



Assemblée générale

Distr. générale
12 octobre 2012
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-sixième session
Vienne, 8-26 juillet 2013

Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa cinquante-septième session (Vienne, 1^{er}-5 octobre 2012)

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-4	2
II. Organisation de la session	5-11	2
III. Délibérations et décisions	12	4
IV. Élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités	13-141	4
A. Projet de règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités	13-141	4
1. Article 3 – Publication de [documents][d'informations]	13-35	4
2. Article 4 – Publication des sentences arbitrales	36-38	8
3. Article 5 – Observations présentées par des tiers	39-57	9
4. Article 6 – Observations présentées par une partie au traité non partie au litige	58-75	12
5. Article 7 – Audiences	76-88	14
6. Article 8 – Exceptions à la transparence	89-119	16
7. Article 9 – Lieu de conservation des informations publiées	120-122	21
8. Remarques générales sur la deuxième lecture du projet de règlement sur la transparence	123-130	21
9. Article 1 – Champ d'application	131-141	23



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 commerciaux, la Commission a rappelé qu'elle avait décidé à sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008)¹ 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 sur ce sujet².

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 conclus³. 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 intervention⁴.

3. À sa quarante-cinquième session (New York, 25 juin-6 juillet 2012), la Commission a réaffirmé qu'il importait d'assurer la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, comme elle l'avait souligné à sa quarante et unième session, en 2008, et à sa quarante-quatrième session, en 2011⁵, et prié le Groupe de travail de poursuivre ses efforts et d'achever ses travaux concernant le règlement sur la transparence afin qu'elle puisse examiner le texte de préférence à sa session suivante⁶.

4. On trouvera dans le document A/CN.9/WG.II/WP.171, aux paragraphes 5 à 14, un historique actualisé de l'examen par la Commission des travaux du Groupe de travail.

II. Organisation de la session

5. Le Groupe de travail, qui était composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa cinquante-septième session à Vienne du 1^{er} au 5 octobre 2012. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants:

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2)*, 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. 200.

⁴ *Ibid.*, par. 202.

⁵ *Ibid.*, *soixante-troisième session, Supplément n° 17 et rectificatifs (A/63/17 et Corr.1 et 2)*, par. 314; *ibid.*, *soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*, par. 200.

⁶ *Ibid.*, *soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*, par. 69.

Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bolivie (État plurinational de), Brésil, Bulgarie, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Égypte, El Salvador, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Malaisie, Maurice, Mexique, Norvège, Pakistan, Paraguay, Philippines, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Thaïlande, Turquie, Ukraine et Venezuela (République bolivarienne du).

6. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Bélarus, Belgique, Chypre, Cuba, Équateur, Finlande, Guatemala, Indonésie, Libéria, Panama, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Suède et Suisse.

7. Des observateurs de l'Union européenne ont également assisté à la session.

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

a) *Système des Nations Unies*: Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) *Organisations intergouvernementales*: Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), Cour permanente d'arbitrage (CPA), Ligue des États arabes et Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE);

c) *Organisations non gouvernementales invitées*: Association américaine d'arbitrage (AAA), Association américaine du barreau (ABA), Association du barreau de l'État de New York (NYSBA), Association internationale du barreau (IBA), Association pour la promotion de l'arbitrage en Afrique, Association suisse de l'arbitrage (ASA), Barreau de Paris, Centre de droit international de l'environnement (CIEL), Center for International Legal Studies (CILS), Centre belge d'arbitrage et de médiation (CEPANI), Centre international d'arbitrage de Vienne, Commission chinoise d'arbitrage économique et commercial international (CIETAC), Comité français de l'arbitrage (CFA), Conseil coréen d'arbitrage commercial (KCAB), Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA), Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Cour d'arbitrage de Madrid, Forum for International Conciliation and Arbitration (FICACIC), Institut européen du droit (ELI), International Insolvency Institute (III), Miami International Arbitration Society (MIAS), Moot Alumni Association (MAA), Pakistan Business Council (PBC), Queen Mary University of London School of International Arbitration (QMUL) et Vale Columbia Center on Sustainable International Investment (VCC)

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

Président: M. Salim Moollan (Maurice)

Rapporteur: M. Muhammad Mustaqeem De Gama (Afrique du Sud)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.171); b) notes du secrétariat concernant l'élaboration d'une norme juridique sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (A/CN.9/WG.II/WP.172 et son additif; et A/CN.9/WG.II/WP.169 et son additif); c) note du secrétariat reproduisant les observations des institutions d'arbitrage sur l'interaction entre le projet de

règlement sur la transparence et leurs propres règlements (A/CN.9/WG.II/WP.173); et d) note du secrétariat contenant une proposition des Gouvernements de l'Afrique du Sud, de l'Argentine, de l'Australie, du Canada, des États-Unis d'Amérique, du Mexique et de la Norvège sur la détermination du champ d'application du projet de règlement sur la transparence (A/CN.9/WG.II/WP.174).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

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

12. 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, A/CN.9/WG.II/WP.172 et son additif, A/CN.9/WG.II/WP.173 et A/CN.9/WG.II/WP.174). Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur ce point au chapitre IV. Le secrétariat a été prié de préparer i) une version révisée du règlement sur la transparence tenant compte de ces délibérations et décisions, ainsi que ii) un texte de convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et un texte de déclaration unilatérale (voir ci-après, par. 141).

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

A. Projet de règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

1. Article 3 – Publication de [documents][d'informations]

13. Le Groupe de travail a examiné l'article 3 figurant au paragraphe 29 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 et reflétant la proposition faite à sa cinquante-cinquième session, que la disposition sur la publication de documents ou d'informations prévoie: i) une liste des documents mis à la disposition du public; ii) le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral d'ordonner la publication de documents ou d'informations supplémentaires; iii) un droit pour les tiers de demander l'accès à des documents ou informations supplémentaires; et iv) la

publication de documents ou d'informations (A/CN.9/736, par. 54 à 66, et A/CN.9/741, par. 111).

Paragraphe 1

Pièces afférentes et liste de pièces afférentes

14. Il a été noté que le paragraphe 1 prévoyait entre crochets, dans la liste des informations à divulguer “automatiquement” (c’est-à-dire sous réserve uniquement des exceptions visées à l’article 8), deux catégories de documents: i) un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents à divulguer en vertu du paragraphe 1, et ii) les pièces afférentes elles-mêmes.

15. Certaines délégations se sont dites préoccupées de ce qu’il serait inutilement lourd de devoir produire “automatiquement” les pièces afférentes elles-mêmes en vertu de l’article 3-1, compte tenu du volume que pourraient représenter ces pièces et des expurgations pouvant être nécessaires. Il a été convenu de supprimer les pièces afférentes de l’article 3-1 et d’en soumettre la divulgation à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire en vertu d’autres dispositions de l’article 3. L’avis a été émis que la publication d’un tableau des pièces afférentes serait moins onéreuse; et qu’en outre la divulgation des conclusions visée à l’article 3-1 suffirait à assurer que l’existence de ces pièces est portée à la connaissance du public, et que celui-ci peut donc demander à y avoir accès en vertu des dispositions de l’article 3. Selon un autre point de vue, générer et divulguer un tableau des pièces afférentes constituerait une charge en soi, en particulier pour les pays en développement ou ayant peu de ressources.

16. Il a été dit que dans les cas où un tableau des pièces afférentes aurait été établi au cours de la procédure, il serait aisé pour les parties de le communiquer en application de l’article 3-1. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que si un tableau des pièces afférentes existait déjà, il y aurait obligation de le produire en application de l’article 3-1, mais que si une liste de pièces afférentes n’avait pas été établie au cours de la procédure, il ne serait pas exigé d’en créer une aux fins de divulgation en vertu de l’article 3. Le secrétariat a été prié de rédiger un libellé reflétant cet accord.

Rapports d’experts et déclarations de témoins

17. Le Groupe de travail s’est penché sur la question de savoir si les rapports d’experts et les déclarations de témoins devraient figurer sur la liste de documents de l’article 3-1. Selon plusieurs avis, ces documents constituaient une partie essentielle des éléments factuels d’une affaire et devaient être accessibles au public afin de promouvoir pleinement l’objectif de l’amélioration de la transparence dans les litiges entre investisseurs et États.

18. Certaines délégations ont déclaré que supprimer les rapports d’experts et les déclarations de témoins du paragraphe 1 ne nuirait pas à l’objectif de transparence parce qu’une partie au litige ou toute autre personne pourrait toujours demander leur publication en vertu d’autres dispositions de l’article 3. Il a également été dit que des informations raisonnablement détaillées sur le sujet d’un litige pourraient être mises à la disposition du public mais que celui-ci ne devrait pas être mis sur le même pied que les parties.

19. Selon un autre avis, les autres dispositions de l'article 3 en vertu desquelles de tels documents seraient demandés (par. 2 et 3) ne prévoyaient pas une production "automatique" sur demande mais soumettaient la publication à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à la tenue de consultations. Il a été dit en outre qu'ajouter un élément discrétionnaire à la divulgation des déclarations de témoins et des rapports d'experts imposerait une charge considérable au tribunal arbitral et donc également aux parties, à cause du retard que cela causerait dans la procédure et des conclusions qu'elles devraient soumettre.

20. Il a été proposé de supprimer les rapports d'experts et les déclarations de témoins du champ d'application de l'article 3-1 et de créer une catégorie distincte dans la disposition traitant de la publication. Spécifiquement, il a été proposé que ces documents ne soient soumis ni à une divulgation "automatique" en vertu du paragraphe 1 ni à une décision du tribunal arbitral en vertu des paragraphes 2 et 3. Il a été proposé que les rapports d'experts et les déclarations de témoins soient plutôt mis "automatiquement" – sans que le tribunal arbitral n'exerce son pouvoir discrétionnaire ni ne prenne de décision – à la disposition de toute personne qui en fait la demande, sous réserve des exceptions visées à l'article 8. Il a été précisé que, comme dans le cas du consensus dégagé par le Groupe de travail en ce qui concerne les pièces afférentes aux plaidoiries et conclusions, mentionné plus haut aux paragraphes 15 et 16, les rapports d'experts et les déclarations de témoins divulgués sur cette base le seraient sans les pièces afférentes, qui devraient être demandées séparément.

21. À l'issue de la discussion, un consensus s'est dégagé sur la proposition formulée ci-dessus au paragraphe 20. Les délégations n'appuyant pas cette solution ont demandé qu'il soit mentionné qu'elles s'opposaient à la publication "automatique" de déclarations de témoins et de rapports d'experts sur demande et qu'elles se demandaient en particulier comment cela réduirait la charge d'un tribunal arbitral.

22. Le secrétariat a été chargé de rédiger un nouvel article 3-2 reflétant l'accord décrit ci-dessus au paragraphe 20, qui serait examiné à la troisième lecture du projet de règlement.

Transcriptions

23. Le Groupe de travail s'est également penché sur la question de savoir si les transcriptions d'audiences devraient figurer sur la liste de documents de l'article 3-1. Il a rappelé qu'il avait déjà examiné la question et qu'il était convenu, comme on pouvait le lire aux paragraphes 107 à 109 du document A/CN.9/736, d'inclure les transcriptions d'audiences à la liste de l'article 3-1, au motif notamment que les informations confidentielles pourraient y être supprimées et que ces transcriptions devraient donc être traitées comme les autres documents énumérés au paragraphe 1.

24. Le Groupe de travail a réaffirmé cette conclusion et est convenu que les transcriptions figureraient sur la liste de documents de l'article 3-1. Le secrétariat a été chargé d'apporter les modifications rédactionnelles mineures nécessaires pour bien montrer que l'article n'impose pas de produire des transcriptions s'il n'en a pas été établi au cours de la procédure.

Paragraphes 2 et 3

25. Il a été noté que les paragraphes 2 et 3 (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169) établissaient une distinction fondée sur l'auteur de la demande (parties au litige et autres personnes) et non sur le type de document. Il a été dit que les rapports d'experts et les déclarations de témoins ne devraient être accessibles qu'à l'auteur de la demande, afin notamment de protéger la propriété intellectuelle des experts et de protéger les témoins. Cette suggestion a soulevé une opposition au motif: i) qu'aucun mécanisme pratique ne permettait de restreindre la divulgation d'un document ou d'informations une fois ceux-ci communiqués à un tiers; et ii) que toute disposition limitant l'accès à une partie du public irait à l'encontre de la notion de transparence et pourrait en tout état de cause être discriminatoire.

26. Il a été dit que si une personne avait demandé un document ou des informations en vertu de l'article 3 et si le tribunal, exerçant son pouvoir discrétionnaire, lui avait accordé l'accès à ce document ou à ces informations, on voyait mal pour quel motif le tribunal refuserait ensuite à une autre personne l'accès aux mêmes pièces. Il a été dit aussi qu'une norme cohérente sur la transparence ne pouvait restreindre la communication de documents ou d'informations ou l'accès à ceux-ci à des groupes spécifiques de personnes. Il a été rappelé que l'article 8 limiterait la communication d'informations sur la base de considérations de confidentialité.

27. Une distinction a été faite entre la publication et l'accès. Il a été dit que la raison première de la séparation des paragraphes 2 et 3 était non pas que le Groupe de travail considérait que l'accès devrait se limiter à un groupe déterminé de personnes mais qu'il considérait que certaines catégories de documents ou d'informations ne se prêteraient pas à une publication et que dans ce cas un droit d'accès serait préférable.

28. Il a été proposé de fusionner les paragraphes 2 et 3 afin d'établir une disposition uniforme s'appliquant au tribunal pour les "autres documents" ne relevant pas du paragraphe 1 ni du nouveau paragraphe 2 proposé (portant sur les rapports d'experts et les déclarations de témoins, voir plus haut, par. 21). Il serait entendu: i) que cette disposition resterait soumise à l'article 8; et ii) que le tribunal arbitral, d'initiative ou à la demande d'une partie au litige ou d'une autre personne, aurait le pouvoir de décider s'il convient de mettre à la disposition du public d'autres documents ne relevant pas des paragraphes 1 et 2, et selon quelles modalités.

29. Il a été dit que dans l'intérêt de la bonne gestion de la procédure, un tribunal ne devrait pas avoir l'initiative de la publication de documents et des tiers ne devraient pas avoir un droit de le demander. Il a été suggéré d'inclure également dans le règlement sur la transparence des règles concernant les demandes formulées après la sentence définitive.

30. Le Groupe de travail s'est accordé sur la proposition visée ci-dessus au paragraphe 28 et a chargé le secrétariat de rédiger un libellé tenant compte des considérations émises au paragraphe 28.

Paragraphe 4

31. En ce qui concerne le paragraphe 4, il a été noté que des modifications découleraient de la fusion des paragraphes 2 et 3. Il a été demandé comment les “autres documents” visés ci-dessus au paragraphe 28 seraient mis à la disposition du public. Pour le reste, le Groupe de travail a approuvé le texte du paragraphe 4 quant au fond.

Paragraphes 1 à 4 – Relation avec l'article 8

32. Des préoccupations ont été exprimées concernant le fait que les paragraphes 1 à 4 de l'article 3 (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169, avec les modifications mentionnées plus haut, aux paragraphes 14 à 31) ne renvoyaient qu'aux exceptions de l'article 8 et non à l'ensemble de celui-ci, ce qui laissait subsister un doute sur la manière dont les articles 3 et 8 s'articuleraient en pratique. En réponse à ces préoccupations, le Groupe de travail est convenu de modifier les paragraphes 1 à 4 de l'article 3 et le paragraphe 3 de l'article 8.

33. Spécifiquement, il a été convenu de remplacer à la première ligne des paragraphes 1 à 3 de l'article 3 (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169, avec les modifications mentionnées plus haut, aux paragraphes 14 à 31) les mots “Sous réserve des exceptions visées à l'article 8” par les mots “Sous réserve de l'article 8”.

34. Compte tenu des préoccupations exposées ci-dessus au paragraphe 32, le Groupe de travail a également examiné une version révisée de l'article 3-4 (correspondant à l'article 3-4 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169), libellée comme suit: “4. Les documents à mettre à la disposition du public en application des paragraphes 1 et 2 sont communiqués par le tribunal arbitral au lieu de conservation visé à l'article 9 dès que possible compte tenu des arrangements visés à l'article 8-3. Les documents mis à la disposition [du public] [de la personne ayant demandé à les consulter] en application du paragraphe 3 peuvent être communiqués par le tribunal arbitral au lieu de conservation 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 sont mis à disposition promptement sous la forme et dans la langue dans lesquelles ils ont été reçus.”

35. Le Groupe de travail est convenu que le projet de libellé figurant ci-dessus au paragraphe 34 était acceptable et devrait être conservé.

2. Article 4 – Publication des sentences arbitrales

36. Le Groupe de travail a examiné l'article 4 figurant au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 et portant sur la publication des sentences arbitrales. Il a rappelé qu'à sa cinquante-cinquième session, un large appui avait été exprimé en faveur de cet article (A/CN.9/736, par. 67).

37. Il a été suggéré d'inclure les sentences arbitrales, dont la divulgation automatique était actuellement prévue à l'article 4, à la liste de documents visée à l'article 3-1, étant donné que la même procédure “automatique” de divulgation s'appliquait aux documents énumérés dans cet article, notamment aux ordonnances et décisions du tribunal arbitral. En réponse, il a été proposé de donner au tribunal arbitral le pouvoir de retarder la publication d'une sentence arbitrale à la demande

d'une partie concernée par d'autres procédures en cours portant sur des questions de fait ou de droit similaires, afin de ne pas préjuger de l'issue de ces autres procédures. Cette suggestion n'a pas été appuyée parce qu'elle risquait d'aller à l'encontre d'un objectif important des travaux du Groupe de travail, et il a été dit qu'une telle disposition retarderait inutilement la publication de nombreuses sentences, étant donné la similitude des questions de fait et de droit traitées dans diverses procédures.

38. À l'issue de la discussion, il a été convenu de modifier l'article 3-1 en y remplaçant à la dernière ligne les mots "et les ordonnances et décisions" par les mots "et les ordonnances, décisions et sentences". Il a été précisé que l'article 3-4 répondrait à l'obligation de communication actuellement énoncée à l'article 4-2. Il a donc été convenu de supprimer l'article 4, devenu superflu.

3. Article 5 – Observations présentées par des tiers

39. Le Groupe de travail a examiné l'article 5 figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 et traitant des observations présentées par des tiers.

Paragraphe 1

40. Il a été demandé si au paragraphe 1 le mot "peut" visait à renvoyer à la mise en balance visée à l'article 1-5. Il a été dit que si telle était l'intention, il convenait de l'exprimer clairement en ajoutant les mots "dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire" à la première ligne du paragraphe 1, entre les mots "peut" et "autoriser". Il a été dit aussi que cette formule était utilisée dans d'autres parties du règlement précisant que le tribunal devait tenir compte de l'équilibre visé au projet d'article 1-5. Il a été répondu à cela que l'article 5 était quelque peu différent parce que ses paragraphes 3 et 5 contenaient des orientations spécifiques sur la manière dont le tribunal devrait envisager l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en vertu de cet article. Ce point de vue a été partagé par le Groupe de travail.

41. Il a été proposé que les observations présentées par des tiers soient soumises à une obligation de consultation avec les parties au litige. Cette proposition n'a pas été appuyée.

42. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver quant au fond le texte de l'article 5-1 tel qu'il figure au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 2

43. Compte tenu des préoccupations exprimées concernant notamment le sens et la portée de l'expression "financièrement ou autrement" et le fait que la divulgation ne portait que sur l'assistance dans la préparation des observations et non l'assistance au sens large, le Groupe de travail est convenu d'examiner une proposition de modification de l'article 5-2. Cette proposition, soumise conjointement par plusieurs délégations (le "projet de proposition"), se lisait comme suit: "2. Un tiers souhaitant présenter des observations adresse au tribunal une requête concise, écrite dans une langue de l'arbitrage et ne dépassant pas le nombre de pages fixé par le tribunal, dans laquelle: a) il se présente, décrivant le cas échéant sa composition et son statut juridique (par exemple association professionnelle ou autre organisation non

gouvernementale), ses objectifs généraux et la nature de ses activités, et mentionne toute organisation mère (notamment toute organisation le contrôlant directement ou indirectement); b) il déclare s'il a un lien, direct ou indirect, avec l'une ou l'autre des parties au litige; c) il fournit des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation ayant fourni une assistance financière ou autre pour l'élaboration des observations ou plus de 25 % de ses revenus au cours des deux années précédant la requête; d) il décrit la nature de l'intérêt qu'il porte à l'arbitrage; et e) il expose les questions précises de fait ou de droit concernant l'arbitrage et dont il souhaite traiter dans ses observations."

Alinéas a), d) et e) du projet de proposition

44. Les alinéas a), d) et e) figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169 ont été adoptés quant au fond, sans objections aux modifications mineures qui y étaient apportées dans le projet de proposition.

Alinéa b) du projet de proposition

45. Le Groupe de travail a examiné l'alinéa b) du projet de proposition. Certaines délégations ont exprimé l'avis qu'il faudrait dans l'alinéa b) non seulement demander s'il existait un lien entre le tiers et une partie au litige mais aussi exiger que soit précisée la nature de ce lien.

46. Cette suggestion a été largement appuyée et il a donc été convenu de modifier l'alinéa b) du projet de proposition comme suit: "b) il déclare tout lien, direct ou indirect, qu'il a avec toute partie au litige;"

Alinéa c) du projet de proposition

47. En ce qui concerne l'alinéa c), le Groupe de travail s'est demandé si un seuil exprimé sous la forme d'un pourcentage cernait suffisamment le type et l'ampleur de l'assistance que le règlement devait viser.

48. Il a été dit qu'un pourcentage ne rendrait pas bien compte de l'importance réelle de l'assistance, en particulier dans le cas d'une grande entité tierce bénéficiaire, pour laquelle une assistance financière d'un montant élevé en chiffres absolus pouvait ne représenter qu'un faible pourcentage du revenu total. Il a été dit en outre qu'une assistance exprimée sous la forme d'un pourcentage du revenu, aussi conséquente soit-elle, pourrait ne pas être signalée si elle était fournie "en nature" ou si elle se situait juste en deçà du seuil fixé. Selon d'autres avis, un pourcentage, ou proportion du chiffre d'affaires global, fournirait une indication pertinente de l'ampleur de l'influence, et en outre les tiers pourraient tirer parti d'orientations leur permettant de mieux comprendre les exigences d'une règle équivalant somme toute à une obligation de déclaration.

49. Comme suite à cette discussion, un compromis a été proposé afin de promouvoir plus efficacement l'objectif de la disposition, décrit par certains comme une obligation pour les tiers de divulguer toute assistance financière conséquente fournie par tout gouvernement, toute personne ou toute organisation. Cette proposition consistait à remplacer le membre de phrase "plus de 25 % de ses revenus au cours des deux années précédant la requête" par les mots "une assistance importante au cours des deux années précédant la requête". Il a été proposé en outre de donner aux tiers des indications sur ce que pourrait être une assistance

importante, en précisant ensuite “telle que, par exemple, un financement de 20 % de son fonctionnement annuel global”. Il a été dit que le remplacement du mot “revenu” par l’expression “fonctionnement global” visait les cas où l’assistance fournie au tiers était plus large qu’un revenu au sens strict. La proposition de remplacer le chiffre de 25 % initialement proposé par celui de 20 % n’a soulevé aucune objection.

50. Certaines délégations se sont dites à nouveau préoccupées par l’utilisation d’un pourcentage, même à titre d’indication, parce qu’il pourrait être considéré comme un seuil en deçà duquel une déclaration n’est pas exigée. Il a été répondu à cela que le chiffre de 20 % était donné à titre d’exemple et que l’importance de l’assistance serait toujours déterminée en fonction des faits de l’espèce; sur cette base, il a été suggéré de modifier la proposition figurant plus haut au paragraphe 43 en remplaçant les mots “plus de” avant ce pourcentage par le mot “approximativement” ou “environ”, de manière à indiquer qu’il ne s’agit pas d’un seuil exact. Après discussion, cette proposition a été approuvée et le secrétariat a été chargé d’utiliser une formule en ce sens. Le secrétariat a également été chargé d’envisager de déplacer le mot “annuel” pour rendre le libellé plus clair, l’intention étant de faire porter le chiffre de 20 % sur le fonctionnement d’une année et non de deux.

51. Il a donc été convenu que, sous réserve de modifications rédactionnelles mineures auxquelles procéderait le secrétariat, l’alinéa c) se lirait comme suit: “c) il fournit des informations sur tout gouvernement, toute personne ou toute organisation lui ayant fourni i) une assistance financière ou autre pour l’élaboration des observations; ou ii) une assistance importante au cours des deux années précédant la requête, telle que, par exemple, un financement de 20 % [approximativement] [environ] de son fonctionnement annuel global.”

Paragraphe 3

52. Il a été proposé de supprimer au point b) du paragraphe 3 les mots “de fait ou” au motif que les observations présentées par des tiers ne devraient porter que sur les questions de droit touchant la procédure et non sur des questions de fait. Il a été répondu que les tiers fournissaient souvent d’importantes informations factuelles répondant à l’exigence exprimée au paragraphe 3, d’apporter “un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige”, et qu’exclure cette possibilité desservirait le tribunal qui, en vertu de l’article 5, reste libre de décider ce qui peut lui être utile.

53. À l’issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver quant au fond le texte de l’article 5-3 figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 4

54. Le Groupe de travail a examiné l’article 5-4. Il a été proposé d’ajouter un alinéa de portée générale selon lequel une observation présentée par un tiers devrait respecter, outre les critères énoncés aux alinéas a) à d) du paragraphe 4, toute autre condition fixée par le tribunal arbitral.

55. Selon plusieurs avis, le tribunal arbitral était naturellement investi de ce pouvoir discrétionnaire et en traitant du droit d’un tribunal d’imposer des conditions pour ces observations, on risquait de créer inutilement un besoin d’en traiter

expressément ailleurs dans le règlement pour lever tout doute. Après discussion, il a été convenu de conserver en l'état le texte l'article 5-4 figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 5

56. Après examen, le Groupe de travail a décidé de conserver quant au fond le texte du paragraphe 5 de l'article 5 figurant au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 6

57. Il a été convenu d'adopter une proposition de modifier légèrement le paragraphe 6 en y supprimant le mot "également". Le Groupe de travail a en outre chargé le secrétariat de répercuter cette modification, par souci de cohérence, aux autres paragraphes pertinents du règlement, notamment à l'article 6-5.

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

58. Le Groupe de travail a examiné l'article 6 figurant au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 1

59. Les avis étaient partagés quant à savoir si le tribunal serait tenu ("accepte") ou aurait la latitude ("peut accepter") d'accepter les observations de parties au traité non parties au litige sur des questions d'interprétation du traité.

60. Plusieurs avis ont été exprimés à l'appui de l'option "accepte": puisque la partie non contestante avait conclu le traité, l'interprétation de celui-ci pourrait influencer sur les droits qu'il lui conférerait dans une procédure ultérieure; ses interventions pourraient aider le tribunal à comprendre le traité; et l'expérience de l'arbitrage montrait qu'un État partie au traité non partie au litige intervenait rarement aux seules fins de protéger les intérêts de son investisseur. Il a été dit que certains traités prévoyaient le droit pour la partie non contestante de soumettre au tribunal son opinion sur l'interprétation du traité.

61. À l'appui de l'option "peut accepter", il a été dit que les dispositions de l'article 6 semblaient ne pas avoir de lien avec la transparence et auraient pour effet de faciliter la protection diplomatique d'un investisseur par un État; qu'un pouvoir d'appréciation devrait être laissé au tribunal, par souci de cohérence avec celui prévu à l'article 6-2; et qu'exiger l'acceptation de telles observations dans tous les cas pouvait entraîner une politisation des procédures.

62. Les avis étaient également partagés sur la question de savoir si le tribunal devrait avoir la latitude d'inviter de sa propre initiative des parties au traité non parties au litige à présenter des observations sur des questions d'interprétation du traité.

63. Il a été convenu que l'article 6-1 ferait l'objet de délibérations ultérieures. Le Groupe de travail a invité les États à examiner leurs traités afin de déterminer s'ils contenaient des dispositions donnant à une partie non contestante le droit de soumettre au tribunal son opinion sur l'interprétation du traité.

Paragraphe 2

Questions de droit, questions de fait ou questions entrant dans le cadre du litige

64. Le texte entre crochets de l'article 6-2 a été examiné afin de déterminer en particulier si ce paragraphe devrait traiter des observations présentées par une partie au traité non partie au litige sur des "questions de droit", des "questions de droit ou de fait" ou des "questions entrant dans le cadre du litige". Il a été précisé que dans la mesure où l'article 6-2 visait à traiter de questions de droit, celles-ci devraient s'ajouter à celles visées au paragraphe 1 concernant l'interprétation du traité.

65. Certaines délégations ont exprimé l'avis que cette disposition devrait se limiter aux questions de droit. Selon d'autres avis, il était difficile en pratique de faire une différence entre questions de droit et questions de fait. Il a été dit que l'expression "questions entrant dans le cadre du litige" couvrirait les deux et que le pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral lui permettrait de déterminer quelles observations lui seraient utiles.

66. Selon certains avis, l'article 6-2 devait être supprimé, compte tenu de l'incertitude entourant la signification des expressions "questions de droit ou de fait" et "questions entrant dans le cadre du litige", et du risque d'ouvrir la voie à la protection diplomatique.

67. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de remplacer le texte entre crochets par l'expression "questions entrant dans le cadre du litige", qui correspondait au libellé de l'article 5-1, et d'y ajouter le mot "autres" (ce passage se lisant alors "d'autres questions entrant dans le cadre du litige"), jugé utile pour marquer une différence entre la portée du paragraphe 2 et celle du paragraphe 1 sur les questions d'interprétation du traité.

Invitation à des parties au traité non parties au litige

68. Il a été demandé en outre si le tribunal devrait être autorisé à inviter de sa propre initiative des parties au traité non parties au litige à présenter des observations sur des questions entrant dans le cadre du litige, comme le prévoyait actuellement le projet de paragraphe 2 figurant au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

69. Il a été dit qu'à l'article 6-2, la possibilité pour le tribunal de solliciter des observations devrait être supprimée, pour deux raisons principales: i) une telle invitation risquait d'entraîner une politisation de litiges et d'y introduire des aspects liés à la protection diplomatique; et ii) en outre, elle placerait la partie au traité non partie au litige dans une position plus avantageuse que toute tierce partie non contestante, ce qui, a-t-on dit, ne se justifiait pas pour des questions ne relevant pas de l'interprétation du traité. Une distinction a été établie avec le paragraphe 1, à propos duquel il a été dit qu'une partie au traité non partie au litige pourrait être directement touchée par des questions d'interprétation du traité et que le tribunal devrait, en vertu de ce paragraphe, conserver le pouvoir d'inviter les parties non contestantes à présenter des observations.

70. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de supprimer la faculté que le paragraphe 2 donnait actuellement au tribunal arbitral d'inviter les parties au traité non parties au litige à présenter des observations. Le secrétariat a été chargé de rédiger un nouveau libellé reflétant cet accord. Il a été précisé que la

décision de supprimer le passage traitant de ce point n'était pas censée avoir d'incidence sur tout autre pouvoir conféré au tribunal par le règlement d'arbitrage ou de toute autre manière.

Autres points

71. Le Groupe de travail est également convenu de remplacer le verbe “accepter”, utilisé aux paragraphes 1 et 2 de l'article 6, par le verbe “autoriser”, par souci de précision et de cohérence avec le libellé de l'article 5-3.

Paragraphe 3

72. L'article 6-3 a été examiné par le Groupe de travail et adopté en l'état, tel qu'il apparaît au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 4

73. L'article 6-4 a été examiné par le Groupe de travail et adopté en l'état, tel qu'il apparaît au paragraphe 37 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 5

74. Conformément à la proposition adoptée plus haut, au paragraphe 57, concernant l'article 5, le Groupe de travail est convenu de supprimer le mot “également” du texte de ce paragraphe. Il a en outre adopté une suggestion d'ajouter le mot “raisonnable” après le mot “possibilité” et prié le secrétariat de répercuter cette modification dans les autres passages du texte où apparaît le mot “possibilité”, chaque fois qu'il convient.

75. Il a été convenu que le secrétariat établirait un nouveau projet d'article 6-5 reflétant ces accords.

5. Article 7 – Audiences

76. Le Groupe de travail a examiné l'article 7 figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

77. En ce qui concerne l'article 7-1, il a été demandé si les motifs justifiant de tenir des audiences ou des parties d'audiences à huis clos plutôt que publiques s'étendraient au-delà de ceux visés aux paragraphes 2 et 3 du même article. À cet égard, le Groupe de travail a également examiné la question de savoir si les audiences publiques devraient être la règle et non l'exception.

78. À l'appui d'une limitation du pouvoir discrétionnaire du tribunal aux questions visées aux paragraphes 2 et 3, il a été dit que toute latitude supplémentaire risquait d'être ambiguë et illimitée, ce qui exposerait le tribunal à des pressions des parties et irait à l'encontre du principe de la transparence; que le paragraphe 2 tenait compte des exceptions à la transparence visées à l'article 8 et que sauf à l'article 7-3, il n'y avait aucune raison d'accorder plus de latitude au tribunal; que les instruments des Nations Unies devraient refléter des valeurs telles que les droits de l'homme et la liberté d'expression et que toute exception à la transparence devrait donc être strictement définie de manière à ne pas donner lieu à une discrétion illimitée qui irait à l'encontre de ces principes. À l'issue de la discussion, il a été convenu qu'il ne devrait pas y avoir de pouvoir discrétionnaire illimité; et

les débats se sont portés sur la question de savoir si les audiences publiques devraient être la règle et non l'exception.

79. Il a été proposé qu'une partie au litige puisse s'opposer unilatéralement à ce qu'une audience soit publique si elle le souhaitait, proposition qui a recueilli un certain appui. À l'appui de cette proposition, il a été dit que la protection de la sécurité nationale et des informations confidentielles ainsi que les problèmes de politisation des litiges exigeaient qu'un droit de veto puisse être exercé. Il a été dit en outre que la tenue d'audiences publiques pourrait devenir impossible d'un point de vue logistique et que les paragraphes 2 et 3 ne faisaient rien pour atténuer cette préoccupation, et aussi qu'il faudrait tenir compte de l'incidence qu'une audience publique pourrait avoir sur le coût de la procédure.

80. Certaines délégations ont dit qu'elles préféreraient conserver comme règle par défaut l'article 28-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, en vertu duquel les arbitrages commerciaux se tiennent à huis clos sauf convention contraire des parties. Il a été dit qu'on voyait mal comment une telle règle contribuerait au mandat du Groupe de travail en matière de promotion de la transparence.

81. Il a été suggéré de réexaminer les questions soulevées par l'article 7-1 après que le Groupe de travail aurait examiné l'article 8, censé porter sur les exceptions à la transparence.

82. À l'issue de la discussion, un appui très marqué a été exprimé en faveur du principe selon lequel la règle par défaut resterait la publicité des audiences en vertu du règlement, sous réserve uniquement des exceptions visées aux paragraphes 2 et 3, certaines délégations appuyant l'avis qu'une partie devrait avoir le droit de demander unilatéralement que les audiences se tiennent à huis clos. La question s'est posée de savoir si cet appui très marqué en faveur du principe décrit plus haut équivalait à un consensus. Afin de progresser dans la seconde lecture, il a été finalement convenu que l'article 7-1 ferait l'objet de délibérations ultérieures.

Paragraphe 2

83. Après discussion, le Groupe de travail est convenu d'enlever les crochets entourant les mots "confidentielles ou sensibles" et, sous réserve de l'examen de l'article 8, visé ci-après au paragraphe 90, de supprimer les mots "ou sensibles". Pour le reste, il est convenu de conserver en l'état l'article 7-2 figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

Paragraphe 3

84. Il a été largement convenu de supprimer le mot "droit" de la deuxième ligne du paragraphe 3, puisque les dispositions logistiques concernaient l'accès et non le droit d'accès.

85. Il a aussi été suggéré d'ajouter à la fin du paragraphe l'adjectif "imprévus" après les mots "motifs logistiques", pour empêcher qu'il puisse être convenu à l'avance de tenir des audiences à huis clos uniquement pour des motifs logistiques qui auraient pu ou dû être prévus. Cette suggestion n'a pas été appuyée.

86. Une question a été posée concernant la définition du terme "audiences". Il fallait que le paragraphe 3 soit suffisamment clair sur le type d'audiences auquel l'accès du public était censé s'appliquer et sur le rôle de facilitation du tribunal. Il a

été dit qu'en principe, les audiences devaient toujours être publiques lorsqu'elles portaient sur le fond (notamment sur la compétence et sur la présentation d'éléments de preuve par des témoins ou des experts, ou d'exposés oraux), mais pas lorsqu'elles portaient sur de simples questions de procédure.

87. Il a été dit qu'il conviendrait peut-être d'utiliser le terme "audience" comme n'incluant pas les simples discussions de procédure. Il a été dit que l'article 17-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et l'article 24-1 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international contenaient un libellé qui pourrait être repris dans le projet de règlement pour lier la signification du terme "audience" dans ces textes à celle qu'elle a dans le projet de règlement.

88. Le Groupe de travail est convenu de conserver l'article 7-3 figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, avec la modification visée ci-dessus au paragraphe 84 et l'ajout d'un libellé reflétant le point mentionné ci-dessus au paragraphe 87.

6. Article 8 – Exceptions à la transparence

Premier sous-titre

89. Le Groupe de travail a examiné l'article 8 figurant au paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

90. Divers avis ont été exprimés sur le choix des adjectifs entre crochets à retenir pour qualifier le terme "informations" dans le premier sous-titre. À l'issue de la discussion, il a été convenu que le premier sous-titre de l'article 8 se lirait "Informations confidentielles ou protégées", intitulé qui reflétait le mieux le contenu de la disposition. Il a été convenu en outre que le secrétariat répercuterait ce choix de formulation dans le reste du projet de règlement.

Paragraphe 1 à 9

91. Selon un avis, le libellé de l'article 3 était trop détaillé et risquait de surréglementer les pouvoirs d'un tribunal arbitral sans pour autant envisager tous les cas de figure possibles.

92. Il a donc été suggéré d'adopter un libellé plus souple et plus simple permettant au tribunal arbitral d'adapter ses procédures en fonction des situations. Sur cette base, une version révisée de l'article 8 a été soumise au Groupe de travail (le "projet de proposition").

93. Le Groupe de travail s'est demandé s'il devrait se fonder sur le projet de proposition pour la suite de l'examen des paragraphes 1 à 9 de l'article 8. Il a été suggéré de revenir au projet d'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169. Cette proposition n'a pas été appuyée. Le projet de proposition a donc servi de base pour la suite de l'examen des paragraphes 1 à 9 de l'article 8 (à l'exception du paragraphe 2 c), examiné séparément tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.169).

94. Le projet de proposition se lisait comme suit:

“Projet d'article 8 – Exceptions à la transparence

Informations confidentielles ou protégées

1. Les informations confidentielles ou protégées, définies au paragraphe 2 du présent article et identifiées conformément aux modalités visées ci-après aux paragraphes 3 et 4, ne sont pas mises à la disposition du public ni de parties au traité non parties au litige conformément aux articles 2 à 7.
2. Sont considérées comme informations confidentielles ou protégées:
 - a) Les informations commerciales confidentielles;
 - b) Les informations protégées contre la divulgation en vertu du traité;
 - c) Les informations protégées contre la divulgation en vertu de toute loi ou de tout règlement que le tribunal arbitral juge applicable à la communication de telles informations.
3. Le tribunal arbitral prend des dispositions pour prévenir la divulgation de toute information confidentielle ou protégée, notamment en établissant, en consultation avec les parties, des procédures pour identifier et supprimer les informations confidentielles ou protégées ou tenir des audiences à huis clos conformément au paragraphe 2 de l'article 7. C'est lui qui détermine après consultation des parties si des informations sont confidentielles ou protégées.
4. Si le tribunal arbitral décide que des informations ne devraient pas être supprimées d'un document ou qu'il n'y a pas lieu d'empêcher la divulgation d'un document, la partie au litige, partie au traité non partie au litige ou tierce personne ayant présenté le document est autorisée i) à le présenter à nouveau sous une forme respectant la décision du tribunal ou ii) à le retirer intégralement ou en partie du dossier de la procédure arbitrale."

Paragraphe 1 du projet de proposition

95. Il a été suggéré de mettre à jour les renvois figurant au paragraphe 1 et le secrétariat a été prié de se charger de cette tâche et de procéder à toute autre modification touchant les renvois ou la numérotation.

96. Pour le reste, il a été convenu que le paragraphe 1 du projet de proposition était acceptable et devrait être conservé en l'état.

Paragraphe 2 du projet de proposition

97. Après discussion, il a été convenu de conserver en l'état le chapeau du paragraphe 2, sous réserve des modifications à apporter pour tenir compte du nouveau titre de l'article 8, mentionnées plus haut au paragraphe 90.

Alinéas a) et b) du paragraphe 2 du projet de proposition

98. Il a été convenu d'ajouter le mot "ou" après l'alinéa b) afin de préciser que les catégories visées au paragraphe 2 constituaient des possibilités distinctes.

99. Une question a été posée concernant la signification du terme "informations commerciales confidentielles" au paragraphe 2 a), et il a été jugé nécessaire de le définir dans le règlement ou d'en fournir une liste d'exemples à titre indicatif. Il a aussi été suggéré d'ajouter les mots "sensibles et" avant le mot "confidentielles". À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver en l'état l'article 8-2 a).

100. Il a été convenu en outre que l'alinéa b) figurant dans le projet de proposition était acceptable et devrait être conservé en l'état.

Paragraphe 2 c) du document A/CN.9/WG.II/WP.169

101. Le Groupe de travail a examiné l'article 8-2 c) figurant au paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.169.

102. Il a été proposé de supprimer toute référence à la législation d'une partie au litige, qui, a-t-on dit, portait atteinte au pouvoir discrétionnaire du tribunal arbitral de déterminer la loi applicable. En réponse, des préoccupations ont été exprimées selon lesquelles un texte ainsi simplifié n'indiquerait pas de manière suffisamment claire, en particulier à un défendeur, si les décisions du tribunal arbitral risquaient de le placer en situation de violation de sa propre législation. Après discussion, un compromis a été proposé, selon lequel la législation du défendeur s'appliquerait obligatoirement à la divulgation d'informations par lui, toutes les autres informations étant soumises à une décision du tribunal en matière de conflit de lois. À cet égard, le Groupe de travail a examiné une proposition conjointe de plusieurs délégations concernant l'article 8-2 c) (le "projet de proposition"): "Les informations protégées contre la divulgation au public, celles du défendeur en vertu de sa législation et les autres en vertu de toute loi ou de tout règlement que le tribunal arbitral juge applicable à la communication de telles informations."

103. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à s'entendre sur le projet de proposition. Selon un avis, la législation de la partie fournissant les informations devait s'appliquer obligatoirement à celles-ci. Cet avis n'a pas été appuyé. Selon certains avis, le projet de proposition rassurerait les pays en développement, préoccupés notamment par la question de savoir si leurs intérêts de sécurité nationale seraient suffisamment protégés. Selon d'autres avis, cette disposition ouvrirait la voie à des abus et desservirait l'objectif du règlement; spécifiquement, prévoir qu'un État était tenu d'appliquer sa propre législation pour les informations qu'il fournissait lui permettrait de contourner l'objectif du règlement en introduisant une législation empêchant la divulgation de toutes informations concernant des litiges entre investisseurs et États. Il a été répondu à cela qu'il n'était pas admissible qu'un État adopte le règlement de la CNUDCI sur la transparence puis utilise sa législation pour en compromettre l'esprit (ou la lettre). Cette position a recueilli un appui unanime.

104. Après de nouvelles discussions, il a été dit que trois avis avaient été exprimés sous la forme de propositions distinctes: i) une proposition selon laquelle le tribunal aurait le pouvoir de procéder à une analyse de conflit de lois pour toutes les informations (présentée ci-dessus au paragraphe 102); ii) le "projet de proposition" présenté ci-dessus au paragraphe 102, selon lequel le tribunal se reporterait à la législation du défendeur pour les informations de celui-ci et procéderait à une analyse de conflit de lois pour toutes les autres informations; et iii) une proposition selon laquelle le tribunal recevrait comme indication pour son analyse de conflit de lois que, pour ce qui est des questions touchant les informations du défendeur, il devrait surtout tenir compte de la législation de celui-ci. Le secrétariat a été prié d'inclure ces trois options dans ses prochains projets de texte afin que le Groupe de travail les examine plus avant.

Paragraphe 2 bis

105. Le groupe de travail a été saisi d'un nouveau libellé, proposé comme article 8-2 *bis*: "Rien dans le présent Règlement n'oblige une partie à [rendre disponibles] [mettre à la disposition du public] des informations dont elle considère que la divulgation compromettrait l'application des lois ou serait contraire à l'intérêt général ou à ses intérêts essentiels de sécurité."

106. Il a été dit que cette disposition ne visait pas à introduire une exception supplémentaire dans l'article 8 mais constituait une question qu'un État pourrait trancher de lui-même. Plusieurs délégations ont appuyé le texte proposé. Plusieurs autres s'y sont opposées au motif qu'il réduirait à néant l'objectif de transparence sur lequel se fondait le règlement et irait à l'encontre des orientations données au Groupe de travail par la Commission. Il a été dit que des expressions telles que "compromettrait l'application des lois" ou "serait contraire à l'intérêt général" étaient beaucoup trop vagues et qu'on pourrait leur attribuer pratiquement n'importe quelle signification pour justifier la non-divulgation d'informations. À cet égard, il a été dit que le mandat du Groupe de travail partait du principe que la transparence elle-même était dans l'intérêt général.

107. Il a été dit aussi que la protection de telles informations devait figurer – et figurait souvent – dans la législation nationale, ainsi que dans des traités conclus par l'État, et que rien ne justifiait de prévoir dans le règlement une protection supplémentaire. Plusieurs délégations se sont opposées à l'idée que l'État lui-même décide quelles informations ne pas divulguer, cette décision revenant au tribunal.

108. Il a été dit que la question devrait être traitée à l'article 8-2 c), puisque les informations en question seraient soumises à la législation nationale d'un État.

109. Il a été répondu à cela que les traités conclus avant la date d'adoption du règlement sur la transparence (les "traités existants") ne contenaient pas toujours de dispositions protégeant ces informations et qu'il importait d'avoir un équilibre dans le règlement sur la transparence. Il a également été dit que, notamment parce que les délibérations sur l'article 8-2 c) n'étaient pas encore conclues, il n'était pas clair que la législation d'un État partie au traité et au litige apporterait la protection nécessaire.

Paragraphe 3

110. Le Groupe de travail a examiné un second projet de proposition concernant l'article 8-3, faisant suite à l'accord dégagé en son sein sur la nécessité d'exprimer plus clairement l'articulation entre l'article 3 et l'article 8 (voir plus haut, par. 32) et de traiter la question de la rapidité de la mise à disposition des documents (le "second projet de proposition" sur l'article 8). Le second projet de proposition se lisait comme suit: "3. Le tribunal arbitral, en consultation avec les parties, prend des dispositions pour prévenir la divulgation de toute information confidentielle ou protégée, notamment en prévoyant, selon qu'il convient i) un délai pendant lequel une partie, une partie au traité non partie au litige ou un tiers doit notifier qu'un document contient des informations confidentielles ou protégées; ii) des procédures pour désigner et supprimer promptement les informations confidentielles ou protégées de ces documents; et iii) des procédures pour tenir des audiences à huis clos conformément au paragraphe 2 de l'article 7. C'est lui qui détermine après consultation des parties si des informations sont confidentielles ou protégées."

111. Le second projet de proposition a été largement appuyé et il a été convenu d'y apporter les quelques modifications mineures suivantes:

a) Au point i), les mots "qu'un document contient des informations confidentielles ou protégées" seraient remplacés par les mots "qu'il demande la protection de telles informations dans un document";

b) À la dernière phrase, le mot "détermine" serait remplacé par le mot "décide", et le secrétariat veillerait à ce que le mot approprié soit utilisé de manière cohérente dans l'ensemble du projet de règlement;

c) Le secrétariat veillerait à ce que les termes "parties" et "parties au litige" soient utilisés correctement et de manière cohérente dans l'ensemble du projet;

d) Les mots "ou aux parties non contestantes" seraient ajoutés après les mots "au public" par souci de cohérence avec le paragraphe 1; et

e) À l'avant-dernière phrase ("conformément au paragraphe 2 de l'article 7"), les mots "conformément au" seraient remplacés par la formule "dans la mesure exigée par le".

112. Le Groupe de travail est convenu de conserver le second projet de proposition figurant plus haut au paragraphe 110, avec les modifications décrites ci-dessus au paragraphe 111.

Paragraphe 4

113. Des préoccupations ont été exprimées concernant le paragraphe 4 du projet de proposition figurant plus haut au paragraphe 94. Spécifiquement, il a été dit que ce texte ne tenait pas compte du cas où une partie obligée par le tribunal arbitral de produire un document pourrait le retirer ultérieurement pour des raisons de confidentialité. Il a été convenu que le paragraphe 4 ne visait que les cas où une partie avait volontairement soumis un document.

114. Le libellé suivant a été proposé pour rendre plus claire cette intention: "4. Si le tribunal arbitral décide que des informations ne devraient pas être supprimées d'un document ou qu'il n'y a pas lieu d'empêcher la divulgation d'un document, toute partie au litige, partie au traité non partie au litige ou tierce personne ayant volontairement présenté le document peut le retirer intégralement ou en partie du dossier de la procédure arbitrale."

115. Ce libellé a été largement approuvé, sous réserve de deux préoccupations distinctes. Premièrement, il a été dit que ce libellé permettrait à une partie versant un document au dossier d'en retirer (pour des raisons légitimes ou non) une partie qu'elle-même jugerait confidentielle, ce qui pourrait déformer le sens général du document. Il a été répondu à cela que même si le libellé ne traitait pas directement ce point, le tribunal arbitral pourrait réagir à un tel comportement dans le cadre de la procédure, par exemple en tirant des conclusions défavorables ou, dans le cas de pièces justificatives, en exerçant son pouvoir discrétionnaire de ne pas les publier. Deuxièmement, il a été dit que si les deux parties convenaient de la confidentialité d'un document, c'étaient elles et non le tribunal qui devraient en dernier ressort décider s'il convient de ne pas le divulguer. Cette suggestion n'a pas été appuyée dans le contexte du paragraphe 4 et il a été dit qu'une telle approche empêcherait le tribunal de jouer son rôle de gardien des règles.

116. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver le paragraphe 4 tel qu'il figure ci-dessus au paragraphe 114.

117. Pour ce qui est du deuxième point soulevé ci-dessus au paragraphe 115, il a été proposé d'ajouter à l'article 8-2 un nouvel alinéa d) libellé comme suit: "Les informations que les deux parties au litige conviennent de ne pas divulguer, à moins que cela ne soit contraire à l'intérêt général". Cette proposition a recueilli un certain appui mais d'autres délégations l'ont vivement désapprouvée, et il a été convenu de l'examiner plus avant lors de la troisième lecture du règlement.

Paragraphe 10 et 11 – Intégrité du processus arbitral

Paragraphe 10

118. Après discussion, il a été convenu de conserver ce paragraphe tel qu'il figurait au paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, sous réserve des changements de numérotation rendus nécessaires par les modifications de l'article 8 visées plus haut.

Paragraphe 11

119. Il a été convenu de conserver ce paragraphe tel qu'il figurait au paragraphe 45 du document A/CN.9/WG.II/WP.169, sous réserve des changements de numérotation rendus nécessaires par les modifications de l'article 8, décrites plus haut.

7. Article 9 – Lieu de conservation des informations publiées

120. Le Groupe de travail a examiné l'article 9 figurant au paragraphe 1 du document A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1. Des avis ont été exprimés en faveur de l'option 2, qui ferait qu'un seul organe administratif pour une procédure arbitrale donnée serait chargé de l'application du règlement sur la transparence et de l'application de la procédure arbitrale. Le Groupe de travail n'est pas parvenu à un consensus sur la question de savoir laquelle des deux options proposées serait préférable et la décision a été reportée à une session ultérieure.

121. Néanmoins, il a été convenu en principe que si le Groupe de travail retenait finalement l'option 1, la CNUDCI serait l'institution dépositaire préférée si elle avait la capacité d'agir à ce titre. Il a également été convenu que si plusieurs institutions devaient être désignées comme lieux de conservation en vertu de l'option 2, un site Web devrait être mis en place, de préférence par la CNUDCI, pour centraliser les informations conservées par ces différentes institutions.

122. En outre, la CNUDCI a été chargée de se mettre en rapport avec d'autres institutions d'arbitrage afin de mieux évaluer les coûts et autres incidences d'un lieu de conservation, et d'en rendre compte au Groupe de travail à sa prochaine session.

8. Remarques générales sur la deuxième lecture du projet de règlement sur la transparence

123. Au début du quatrième jour de la session, les questions que le Groupe de travail devait encore examiner au cours de la deuxième lecture du projet de règlement sur la transparence ont été résumées comme suit: i) un nouveau projet de proposition pour les articles 3-4 et 8-3 qui, a-t-on dit, étaient liés; ii) un nouveau projet de proposition pour l'article 8-2 c); iii) un projet de proposition d'un nouveau

paragraphe appelé provisoirement article 8-2 *bis*; iv) l'article 8-4; v) l'article 9; et vi) deux points distincts concernant a) l'opportunité de fixer une période durant laquelle les tiers pourraient soumettre des demandes (aux fins d'obtenir des documents et d'en soumettre) en vertu des articles 3 et 5, et b) la manière dont les coûts des dispositions sur la transparence seraient supportés.

124. Seraient donc laissées pour la troisième lecture les questions en suspens à l'article 1 (champ d'application); à l'article 6-1, en particulier le choix entre le mot "accepte" et l'expression "peut accepter"; et à l'article 7-1, concernant la publicité des audiences.

Observations présentées par des tiers et demande d'accès à des documents par des tiers

125. Comme il est dit plus haut au paragraphe 123, le Groupe de travail est convenu d'examiner le nombre d'observations que des tiers pourraient présenter et le moment auquel ils pourraient le faire en vertu des articles 3 et 5. Une proposition de formuler une règle spécifique fixant les moments où les parties pourraient accéder aux documents en vertu de l'article 3 et présenter des observations en vertu de l'article 5 n'a pas été appuyée. Une proposition de limiter le nombre des observations pouvant être présentées par des tiers n'a pas été appuyée non plus. En revanche, il a été convenu que le tribunal arbitral devrait conserver le pouvoir discrétionnaire de gérer la procédure.

Coûts

126. En réponse à plusieurs questions générales sur le financement des dépenses liées aux mesures de transparence, le Groupe de travail a examiné séparément la question des coûts.

127. Il a été dit qu'il y avait au moins quatre catégories de coûts liés aux mesures de transparence: i) le coût de la mise à disposition des documents sur le site Web du registre; ii) le coût lié à la publicité des audiences; iii) les coûts liés à la participation de tiers (frais juridiques occasionnés par la réponse aux observations); et iv) les coûts liés aux arbitres.

128. Il a été dit en outre que ces coûts étaient inhérents à la mise en œuvre de mesures de transparence aux fins de l'exécution du mandat donné par la Commission au Groupe de travail.

129. Il a été proposé que le règlement permette au tribunal d'ordonner aux tiers présentant des observations abusives d'en supporter le coût. Il a été dit qu'une personne pourrait se soumettre à la compétence d'un tribunal lorsqu'elle est reconnue comme "tiers" (tel que défini à l'article 5). Il a été répondu à cela qu'un tribunal arbitral et les parties s'abstiendraient généralement de répondre à des observations abusives (par mesure d'économie), mais aussi que la perspective d'une telle ordonnance découragerait les tiers sans but lucratif de participer à la procédure arbitrale, ce qui serait contraire à l'intérêt général de transparence.

130. Il a également été suggéré que les coûts de l'accès des tiers aux pièces afférentes soient traités dans le règlement puisque, a-t-on dit, il serait juste que ce soit la partie requérante qui les supporte et non les parties au litige. Après discussion, il a été précisé que les coûts ne comprenaient dans ce cas que la fourniture des documents à la partie concernée (la photocopie, l'envoi, etc.) et non

la préparation des documents (c'est-à-dire leur expurgation) avant communication. Il a été noté que les préoccupations concernant ces coûts étaient légitimes, mais qu'elles pourraient entrer en contradiction avec les objectifs généraux de transparence, puisque les coûts n'étaient pas censés décourager le public de participer à la procédure. On a demandé s'il serait juste d'imposer des coûts à la première personne demandant l'accès à des documents alors que ceux-ci allaient ensuite être accessibles également au grand public. Après discussion, il a été convenu que les tiers demandant l'accès à des documents n'auraient à supporter que les coûts administratifs (tels que la photocopie et l'envoi) et le secrétariat a été chargé de rédiger un libellé reflétant cet accord, pour examen par le Groupe de travail.

9. Article 1 – Champ d'application

131. Le Groupe de travail a examiné l'article 1 en ce qui concerne le champ d'application du règlement sur la transparence, afin de faire progresser ses délibérations sur cet article avant sa prochaine session. Il a été saisi de deux libellés proposés expressément aux fins de refléter l'approche visée au paragraphe 54 du document A/CN.9/741.

132. Il a été convenu de fusionner ces deux libellés en plaçant des crochets autour des parties divergentes, de sorte qu'ils puissent être examinés en tant que proposition unique lors d'une session ultérieure. Le texte fusionné se lisait comme suit: "Article 1 – Champ d'application du règlement sur la transparence 1. Le présent Règlement s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément à un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le "traité") conclu après [date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence], sauf convention contraire des parties au traité. 2. Dans le cas i) d'arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité conclu avant [date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence], et ii) d'arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément à un autre règlement d'arbitrage ou ad hoc, le présent Règlement s'applique [ne s'applique que] [si] [à condition que]: a) les parties au litiges conviennent de son application à l'arbitrage; ou b) les parties au traité ou, dans le cas d'un traité multilatéral, l'État d'origine de l'investisseur et le défendeur sont convenus [dans un instrument adopté] [de l'application du présent Règlement] après [date d'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence] [dans un instrument adopté]."

133. La proposition contenait aussi un projet de nouvel article 1-4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010, destiné à préciser comment le projet de règlement sur la transparence s'articulait avec le Règlement d'arbitrage, sans formellement en faire une partie ni une annexe de celui-ci, ce qui le rendait accessible à des arbitrages régis par d'autres règlements que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Le nouvel article 1-4 proposé pour le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 se lisait comme suit: "4. Pour les arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le présent Règlement d'arbitrage inclut le Règlement sur la transparence de la CNUDCI [modifié de temps à autre] sous réserve de la disposition de l'article 1 de dernier."

134. Il a été convenu que la proposition visée ci-dessus aux paragraphes 132 et 133 serait soumise au Groupe de travail pour examen à sa prochaine session. Cette

proposition contenait aussi, pour référence, un schéma indiquant comment elle influencerait sur l'arbitrage lié à la CNUDCI (mais pas sur un autre arbitrage institutionnel).

135. Selon plusieurs avis, les délégations ne devaient pas être forcées à accepter des règles sur la transparence, que se soit au moyen d'une interprétation dynamique ou d'une autre manière, mais ce consentement devait toujours être clairement donné. Selon d'autres avis, les États où l'interprétation dynamique des traités était reconnue et même acceptée comme pratique courante ne devaient pas être privés de cette interprétation, d'autant qu'elle pouvait avoir pour effet de promouvoir les objectifs de la transparence.

136. À cet égard, il a été convenu que toute solution proposée à l'article 1 devait respecter le pouvoir discrétionnaire conféré aux tribunaux par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010.

137. Le Groupe de travail a invité les États à examiner leurs traités afin de déterminer s'ils contenaient des références spécifiques au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, telles que "le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI alors en vigueur" ou "le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI tel que modifié de temps à autre".

138. Il a été dit que les partisans du libellé sur le champ d'application proposé plus haut aux paragraphes 132 et 133 considéraient aussi qu'il importait d'assurer l'application du règlement sur la transparence aux traités existants, et exhortaient donc le Groupe de travail à examiner sans retard, en même temps que ce libellé, des mécanismes qui permettraient l'application aux traités existants.

139. Il a également été souligné que le règlement lui-même devait fournir des normes claires et solides sur la transparence et que l'article 1 serait le mécanisme par lequel les parties pourraient convenir d'appliquer ou non le règlement sur la transparence.

140. Pour ce qui est des traités existants, on a noté que plusieurs délégations avaient soumis une proposition (figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.174) selon laquelle le règlement sur la transparence n'établirait aucune règle ni présomption concernant son application en vertu des traités existants, cette application devant découler d'une décision prise conformément aux règles d'interprétation des traités acceptées internationalement. Il a été dit à l'appui de cette approche qu'appliquer le règlement à des traités existants uniquement si les parties l'"acceptaient" expressément par un accord ultérieur (comme proposé plus haut au paragraphe 132) irait à l'encontre des attentes raisonnables des pays voulant profiter de clauses dynamiques dans leurs traités, et constituerait un signal négatif concernant les vertus de la transparence. En revanche, la présomption de l'application du règlement sur la transparence aux traités existants selon l'approche "d'exclusion expresse" enverrait un signal fort en faveur de la transparence et favoriserait une large utilisation du règlement.

141. Il a été convenu en outre de charger le secrétariat de rédiger i) un libellé de convention sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, avec un projet de clause permettant une réserve, et ii) un libellé de déclaration unilatérale, les deux devant être examinés à la cinquante-huitième session du Groupe de travail.