Nations Unies A/CN.9/WG.II/WP.159

Assemblée générale

Distr.: limitée
4 août 2010
Français
Original: anglais/espagnol/
français/russe

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation)
Cinquante-troisième session
Vienne, 4-8 octobre 2010

Règlement des litiges commerciaux

Transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

Compilation des commentaires reçus de gouvernements

Note du Secrétariat

Table des matières

			Paragraphes	*Page*
I.	Introduction		1-2	2
II.	Questionnaire			3
	A.	Questions relatives aux pratiques actuelles en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités		3
	B.	Références au questionnaire	3	3
III.	Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités			4
	1.	Algérie		4
	2.	Argentine		5
	3.	Arménie		7
	4.	Australie		7
	5.	Bahreïn		8
	6.	Bélarus		10

V.10-55584 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. À sa quarante et unième session (New York, 16 juin-3 juillet 2008), la Commission est convenue que la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités méritait d'être examinée plus avant et devrait être traitée en priorité par le Groupe de travail II (arbitrage et conciliation) immédiatement après qu'il aurait achevé la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Quant à la portée de ces travaux futurs, la Commission est convenue par consensus qu'il importait de veiller à ce que la résolution des litiges entre investisseurs et États se fasse dans la transparence. Elle a estimé que, comme le Groupe de travail l'avait noté à sa quarante-huitième session (A/CN.9/646, par. 57), la question de la transparence devrait être examinée à l'avenir, car il s'agissait d'un objectif souhaitable de l'arbitrage entre investisseurs et États. En ce qui concerne la forme que tout produit de ces travaux futurs pourrait prendre, la Commission a noté que différentes possibilités avaient été envisagées par le Groupe de travail (ibid., par. 69), y compris l'élaboration d'instruments tels que des clauses types, des règles ou des principes directeurs sur des points précis, une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI sous sa forme générique, ou des règles d'arbitrage séparées ou des clauses facultatives à insérer dans des traités. La Commission a décidé qu'il était trop tôt pour arrêter la forme de cet instrument et que le Groupe de travail devrait jouir d'une grande liberté à cet égard. Afin de faciliter l'examen de ces questions par le Groupe à une session future, la Commission a demandé au Secrétariat, si les ressources le permettaient, d'effectuer des recherches préliminaires et de rassembler des informations sur les pratiques actuelles. Elle a exhorté les États membres à fournir des informations aussi complètes que possible au Secrétariat sur leur expérience de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États[1].

2. À sa quarante-troisième session (New York, 21 juin-9 juillet 2010), la Commission a, dans le contexte des futurs travaux concernant le règlement des litiges commerciaux, chargé le Groupe de travail de préparer un standard juridique sur la question de la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités. La Commission a été informée que, comme elle l'avait demandé à sa quarante et unième session, le Secrétariat avait transmis un questionnaire aux États sur leur pratique en matière de transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et que les réponses seraient communiquées au Groupe de travail. Le questionnaire distribué aux États figure dans la partie II de la présente note. Ce document et ses additifs contiennent dans leur troisième partie les réponses que le Secrétariat a reçues des États[2].

---

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

[2] Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session (en préparation).

II. Questionnaire

A. Questions relatives aux pratiques actuelles en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

1) Pouvez-vous mentionner des cas d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités qui ont eu lieu dans votre pays et où la procédure arbitrale a fait l'objet de publicité ou a impliqué une certaine forme de transparence (par exemple, cas où les informations concernant l'existence de la procédure arbitrale étaient accessibles au public, ou pour lesquels le public ou certains groupes d'intérêt avaient la possibilité d'accéder aux documents utilisés dans la procédure ou d'assister à la procédure orale)?

2) Y a-t-il eu dans votre pays des cas dans lesquels des tiers ont présenté ou soumis des déclarations dans le cadre d'un arbitrage en matière d'investissements fondé sur des traités (par exemple, mémoires d'*amicus curiae*) ou seraient autrement intervenus dans la procédure?

3) Existe-t-il, dans les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par votre pays, des dispositions relatives à la transparence ou à la publicité en matière d'arbitrage entre investisseurs et États? Dans l'affirmative, pouvez-vous nous fournir le texte de ces traités ou accords, ou des informations les concernant?

4) Existe-t-il, dans les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par votre pays, des dispositions relatives à la participation de tiers dans un arbitrage entre investisseurs et États? Dans l'affirmative, pouvez-vous nous fournir le texte de ces traités ou accords, ou des informations les concernant?

5) Avez-vous des commentaires relatifs aux pratiques actuelles en matière de publicité ou de transparence dans le cadre des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités impliquant votre pays?

B. Références au questionnaire

3. Dans le reste de la première note et dans ses additifs, il est fait référence aux questions ci-dessus comme suit:

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Question 5: Autres commentaires

III. Commentaires reçus de gouvernements concernant la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités

1. Algérie

[Original: français]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

La réponse à cette question est du ressort de la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie. L'article 6 du Décret exécutif n° 64-96 du 3 mars 1996, portant statut de la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie, indique que celle-ci peut constituer une commission de conciliation et d'arbitrage à la demande des contractants pour le règlement de leurs différents commerciaux. À cet égard, la Chambre algérienne du commerce et de l'industrie peut exercer l'arbitrage aussi bien au niveau national qu'international.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

La possibilité d'intervention de tiers dans les procédures d'arbitrage entre États et investisseurs n'existe pas dans les accords bilatéraux. À ce titre, l'Algérie n'a pas évoqué, ni mentionné cette procédure dans les accords bilatéraux ou multilatéraux qu'elle a conclus, ni dans les mécanismes ou procédés de règlement. Cette position vaut pour les mécanismes de règlement des différends dans le but d'éviter que l'État ne se retrouve face à plusieurs parties dans une même affaire.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux de protection des investisseurs conclus par l'Algérie contiennent une disposition se référant à la transparence de manière générale. Cette disposition oblige les parties contractantes à mettre à la disposition des investisseurs les lois, les règlements, les procédures et les décisions administratives, ainsi que les conventions internationales susceptibles de bénéficier à l'un des investisseurs, ou à l'une des parties contractantes sur le territoire de l'autre partie.

Cependant, l'accord algérien type portant promotion et protection de l'investissement ne précise pas les différentes étapes de l'arbitrage. Il mentionne uniquement le régime d'arbitrage – Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou Chambre de commerce internationale (CCI) – sans donner de détails sur les procédures à suivre.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

La réponse à cette question est la même que celle fournie pour la deuxième question.

Question 5: Autres commentaires

En matière de publicité des décisions d'arbitrage, il est permis, d'une façon générale, de les consulter sur le site Web des organismes d'arbitrage mentionnés plus haut. S'agissant du déroulement de la procédure d'arbitrage, seuls les conseillers représentant les parties au conflit peuvent constater la transparence qui l'entoure du fait que la procédure n'est pas ouverte au public.

2. Argentine

[Original: espagnol]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Les traités bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection réciproque des investissements auxquels la République argentine est partie contiennent généralement, en matière de règlement des différends, une option selon laquelle l'investisseur peut avoir recours: 1) aux tribunaux locaux; 2) à la juridiction du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), et 3) à l'arbitrage, conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

La plupart des investisseurs ont opté pour la juridiction du CIRDI. Conformément à la Convention qui en porte création, à son Règlement d'arbitrage et à sa pratique, le CIRDI a rendu publics sur son site Web et dans ses publications écrites l'existence de tout différend porté devant lui, les parties en cause, le numéro de l'affaire et la composition du tribunal arbitral. Récemment, il a commencé à publier aussi certaines dispositions de procédure ainsi que ses décisions concernant sa compétence et le fond du différend, garantissant ainsi la transparence en ce qui concerne 1) l'existence du litige, et 2) la publication des décisions concernant la compétence et le fond. Un exemple de ces publications peut être consulté sur le site Web du Centre, à l'adresse http://icsid.worldbank.org/ICSID.

Sur ce dernier point, avant même la révision du Règlement d'arbitrage qui est entrée en vigueur le 10 avril 2006, le CIRDI avait pour pratique de demander aux deux parties en présence de donner leur accord à la publication de sa décision. Depuis l'entrée en vigueur de la version révisée du Règlement, lorsque les parties ne donnent pas leur assentiment à la publication de la décision, le CIRDI est tenu de publier un résumé des arguments juridiques ayant motivé la décision.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Deux affaires d'arbitrage dans lesquelles a été impliquée la République argentine constituent des maillons essentiels dans l'évolution en ce qui concerne la participation de tiers, sous forme de mémoires *amicus curiae*, dans la procédure arbitrale. Dans ces deux affaires, l'Argentine a appuyé la participation d'*amici*. Il s'agit de l'affaire AASA, Suez, Aguas de Barcelona et Vivendi c. République argentine, affaire inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/3/19, et de l'affaire APSF, Suez, Aguas de Barcelona et Interagua c. République argentine, inscrite au rôle du CIRDI sous le numéro ARB/3/17.

Dans l'affaire APSF, Suez, Aguas de Barcelona et Interagua c. République argentine, le tribunal arbitral a rejeté la participation d'*amici*.

Dans l'affaire AASA, Suez, Aguas de Barcelona et Vivendi c. République argentine, en revanche, le tribunal arbitral a autorisé la participation de tierces parties, bien que la limitant à la présentation de documents exposant la position de l'*amicus*. Le tribunal a écarté la possibilité pour la tierce partie d'avoir accès aux documents relatifs au litige et/ou d'assister à la procédure. En outre, il a établi un certain nombre de règles de procédure qui sont maintenant reflétées à l'article 37 de la version de 2006 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

Cette affaire a été la première dans le cas de laquelle – en dépit des lacunes du droit en vigueur lorsque la demande de participation d'*amici* a été présentée – un tribunal arbitral a donné son accord à la participation de tierces parties à une procédure devant le CIRDI. Comme indiqué ci-dessus, le tribunal a, en l'occurrence, autorisé la participation de tierces parties, ce qui a été reflété dans la version révisée du Règlement de procédure du CIRDI.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités bilatéraux conclus par la République argentine ne contiennent aucune disposition spécifique en matière de transparence.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités bilatéraux conclus par la République argentine ne contiennent aucune disposition spécifique concernant la participation de tierces parties à des procédures arbitrales concernant des investissements.

Question 5: Autres commentaires

Il n'existe en République argentine aucune règle particulière concernant la transparence et la publicité dans les affaires d'arbitrage entre investisseurs et États. Cependant, le gouvernement a, par le décret n° 1172/2003, assuré le plus large accès possible du public aux documents de l'administration publique en instituant des mécanismes spécifiques clairement définis concernant par exemple les auditions publiques impliquant le pouvoir exécutif (art. 1); la publicité en ce qui concerne la représentation des intérêts (art. 2); l'association au processus d'élaboration des règles et normes (art. 3); l'accès à l'information publique concernant les organisations, entités, entreprises, sociétés, départements et autres organes opérant sous l'autorité du pouvoir exécutif ainsi que les organisations privées qui reçoivent des subventions ou d'autres formes d'appui financier du secteur public, de fondations ou d'autres institutions dont l'administration, le fonctionnement ou la préservation relèvent de l'État (par l'entremise des autorités judiciaires ou d'autres entités publiques) et les entreprises privées auxquelles a été accordé – sous forme d'un permis, d'une licence, d'une concession ou de quelque autre type de contrat – le droit d'assurer un service public ou d'exploiter des biens du domaine public (art. 4).

Dans tous les cas, de brèves formalités doivent être accomplies avant que des auditions publiques puissent être organisées ou que l'accès aux dossiers de l'administration publique soit autorisé. Les seules exceptions en ce qui

concerne l'accès aux documents publics sont celles qui sont expressément visées dans le décret et qui portent, entre autres, sur les informations expressément classées confidentielles, et surtout les informations concernant la sécurité, la défense ou la politique étrangère du pays, les informations qui peuvent compromettre le bon fonctionnement du système financier ou bancaire, les informations qui peuvent compromettre les droits légitimes d'une tierce partie et ont été obtenues d'une source confidentielle, les données protégées par le secret professionnel ou risquant de mettre en danger la vie ou la sécurité d'une personne, etc.

En outre, le même décret prévoit que le public peut gratuitement avoir accès à l'édition quotidienne de toutes les sections du *Journal officiel* de la République argentine. Enfin, le décret stipule que toutes les règles allant à l'encontre de ses dispositions sont abrogées.

Tous les organismes publics, pour leur part, ont fait savoir que des mesures seraient prises pour adapter leurs structures de manière à garantir la liberté d'accès à l'information publique, conformément au décret.

3. Arménie

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Le public est informé des procédures arbitrales par les médias. Il n'y a aucun exemple d'arbitrages entre investisseurs et États fondés sur un traité dans lesquels le public ou des groupes d'intérêt spécifiques ont pu avoir accès aux documents utilisés dans la procédure arbitrale ou assister à la procédure.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Non.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Non.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Non.

Question 5: Autres commentaires

Non.

4. Australie

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

L'Australie n'a jamais été partie à un arbitrage entre investisseurs et États.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

L'Australie n'a jamais été partie à un arbitrage entre investisseurs et États.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

L'Accord de libre-échange conclu entre le Chili et l'Australie contient en matière de règlement des litiges entre investisseurs et États des dispositions qui garantissent la transparence des arbitrages entre investisseurs et États (voir l'article 10.22). Cet accord a été signé par les parties mais n'est pas encore entré en vigueur. Son texte peut être consulté sur le site Web du Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur à l'adresse: http:www.dfat.gov.au/geo/chile/fta/FTA_Text_10.html[3].

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les dispositions de l'Accord de libre-échange entre le Chili et l'Australie concernant le règlement des différends entre investisseurs et États permettent au tribunal arbitral d'accepter de tierces parties des documents écrits pour l'aider à analyser les conclusions et les arguments des parties en litige (voir l'article 10.20.2).

Question 5: Autres commentaires

L'Australie attache de l'importance à la transparence des arbitrages entre investisseurs et États fondés sur les traités et appuie la décision de la Commission d'entreprendre en priorité des travaux sur cette question immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

5. Bahreïn

[Original: anglais]

Question 1: Exemples de publicité ou de transparence de la procédure arbitrale; accès aux documents ou à la procédure

Bahreïn n'a jusqu'à présent été impliqué dans aucun arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités dans lequel ait été soulevée la question de la publicité ou de la transparence de la procédure arbitrale.

Question 2: Mémoires d'*amicus curiae* ou autres interventions

Il n'y a eu à Bahreïn aucune affaire d'arbitrage fondé sur les traités dans lequel des tierces parties aient présenté des documents ou soient de quelque autre manière intervenues dans la procédure.

Question 3: Dispositions de traités concernant la transparence ou la publicité

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux auxquels Bahreïn est partie ne contiennent aucune disposition concernant la transparence ou la publicité des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

---

[3] Note du Secrétariat: le texte de l'Accord de libre-échange entre le Chili et l'Australie était joint à la réponse du Gouvernement australien. Des extraits pertinents de cet accord sont reproduits dans la partie II du document A/CN.9/WG.II/WP.160 et dans son additif.

Question 4: Dispositions de traités concernant la participation de tiers

Les traités ou accords bilatéraux ou multilatéraux conclus par Bahreïn ne contiennent aucune disposition concernant la participation de tierces parties à des arbitrages relatifs aux investissements fondés sur des traités.

Question 5: Autres commentaires

Bahreïn est partie à plusieurs importants traités bilatéraux relatifs aux investissements qui reflètent la politique économique nationale tendant à encourager les investissements étrangers. Ces traités sont soigneusement négociés au cas par cas à la lumière de la nature et du développement des relations entre Bahreïn et les États en question. Certains d'entre eux envisagent la possibilité d'un arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI.

En outre, Bahreïn a pour politique bien établie de promouvoir l'arbitrage commercial international, en particulier en application du Règlement de la CNUDCI.

Si le Règlement de la CNUDCI devait comporter des dispositions concernant la transparence et la publicité de la procédure et l'intervention de tierces parties ou si de telles dispositions devaient être incluses dans une annexe générique, cela irait à l'encontre de la nature du Règlement, qui n'a jamais été censé réglementer des questions relevant des politiques nationales. Cela serait contraire également aussi bien à la pratique conventionnelle de Bahreïn qu'à sa politique consistant à encourager, d'une façon générale, la soumission des litiges contractuels à un arbitrage conformément au Règlement de la CNUDCI:

A) Les traités bilatéraux sont négociés au cas par cas dans le contexte des relations que Bahreïn entretient avec les États intéressés. Si le Règlement de la CNUDCI devait contenir des dispositions au sujet de questions aussi délicates, Bahreïn ne s'y référerait vraisemblablement pas, et regretterait la disparition de cette précieuse faculté.

B) Les arbitrages fondés sur des contrats peuvent également porter sur les relations entre investisseurs et États, et les arbitrages fondés sur des traités portent en fait fréquemment sur des questions de caractère contractuel. Cela soulève des questions de définition passablement complexes qui doivent être réglées avant de pouvoir même définir la portée des règles éventuellement proposées, selon la façon dont les différents États ont décidé de structurer le secteur public. Si le Règlement de la CNUDCI devait s'écarter du cadre établi et entendait établir une telle définition d'application universelle, cela aurait pour conséquences:

i) un conflit possible avec la législation nationale;

ii) un manque de prévisibilité; et

iii) une désincitation regrettable à l'application du Règlement de la CNUDCI.

Ainsi, pour éviter que le Règlement de la CNUDCI ne perde peu à peu de sa pertinence et ne tombe en désuétude, Bahreïn s'opposerait à toute tentative d'incorporer des dispositions relatives à la transparence au Règlement de la

CNUDCI ou à une annexe générique au Règlement, mais appuierait néanmoins l'idée (mais seulement après que le nouveau règlement aura finalement été adopté) d'envisager des clauses types qui pourraient être incorporées aux instruments conclus.

6. Bélarus

[Original: russe]

Les tribunaux d'arbitrage de la République du Bélarus n'ont pas été appelés à connaître d'affaires d'arbitrage entre investisseurs et États, qu'elles découlent d'un contrat d'investissement (article 45 du Code des investissements), d'un contrat de concession (article 50 du Code des investissements) ou de quelque autre instrument.

Il y a lieu de souligner toutefois que les litiges faisant intervenir des investisseurs étrangers, auxquels s'applique la procédure prévue par les accords internationaux et la législation nationale, portent normalement sur des questions découlant des activités normales d'investissements économiques et relèvent d'actions intentées contre les organismes de tutelle ou contre des personnes se livrant à des activités commerciales.

Aux termes des accords bilatéraux relatifs à la protection des investissements, les parties conviennent généralement que les différends seront réglés par la conciliation ou l'arbitrage sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, conformément à la Convention de 1965 sur le règlement des différends aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. En vertu des traités internationaux, de tels différends peuvent être soumis à n'importe quel tribunal arbitral, y compris les tribunaux ad hoc constitués pour connaître de différends spécifiques. Tel est le cas des accords conclus avec l'Autriche, le Royaume-Uni, la Lettonie, la République de Corée, Israël, la Finlande, le Viet Nam les États-Unis d'Amérique, la Turquie, la Roumanie et d'autres pays. D'autres centres d'arbitrage peuvent également être désignés comme instances compétentes. C'est ainsi que l'accord conclu avec la Turquie stipule que les différends relatifs aux investissements peuvent également être soumis à la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI). En outre, lorsqu'il surgit un différend, les parties peuvent avoir recours à la procédure de conciliation visée dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou dans le Règlement d'arbitrage de la CCI.

De plus, un différend relatif à des investissements peut être porté devant un tribunal commercial du Bélarus par tout investisseur qui préfère saisir un tribunal plutôt que de soumettre le litige à un organe international d'arbitrage.

S'agissant des règles de procédure qui régissent les actions intentées devant un tribunal arbitral ou un tribunal commercial au Bélarus à propos d'investissements ou d'autres différends, il y a lieu de noter que la procédure est fondée sur les principes d'ouverture et de transparence. Les règles juridiques applicables aux activités d'investisseurs étrangers peuvent être aisément consultées, et les traités bilatéraux concernant la protection des investissements qui contiennent des dispositions touchant le règlement par l'arbitrage des différends entre investisseurs et États sont publiés comme documents officiels qui peuvent être communiqués aux parties intéressées.