



Assemblée générale

Distr. limitée
5 août 2010
Français
Original: anglais

**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: élaboration de règles de droit uniforme sur la transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités (<i>suite</i>)	1-8	3
C. Législation sur l'arbitrage commercial international	1-4	3
1. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international	2	3
2. Législation favorisant la protection de la vie privée et la confidentialité	3	3
3. Législation favorisant la transparence des procédures	4	3
D. Décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures	5-8	4
1. Documents de procédure et sentences arbitrales	6-7	4
2. Audiences	8	6



III. Conclusions et questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail	9-31	7
A. Considérations de principe sur la transparence	9-10	7
B. Questions qui pourraient faire l'objet d'un examen en ce qui concerne la transparence	11-21	7
1. Remarques générales	11-12	7
2. Personnes ou institutions concernées	13-14	8
3. Informations soumises à publicité	15-17	8
4. Destinataires de l'information	18	9
5. Publicité des audiences	19	9
6. Conclusions présentées par des tiers	20-21	9
C. Forme que pourraient prendre les travaux sur la transparence	22-31	10
1. Clause type qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends	23-24	10
2. Règles d'arbitrage spécifiques	25-30	11
3. Principes directeurs	31	12

II. Transparence dans le règlement des litiges entre investisseurs et États fondé sur des traités (suite)

C. Législation sur l'arbitrage commercial international

1. La procédure d'arbitrage est régie par le règlement d'arbitrage choisi mais aussi par la loi sur l'arbitrage commercial international au lieu de l'arbitrage. L'arbitrage entre deux parties privées constitue l'essentiel de la législation sur l'arbitrage commercial international, et la manière dont la transparence de la procédure y est traitée n'est pas nécessairement adaptée aux besoins particuliers de l'arbitrage entre investisseurs et États.

1. Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international

2. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ne comporte pas de disposition sur la confidentialité ni sur la divulgation, et ne prévoit donc pas de solution uniforme à cette question.

2. Législation favorisant la protection de la vie privée et la confidentialité

3. Lorsqu'elles traitent de la confidentialité, les lois nationales sur l'arbitrage commercial international n'envisagent pas toutes de la même manière la portée de l'obligation de confidentialité en ce qui concerne les informations devant être traitées comme confidentielles, les personnes tenues à l'obligation, ou les exceptions autorisées aux interdictions de divulgation et de communication. Pour ce qui est des pièces ou informations devant rester confidentielles, certaines dispositions mentionnent une description générale des faits ou d'autres informations relatives au litige ou à la procédure arbitrale. D'autres comportent une description plus précise des informations qui doivent rester confidentielles et des catégories d'informations soumises à un traitement différent. Ces catégories sont par exemple l'existence de l'arbitrage; l'identité des arbitres; les exposés écrits et oraux; la référence aux preuves apportées par une partie ou un témoin; les communications échangées par les parties elles-mêmes ou leurs conseillers avant ou pendant l'arbitrage; les informations confidentielles par nature, telles que les secrets commerciaux et les informations commerciales confidentielles; et enfin la teneur de la sentence. En ce qui concerne les personnes soumises à l'obligation de confidentialité, plusieurs catégories de personnes sont visées, comme les arbitres; le personnel de l'institution d'arbitrage (lorsque l'arbitrage est institutionnel); les parties et leurs agents; les témoins, y compris les experts; et les avocats et conseillers.

3. Législation favorisant la transparence des procédures

4. Les législations autorisant la divulgation d'informations dans la procédure arbitrale précisent qu'elles le font notamment dans les circonstances suivantes: lorsque les parties y consentent; lorsque les informations se trouvent dans le domaine public; lorsque la divulgation est exigée par la loi ou par un organisme de réglementation; lorsqu'il y a de bonnes raisons de protéger les intérêts légitimes d'une partie; et lorsque l'intérêt de la justice ou l'intérêt général le commandent. Certaines dispositions définissent en outre les conditions précises de la divulgation.

Ces conditions peuvent varier en fonction du moment où la divulgation intervient. Par exemple, si des informations doivent être divulguées pendant la procédure arbitrale, il peut être exigé que la divulgation soit notifiée au tribunal arbitral et à l'autre partie. Si la divulgation intervient après la conclusion de l'arbitrage, une notification à l'autre partie suffit.

D. Décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures

5. Les décisions des tribunaux arbitraux concernant la transparence des procédures montrent qu'ils adoptent généralement une approche au cas par cas en l'absence de lignes directrices cohérentes dans les accords d'investissement internationaux, le règlement d'arbitrage applicable ou la législation applicable.

1. Documents de procédure et sentences arbitrales

6. Dans une affaire régie par le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI¹, le tribunal arbitral a déclaré ce qui suit: "Ni l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ni le Règlement (du Mécanisme supplémentaire) du CIRDI ne comportent de restriction expresse à la liberté des parties [...]. Bien que l'on dise fréquemment que l'une des raisons de recourir à l'arbitrage est d'éviter la publicité, à moins que la convention entre les parties comporte une telle restriction, chacune est libre de commenter publiquement l'affaire. [...] Le tribunal arbitral demeure d'avis que les parties favoriseraient le bon déroulement du processus arbitral et le maintien de relations de travail entre elles si elles débattaient le moins possible de l'affaire en public, à moins que l'une ou l'autre ne soit juridiquement tenue par une obligation de divulgation imposée de l'extérieur²." Dans une autre affaire régie par le Règlement d'arbitrage du CIRDI³, le demandeur (l'investisseur) s'est plaint de ce que le défendeur (l'État) avait unilatéralement mis en ligne sur Internet le procès-verbal de la première audience du tribunal arbitral et une ordonnance de procédure. Il a prié le tribunal arbitral de rendre une ordonnance pour garantir la confidentialité de ces documents et d'autres documents de la procédure⁴. Estimant que les procédures arbitrales du CIRDI ne comportaient pas d'obligation générale de confidentialité ni de règle générale de transparence, le tribunal arbitral a déclaré qu'il appartenait à chaque tribunal arbitral de trouver le juste équilibre entre la confidentialité des documents et la transparence de la procédure⁵. Il a estimé que, compte tenu de l'importance donnée à cette affaire dans les médias, le risque de voir s'aggraver le litige justifiait que les deux parties s'abstiennent de divulguer les procès-verbaux ou comptes rendus des audiences, les documents produits par l'une ou l'autre partie dans le cadre des procédures de

¹ *Metalclad Corp. c. États-Unis du Mexique*, affaire n° ARB(AF)/97/1, Sentence, 30 août 2000, 16 ICSID Review 168 (2001); 40 ILM 36 (2001), disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

² Ibid., par. 13.

³ *Biwater GAUFF (Tanzania) Ltd. c. République-Unie de Tanzanie*, CIRDI, affaire n° ARB/05/22, Sentence, 24 juillet 2008, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

⁴ Ibid., par. 45 à 51.

⁵ Ibid.

divulgarion, ainsi que les actes de procédure et la correspondance. Toutefois, pour équilibrer sa décision, il a estimé que les parties étaient libres de débattre publiquement l'affaire, à condition que "tout débat public se limite au nécessaire et ne soit pas utilisé comme instrument pour contrarier les parties, aggraver leurs divergences, soumettre l'une ou l'autre à une pression indue ou rendre le règlement du litige potentiellement plus difficile ou éluder les dispositions de cette ordonnance de procédure⁶."

7. Dans une affaire régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976⁷, un tribunal arbitral de l'ALENA a estimé, à propos de la transparence, que "[...] quelle que soit la position retenue en ce qui concerne les arbitrages consensuels privés entre parties commerciales, il n'a pas été établi qu'un principe général de confidentialité existait dans un arbitrage comme celui dont le tribunal est saisi⁸." Dans une première ordonnance, le tribunal arbitral a ordonné que certains documents, notamment la notification d'arbitrage et les mémoires en demande et en défense, pourraient être rendus publics en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976. Dans une autre ordonnance préliminaire, le tribunal arbitral a ordonné que toutes les transcriptions et autres comptes rendus des audiences demeurent confidentiels et ne soient divulgués que dans les conditions exigées pour les "documents protégés". Dans une autre affaire relevant de l'ALENA, également régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976⁹, certaines parties tierces ont demandé au tribunal arbitral de les autoriser à participer aux débats en qualité d'*amicus curiae* et, dans le cadre de leur requête, demandé également une copie de tous les documents déposés dans le cadre de la procédure. Le tribunal arbitral a estimé que la question de la divulgation ou de la confidentialité devait être réglée par accord entre les parties au différend, comme le prévoyait l'ordonnance rendue sur la question. Conformément à cette ordonnance, "chacune des parties était libre de rendre publics les principaux actes de procédure, les ordonnances et les sentences du tribunal" (à condition d'y supprimer les informations concernant des secrets commerciaux)¹⁰. Dans une autre affaire¹¹, où des parties tierces avaient demandé au tribunal arbitral, entre autres, d'autoriser la divulgation de la requête et de la réponse, des mémoires, contre-mémoires, notes préparatoires, déclarations des témoins et rapports d'experts, y compris les annexes et les pièces jointes à ces documents et toutes demandes ou requêtes présentées au tribunal arbitral¹², celui-ci

⁶ Ibid.

⁷ *Myers Inc. c. Gouvernement du Canada*, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm. Voir aussi les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

⁸ Ibid.

⁹ *Methanex Corporation c. Etats-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins de participer aux débats en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001. Les requêtes et tous les documents se rapportant à l'affaire étaient disponibles le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>. Voir aussi les commentaires des Etats-Unis dans le document A/CN.9/159/Add.3.

¹⁰ Ibid., par. 46.

¹¹ *United Parcel Service of America, Inc. c. Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf. Voir aussi les commentaires du Canada dans le document A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

¹² Ibid., par. 1.

a décidé qu'en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA et du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 les actes de procédure, documents et éléments de preuve devaient être communiqués à l'autre partie au différend, aux autres membres de l'ALENA, au tribunal arbitral et au secrétariat – et à personne d'autre. La question était également subordonnée à tout accord entre les parties ou à toute ordonnance de confidentialité. Le tribunal arbitral a conclu que les principes de transparence pouvaient justifier la publication de certains documents mais qu'il n'y avait pas matière à énoncer une règle générale. Certains documents pouvaient être rendus publics en vertu d'un accord entre les parties, d'une ordonnance de confidentialité, ou de quelque autre manière légale¹³.

2. Audiences

8. Dans une affaire d'arbitrage régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976¹⁴, des requêtes avaient été soumises au tribunal arbitral par différentes organisations, notamment aux fins de bénéficier du statut d'observateur aux audiences. Le tribunal arbitral a conclu qu'en vertu du paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, qui prévoit que l'audience se tient à huis clos, les requérants ne pouvaient être autorisés à assister aux audiences de l'arbitrage. Il a estimé que l'expression "à huis clos" visait clairement à exclure les membres du public, à savoir les tiers non parties à l'instance tels que les requérants¹⁵. Cependant, à un stade ultérieur de la procédure, les parties sont convenues de rendre les audiences publiques et ces dernières ont été retransmises en direct. En outre, les transcriptions des audiences sur le fond et la sentence définitive ont été publiées. De la même manière, dans le cadre d'une autre affaire¹⁶, en examinant le Chapitre 11 de l'ALENA et le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, le tribunal arbitral s'est demandé si le Règlement permettait la publicité des audiences. Il a noté que le paragraphe 4 de l'article 25 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 prévoyait que l'audience se déroule à huis clos sauf convention contraire des parties et empêchait donc des tiers ou leurs représentants d'assister aux audiences sauf accord des deux parties¹⁷. Les parties sont convenues de rendre la procédure publique et les audiences ont été retransmises en direct. En outre, la sentence définitive et l'opinion dissidente ont été publiées. De même, dans une autre affaire relevant du Chapitre 11 de l'ALENA et régie par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, les parties sont convenues que les audiences seraient publiques. À la demande des parties et du tribunal arbitral, le CIRDI a

¹³ Ibid., par. 68.

¹⁴ *Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique*, Décision du tribunal relative aux requêtes de tiers aux fins d'intervenir en qualité d'*amici curiae*, 15 janvier 2001. Les requêtes et tous les documents se rapportant à l'affaire étaient disponibles le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>. Voir aussi les commentaires des États-Unis dans le document A/CN.9/159/Add.3.

¹⁵ Ibid., par. 41.

¹⁶ *United Parcel Service of America, Inc. c. Gouvernement du Canada*, Décision du tribunal relative aux requêtes aux fins d'intervenir et de participer en qualité d'*amici curiae*, 17 octobre 2001, disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf.

¹⁷ Ibid., par. 41.

accepté d'accueillir les audiences. Celles-ci ont été retransmises en direct et les transcriptions ont été publiées¹⁸.

III. Conclusions et questions qui pourraient être examinées par le Groupe de travail

A. Considérations de principe sur la transparence

9. La question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités découle de la présence d'un État dans l'arbitrage, de l'objet du litige, qui soulève souvent des questions d'ordre public, de considérations d'intérêt général et du montant de la responsabilité potentielle. La transparence est considérée comme l'un des aspects centraux des demandes concernant la bonne gouvernance et visant des États, et les parties privées estiment qu'elle constitue une caractéristique importante de la responsabilité sociale des entreprises. Les fonctions sous-jacentes qu'elle remplit et les valeurs qu'elle protège s'appliquent aussi aux méthodes de règlement des litiges. Toutefois, la confidentialité est généralement considérée comme une caractéristique importante de l'arbitrage. La nécessité de préserver les secrets d'affaires ou les secrets d'État semble largement reconnue, tout comme celle de protéger la procédure de pressions extérieures exercées sur les parties ou sur le tribunal arbitral. On peut estimer que, pendant la procédure arbitrale au moins, la confidentialité contribue à la dépolitisation des différends relatifs aux investissements.

10. Étant donné que la transparence et la confidentialité peuvent toutes deux être considérées comme des intérêts légitimes de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, le Groupe de travail voudra peut-être décider s'il convient de trouver un juste équilibre entre les deux et s'il serait utile de formuler des considérations de principe sur les principes qui sous-tendent la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

B. Questions qui pourraient faire l'objet d'un examen en ce qui concerne la transparence

1. Remarques générales

11. Les exemples tirés d'accords internationaux d'investissement, de règlements d'arbitrage et de la jurisprudence sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, présentés dans la partie II de la présente note, contiennent des réponses possibles à la question générale de savoir comment assurer la transparence tout en conciliant l'intérêt général et la nécessité de protéger la confidentialité.

¹⁸ Communiqué de presse du CIRDI sur l'affaire *Canfor Corporation c. États-Unis d'Amérique*, ALENA/Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2 décembre 2004), disponible le 29 juillet 2010 à l'adresse suivante: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement13.

12. On se rappellera qu'à la quarante et unième session de la Commission une délégation avait suggéré que les travaux sur la transparence visent cinq objectifs: 1) informer le public de la tenue d'une séance d'arbitrage entre un investisseur et un État; 2) permettre aux tierces parties de présenter des observations au tribunal lorsque celles-ci pourraient être utiles et pertinentes, sans toutefois avoir pour effet de retarder l'instance, nuire à l'instance ou entraîner d'autres frais; 3) permettre que les audiences soient publiques; 4) rendre publiques la décision et la sentence du tribunal; ainsi que 5) préserver le pouvoir actuel du tribunal arbitral de permettre les audiences à huis clos et l'accès restreint aux documents, ou à certaines parties, lorsque le commandement la protection de renseignements confidentiels de nature commerciale, ou de renseignements confidentiels, ou de renseignements protégés contre la divulgation en vertu d'une loi interne de l'État partie au litige (voir document A/CN.9/662, par. 17). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes en relation avec la portée de travaux sur la transparence des procédures.

2. Personnes ou institutions concernées

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner comment des dispositions sur la transparence devraient déterminer les droits et les obligations de chacune des personnes impliquées dans la procédure d'arbitrage, c'est-à-dire les États parties aux accords internationaux d'investissement, les parties au litige et leurs représentants, l'institution d'arbitrage, le cas échéant, et le tribunal arbitral. Les droits et les obligations des tierces parties sont examinés aux paragraphes 20 et 21 ci-après.

14. En particulier, il faudrait préciser qui des parties au litige, du tribunal arbitral ou d'une institution, serait chargé de divulguer l'information. Il faudra peut-être aussi préciser dans quelle mesure les parties peuvent se livrer à un débat général sur l'affaire en public ou communiquer des informations la concernant, et à quel moment cela serait autorisé. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi déterminer si la publication doit être automatique, laissée à la discrétion des parties ou soumise à une autorisation préalable du tribunal arbitral, compte tenu de l'intention des parties, ou si elle doit être organisée d'une autre manière.

3. Informations soumises à publicité

15. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il devrait y avoir une règle générale sur l'accès du public aux documents de procédure et aux sentences arbitrales, ou dans quelle mesure ces questions devraient être laissées aux parties ou au tribunal arbitral, qui se prononceraient au cas par cas. Il voudra peut-être aussi déterminer si des éléments de coûts devraient être pris en compte et, dans l'affirmative, comment.

16. On pourrait aussi examiner si les dispositions sur l'accès du public aux documents de procédure devraient être rédigées sous la forme d'une déclaration générale ou contenir une liste des documents de procédure qui doivent être rendus publics. Dans ce deuxième cas, le Groupe de travail voudra peut-être décider si cette liste devrait comporter des documents parmi les suivants: la notification d'arbitrage et la réponse à cette notification, les procès-verbaux ou comptes rendus des audiences; les documents produits par les parties au cours de la procédure arbitrale, que ce soit dans le cadre d'une obligation de communication ou pas; les conclusions

ou mémoires (et les déclarations de témoins ou rapports d'experts qui y sont joints); la correspondance que les parties échangent entre elles ou avec le tribunal arbitral au sujet de la procédure arbitrale; les décisions, ordonnances ou instructions du tribunal arbitral; et les sentences.

17. Si le Groupe de travail estime qu'une disposition sur la transparence devrait porter également sur la publication des documents de procédure, il voudra peut-être aussi déterminer si et dans quelle mesure les documents contenant des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles devraient être exemptés de l'obligation de divulgation et s'il convient de fournir d'autres orientations à cet égard.

4. Destinataires de l'information

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les diverses méthodes qui permettraient de déterminer quels seraient les destinataires des informations divulguées, qui pourraient se limiter aux gouvernements non contestants ou s'étendre au grand public.

5. Publicité des audiences

19. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si les audiences devraient être ouvertes au public et, dans l'affirmative, s'il faudrait donner aux tribunaux arbitraux des orientations sur l'organisation de telles audiences, compte tenu de l'éventuelle nécessité de protéger, dans la mesure requise, les informations confidentielles.

6. Conclusions présentées par des tiers

20. Certains accords internationaux d'investissement prévoient dans leur clause de règlement des différends que des particuliers ou des organisations non parties au litige peuvent faire connaître leur avis sur les questions soumises à l'arbitrage. La législation et la jurisprudence ont énoncé dans certains cas des principes directeurs pour l'acceptation par un tribunal arbitral de conclusions écrites formulées par des *amici curiae*, selon lesquels il appartient au tribunal d'évaluer la pertinence de ces conclusions. La question de la présentation de conclusions par des tiers est étroitement liée à celle de l'accès aux documents de procédure, dans la mesure où ces conclusions doivent traiter avec à-propos de points relatifs au différend. Le Groupe de travail voudra peut-être décider s'il doit examiner cette question dans le cadre de celle de la transparence.

21. Au cas où le Groupe de travail décide de se saisir de cette question, il voudra peut-être envisager de formuler des règles et principes directeurs spécifiques s'appliquant à l'intervention des tiers, qui porteront, entre autres, sur les critères d'acceptation des conclusions présentées par des tiers, tels que l'évaluation des intérêts légitimes de ces tiers et la nécessité de veiller à ce qu'ils soient responsables, indépendants et ne soient appuyés par aucune des parties au litige. La portée de leur intervention devra peut-être aussi être définie: par exemple, des règles existant en la matière permettent à un tiers de présenter un mémoire d'*amicus curiae*, mais pas nécessairement de citer un témoin ni de modifier les demandes ou d'influer seul sur le processus d'arbitrage. La forme et la teneur des conclusions de tiers devront peut-être aussi être définies (nombre de pages, questions de fait ou de

droit). Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faudrait prier le tribunal arbitral de motiver sa décision s'il rejette une conclusion présentée par un tiers et les arguments qui y figurent. Il faudrait également examiner sous quelles conditions les mémoires d'*amici curiae* pourraient être publiés.

C. Forme que pourraient prendre les travaux sur la transparence

22. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les options suivantes concernant la forme que pourraient prendre ses travaux sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités.

1. Clause type qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends

23. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il serait utile, pour encourager et promouvoir la transparence, d'élaborer une clause type sur la transparence, qui pourrait être introduite dans les dispositions des accords internationaux d'investissement relatives au règlement des différends. On notera que ces dispositions s'inspirent souvent du modèle de l'arbitrage commercial et que, dans la plupart des cas, elles ne traitent pas de questions telles que la divulgation de l'existence de la procédure, la divulgation de documents de procédure, la publicité des audiences ou l'intervention de tiers non parties à l'arbitrage. L'élaboration d'une telle clause type viserait à harmoniser la pratique des États en la matière, conformément au mandat de la CNUDCI¹⁹. En l'incluant dans les accords internationaux d'investissement, les États montreraient qu'ils sont soucieux de promouvoir la transparence dans l'arbitrage.

24. Si l'option retenue est l'élaboration d'une clause type destinée à être incluse dans les accords internationaux d'investissement, le Groupe de travail voudra peut-être noter que, comme le souligne un rapport de la CNUCED, une nouvelle génération d'accords internationaux d'investissement a tendance à traiter à l'avance une série de questions spécifiques liées à la procédure arbitrale, telles que la soumission du même litige à des tribunaux locaux, le lieu de l'arbitrage, la nomination d'experts et les voies de droit disponibles, y compris les mesures provisoires²⁰. Dans ce cas, il voudra peut-être décider s'il devrait limiter ses travaux à l'élaboration d'une clause type sur la transparence ou traiter aussi d'autres points sur lesquels les États voudraient peut-être recevoir des indications afin de rédiger

¹⁹ Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale [Annuaire 1968-1970, première partie, chap. II, sect. E]. On rappellera que ce mandat se fonde sur l'idée que "la coopération entre les États en matière de commerce international peut beaucoup contribuer à favoriser les relations amicales et, par conséquent, le maintien de la paix et de la sécurité", qu'"il est de l'intérêt de tous les peuples, et en particulier de ceux des pays en voie de développement, d'améliorer les conditions favorisant un large développement du commerce international" et que "les divergences entre les lois des divers États sur des questions relatives au commerce international constituent un des obstacles au développement du commerce mondial".

²⁰ Voir *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Collection de la CNUCED consacrée aux politiques de l'investissement international pour le développement, deuxième partie, Key Issues in New Generations IIAs, section J. Investor-State Dispute Settlement (New York et Genève, 2006), p. 49 et 50; disponible au 29 juillet 2010 à l'adresse http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf.

des dispositions sur le règlement des litiges destinées à leurs traités internationaux d'investissement.

2. Règles d'arbitrage spécifiques

25. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la possibilité d'élaborer des règles d'arbitrage spécifiques sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, qui pourraient prendre la forme de règles d'arbitrage distinctes ou d'une annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Dans un cas comme dans l'autre, l'existence d'un ensemble de règles distinctes s'appliquant uniquement à l'arbitrage relatif aux investissements pourrait poser des questions difficiles concernant la définition de ce type d'arbitrage (régé par ces règles) par rapport à d'autres types d'arbitrage (qui ne seraient pas régis par elles).

Discussions antérieures du Groupe de travail

26. À la quarante-sixième session du Groupe de travail (New York, 5-9 février 2007), il a été suggéré d'inclure des dispositions spécifiques dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour assurer la transparence des procédures d'arbitrage faisant intervenir des États²¹. Il a décidé d'adopter une approche générique de révision du Règlement visant à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières²². À cette session, il a en outre examiné s'il conviendrait d'inclure une disposition générale relative à la confidentialité de la procédure ou des pièces (y compris les mémoires) soumis au tribunal arbitral²³. À l'issue de la discussion, il est convenu de ne pas inclure de disposition sur la confidentialité de la procédure²⁴.

27. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se rappeler les discussions de sa quarante-huitième session (New York, 4-8 février 2008) sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États et noter que les annexes I à III du rapport sur les travaux de cette session reproduisent les déclarations des délégations à ce sujet²⁵.

Règles distinctes pour les arbitrages relatifs aux investissements

28. Si le Groupe de travail décide d'adopter des règles distinctes sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, il voudra peut-être examiner dans quelle mesure cette approche préserverait

²¹ Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-sixième session, A/CN.9/619, par. 61.

²² Ibid., par. 62.

²³ Ibid., par. 127.

²⁴ Ibid., par. 128 à 133. Les opinions favorables à l'inclusion d'une disposition sur la confidentialité se référaient à plusieurs règlements d'arbitrage international existants, comme celui de la LCIA ou de l'OMPI, qui contenaient des dispositions spécifiques sur la confidentialité. Contre l'insertion d'une disposition générale, on a soutenu que celle-ci irait à l'encontre de la tendance actuelle à une plus grande transparence des procédures internationales. Il a été dit aussi que la révision du Règlement visait principalement à introduire une certaine souplesse afin de suivre l'évolution des lois et des pratiques. À cet égard, il a été noté que la confidentialité était un domaine où les lois et les pratiques étaient encore en évolution.

²⁵ Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-huitième session, A/CN.9/646, par. 54 à 69.

l'applicabilité générale du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il voudra peut-être également déterminer s'il conviendrait de limiter le contenu de nouvelles règles aux questions de transparence, étant donné que d'autres questions seraient abordées dans des règles d'arbitrage relatives aux investissements.

Annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

29. Si le Groupe de travail décide de compléter le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI par une annexe sur la transparence des procédures dans l'arbitrage entre investisseurs et États, celle-ci pourrait contenir des règles spécifiques sur la transparence ou des recommandations visant à donner des orientations aux tribunaux arbitraux.

30. Dans ce cas, il faudra peut-être examiner dans quelle mesure les parties seraient liées par une telle annexe (compte tenu de la nature consensuelle de l'arbitrage).

3. Principes directeurs

31. Une autre possibilité consisterait à élaborer des principes directeurs qui guideraient les États dans la négociation de traités internationaux d'investissement, ainsi que les tribunaux arbitraux qui doivent se prononcer sur ces questions, les parties à l'arbitrage et les autres parties ayant un intérêt légitime dans l'issue de ce dernier.