reçue. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette question plus avant.

108. La majorité s'est dite favorable à l'option 1, qui reportait la question de la publication de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci à un moment ultérieur à la constitution du tribunal arbitral.

109. À l'issue de la discussion, les délégations ayant longtemps soutenu l'option 2 ont, dans un esprit de compromis, souscrit à l'option 1. Le Groupe de travail a adopté l'option 1, avec les modifications rédactionnelles suivantes. Il convenait de préciser dans le texte de l'option 1 que toutes les parties au litige devaient être tenues d'envoyer la notification d'arbitrage au registre. Le registre devait publier les informations dès qu'il recevait la notification d'arbitrage de l'une ou l'autre des parties. Il devait rendre publics les noms des parties au litige, ainsi que les informations concernant le secteur économique en cause et le traité donnant lieu à la demande.

110. À titre de remarque rédactionnelle générale, il a été suggéré d'harmoniser la formulation utilisée dans le règlement pour désigner la publication d'informations ou de documents, étant donné qu'on y trouvait aussi bien le mot "publier" que l'expression "mettre à la disposition du public". Le Groupe de travail a prié le Secrétariat de déterminer si les différentes expressions utilisées visaient à rendre une signification distincte et comment une solution homogène pourrait être obtenue.

## **8. Article 3 – Publication de documents**

111. Le Groupe de travail a examiné l'article 3, tel qu'il figurait au paragraphe 29 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, qui reflétait une proposition formulée à sa cinquante-cinquième session, tendant à ce que la disposition relative à la publication de documents: i) comporte une liste des documents à mettre à la disposition du public; ii) précise que le tribunal arbitral avait le pouvoir discrétionnaire d'ordonner la publication de documents supplémentaires; et iii) garantisse le droit des tiers à demander l'accès à des documents supplémentaires (A/CN.9/736, par. 54 à 66). On avait estimé qu'une telle disposition réalisait un juste équilibre entre les nécessités de publication et l'exercice par le tribunal arbitral de son pouvoir discrétionnaire dans l'administration de la procédure (A/CN.9/736, par. 58).

112. Il a été proposé de supprimer de la liste des documents qui devraient être mis à la disposition du public les références aux "pièces afférentes" et à "un tableau énumérant l'ensemble des pièces afférentes aux documents", car les pièces afférentes pourraient être trop volumineuses pour être mises à la disposition du public et, dans la mesure où la deuxième référence pourrait obliger une partie à dresser le tableau énumérant tous les documents, cela créerait une contrainte inutile. Cette proposition de suppression a recueilli un certain appui, la publication des pièces afférentes et l'éventuelle demande de création de tableaux énumérant l'ensemble de ces pièces étant considérées comme une trop lourde charge. Tout en ayant conscience de cette charge supplémentaire, une préférence a été exprimée pour le maintien à l'article 3-1 des pièces afférentes, leur publication étant dans l'intérêt de la transparence.

113. Il a été noté que les premiers mots de l'article 3-1 renvoyaient aux exceptions visées à l'article 8 et que celui-ci, à son tour, précisait au paragraphe 1 qu'il s'appliquait aux articles 2 à 7. Cette répétition a été jugée redondante et il a été proposé de supprimer de ces articles la référence à l'article 8. Il a été dit qu'il

pourrait être préférable de conserver cette référence, bien que redondante, parce qu'elle apportait de la clarté.

114. Il a été suggéré en outre de prévoir la publication simultanée de la notification d'arbitrage et de la réponse à celle-ci.

115. Il a également été suggéré de prévoir davantage de souplesse en ce qui concerne la publication des documents visée à l'article 3, le paragraphe 1 de cet article exigeant une publication automatique alors que son paragraphe 2 permettait au tribunal arbitral d'ordonner, d'initiative ou à la demande d'une partie au litige, la publication de tout autre document. À cet égard, il a été proposé de supprimer de l'article 3-1 les références à "toutes autres déclarations ou conclusions écrites", aux "pièces afférentes" et aux "ordonnances et décisions du tribunal arbitral".

116. Faute de temps, le Groupe de travail n'a pas pu terminer l'examen de l'article 3, et il a été convenu que les débats à ce propos se poursuivraient lors d'une session future du Groupe.

---