

**Guide sur l'accès à l'information et à la participation d'organisations non gouvernementales
dans l'arbitrage d'investissement (notamment en tant qu'*amicus curiae*)**

Table des Matières

Table des Matières.....	1
I. Introduction à l'Arbitrage International - Acteurs, Notions et Règles de Procédure	8
A. Types d'Arbitrages	8
B. Accords d'Investissement Internationaux.....	8
1. Traités Bilatéraux d'Investissement	8
2. Traités Multilatéraux d'Investissement.....	9
i. Accord de Libre-Échange Nord-Américain	9
ii. Accord de Libre-Échange d'Amérique Centrale.....	9
iii. Traité sur la Charte de l'Énergie	9
iv. Accord Économique et Commercial Global.....	9
vi. Accord d'Investissement de l'ASEAN.....	10
C. Institutions et Règles de Procédure en Arbitrage Investisseur-Etat	10
1. CIRDI et Règles d'Arbitrage CIRDI	10
2. CNUDCI et Règles d'Arbitrage CNUDCI	11
3. Autres Institutions et Règles de Procédure.....	12
i. La CCS	12
ii. La CCI	12
iii. La CPA.....	13
1. Compétence	13
i. Qui ?	13
ii. Quoi ?	14
iii. Quand ?.....	14
2. Normes de Fond	14
i. Expropriation	14
ii. Traitement Juste et Equitable	15
1. Règles d'Arbitrage CIRDI	17
2. Règles d'Arbitrage CNUDCI 2010.....	18
3. Règles d'Arbitrage CCS	18
4. Règles d'Arbitrage CCI	19

5.	Projet de Règles d'Arbitrage d'Investissement du Centre d'Arbitrage International de Singapour.....	19
III.	Les Règles de Transparence CNUDCI.....	20
A.	Applicabilité	21
1.	Dispositions.....	21
2.	Convention de Maurice sur la Transparence.....	21
B.	Introduction au Contenu des Règles de Transparence CNUDCI.....	22
IV.	Guide Pratique pour une ONG	22
A.	Quelles Informations une ONG Peut-elle Obtenir ?	22
1.	Publication Automatique : Notice Publique à l'Ouverture de la Procédure Arbitrale...22	
2.	Publication sous Conditions : Documentation.....	23
3.	Audiences et Recriptions	24
4.	Sentence Finale	25
B.	Quelles Actions une ONG Peut-elle Mener ?	25
1.	Conditions de Fond pour les Observations de Tiers.....	26
i.	Question s'Inscrivant dans le Cadre du Litige	26
ii.	Intérêt Important dans la Procédure Arbitrale.....	28
iii.	Assistance Pour Trancher une Question de Fait ou de Droit.....	29
iv.	Indépendance.....	30
2.	Conditions de Procédure Pour les Observations de Tiers.....	31
i.	Conditions de Procédure Pour l'Autorisation de Soumettre une Observation.....	31
ii.	Conditions de Procédure pour Soumettre une Observation.....	32
C.	Réserves : Coûts et Appréciation Discrétionnaire du Tribunal	32
1.	Impact de l'Appréciation Discrétionnaire du Tribunal	32
i.	Impact de la Discrétion du Tribunal sur la Publication d'Informations.....	32
ii.	Impact de l'Appréciation Discrétion du Tribunal sur les Observations de Tiers.....	34
2.	Coûts.....	34
i.	Coûts de la Publication d'Informations	34
ii.	Coûts des Observations de Tiers	35
D.	Participation de Tiers dans une Procédure d'Arbitrage CIRDI : Etude de Cas	35

1.	Chronologie de l'Arbitrage CIRDI <i>Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania</i>	35
2.	La Requête Initiale.....	36
3.	L'Ordonnance du Tribunal	36
i.	Demande de Soumettre une Observation Écrite	36
i.	Demande d'Accès aux Documents Clés.....	37
4.	La Sentence Finale	37
	Annexe 1 – Sources documentaires.....	38

Liste Récapitulative des Arbitrages Cités

Arbitrages
<i>Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. U.S.</i> , ICSID Case No. ARB(AF)/12/1
<i>Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania</i> , ICSID Case No. ARB/05/22
<i>Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe v. Republic of Zimbabwe</i> , ICSID Case No. ARB/10/25
<i>BSG Resources Limited v. Republic of Guinea</i> , ICSID Case No. ARB/14/22
<i>Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain</i> , ICSID Case No. ARB/97/7
<i>Iberdrola, S.A., Iberdrola Energia, S.A.U. v. el Estado Plurinacional de Bolivia</i> , PCA case No. 2015-05
<i>LESI & Astaldi v. Algeria</i> , ICSID Case No. ARB/05/03
<i>LESI-DIPENTA v. Algeria</i> , ICSID Case No. ARB/03/08
<i>Methanex Corporation v. United States of America</i> , NAFTA (1999)
<i>Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia</i> , PCA Case No. 2012-12
<i>Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products and Abal Hermanos v. Oriental Republic of Uruguay</i> , ICSID Case No. ARB/10/7
<i>Señor Tza Yap Shum v. Republic of Peru</i> , ICSID Case No. ARB/07/6
<i>Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic</i> , ICSID Case No. ARB/03/19
<i>United Parcel Serv. of Am. Inc. (UPS) v. Government of Canada</i> , NAFTA (2000)

Sommaire

L'objet de ce guide est de fournir un aperçu de l'arbitrage d'investissement entre investisseurs étrangers et États d'accueil entrepris sur le fondement d'un accord de protection de l'investissement (l'« **Arbitrage Investisseur-Etat** ») aux Organisations Non Gouvernementales (« **ONG** »). Cette procédure d'arbitrage est également appelée « arbitrage d'investissement » ou résolution des différends investisseurs-Etats (en anglais *Investor State Dispute Settlement* ou « **ISDS** »). Ce guide vise à expliquer le fonctionnement de ces procédures aux ONG ainsi que les moyens au travers desquels ces dernières peuvent obtenir des informations sur des procédures en cours, ou éventuellement participer à ces arbitrages.

Le guide porte notamment sur l'impact du Règlement de la CNUDCI sur la transparence (les « **Règles de Transparence CNUDCI** » ou « **Règles de Transparence** »)¹ dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités. Ces Règles sont publiées par la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (« **CNUDCI** »). L'objectif est d'assister les non-praticiens à mieux comprendre l'Arbitrage Investisseur-Etat afin de leur permettre de plaider plus efficacement leurs positions d'intérêt public dans le cadre de ces instances arbitrales, sous réserve des règles de procédure applicables.

La transparence des différents types de procédures arbitrales varie en droit et en fait. En matière d'arbitrage Investisseur-Etat, objet du présent guide,² on observe un mouvement vers davantage de transparence. En effet, des développements intervenus au cours de la dernière décennie témoignent de préoccupations accrues eu égard au manque de transparence des procédures d'arbitrage³ et d'un intérêt croissant pour la participation des tiers à ces procédures⁴. Comme l'a indiqué le tribunal dans l'arbitrage *Biwater v. Tanzania* « sans aucun doute, il y a désormais une tendance marquée vers la transparence dans l'arbitrage d'investissement »⁵. L'entrée en vigueur des Règles de Transparence CNUDCI le 1^{er} avril 2014, et l'ouverture aux signatures de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités le 17 mars 2015 (la « **Convention sur la Transparence** » ou « **Convention de Maurice** ») constituent des étapes significatives dans la progression de la transparence.

Avant de présenter les différentes manières dont des tiers peuvent participer aux arbitrages d'investissement, le présent guide fournit un aperçu du régime juridique applicable aux ISDS, ainsi qu'un aperçu du niveau de transparence d'un certain nombre de règles d'arbitrages applicables aux arbitrages d'investissement. Le présent guide est structuré de la manière suivante :

- La **Section I(A)** différencie les Arbitrages d'Investissement de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage entre États.

¹ La focalisation de ce guide sur les Règles de Transparence CNUDCI complète le « *Guide for Potential Amici in International Investment Arbitration* » publié en janvier 2014 par le *International Human Rights Program* (l'« **IHRP** ») de la faculté de droit de l'Université de Toronto, et le *Center for International Environmental Law* (« **CIEL** »). Ce document fournit un aperçu global du CIRDI et des moyens par lesquels un *amicus curiae* peut être soumis dans ce cadre. Ce guide est disponible à l'adresse suivante : http://ciel.org/Publications/Guide_PotentialAmici_Jan2014.pdf.

² La majorité des *amicus curiae* sont soumis dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, mais pas exclusivement: Eliana Tornese et Alina Leoveanu, *Amicus Curiae Interventions: Is International Commercial Arbitration Exempt?*, « *Corporate Disputes* » (Juillet-Septembre 2015), disponible à l'adresse suivante: <http://www.corporatedisputesmagazine.com/amicus-curiae-interventions-is-international-commercial-arbitration-exempt/>.

³ Julie Maupin, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*, *TRANSPARENCY IN INTERNATIONAL LAW* 142, (Andrea Bianchi & Anne Peters eds., 2013).

⁴ Lucas Bastin, *Amici Curiae in Investor-State Arbitrations: Two Recent Decisions*, 20 *AUSTL. INT'L L.J.*, 96 (2013), disponible sur: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUIntLawJI/2013/7.pdf>.

⁵ *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*, Arbitrage CIRDI No. Arb/05/22 [ci-après *Biwater Gauff v. Tanzania*], Ordonnance de Procédure No. 3, para. 114 (29. Sep, 2006), disponible à l'adresse suivante <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf>.

- La **Section I(B)** énumère les différents traités qui prévoient l'Arbitrage Investisseur-Etat dans leurs clauses de règlement des différends.
- La **Section I(C)** met en avant les règles d'arbitrage développées par le Centre International pour la Résolution des Différents d'Investissement (le « **CIRDI** »), la CNUDCI et autres institutions administrant des arbitrages d'investissement.
- La **Section I(D)** présente les critères juridictionnels et les normes de fond spécifiques à l'Arbitrage Investisseur-Etat.
- La **Section II(A)** présente les différents niveaux de transparence des mécanismes de résolution des différends dans plusieurs accords de libre-échange.
- La **Section II(B)** présente les différents niveaux de transparence afférents aux règles de procédure applicables à l'Arbitrage Investisseur-Etat.
- La **Section III** détaille l'entrée en vigueur, le champ d'application et le contenu des Règles de Transparence CNUDCI.

Un tiers dispose de différents moyens pour obtenir des informations et participer à un Arbitrage Investisseur-Etat. Ces opportunités sont soumises à certaines limites détaillées ci-dessous.

- La **Section IV(A)** présente les informations qu'une ONG peut obtenir. Cette section présente notamment quels types de documents et d'information un tiers peut obtenir, et comment il peut assister aux audiences.
- La **Section IV(B)** présente les opportunités d'intervention d'une ONG. Cette section explique notamment comment une ONG peut consulter et analyser les informations d'une audience ou d'une retranscription. Les observations en qualité d'*amicus curiae* constituent un moyen direct d'intervention.
- La **Section IV(C)** présente les limites aux opportunités d'intervention d'un tiers à l'Arbitrage Investisseur-Etat, notamment les critères procéduraux, la discrétion du tribunal et les coûts afférents.
- La **Section IV(D)** présente le célèbre arbitrage *Biwater v. Tanzania*, qui fournit d'importants éclairages sur les conditions d'intervention de tiers dans un arbitrage CIRDI.
- L'**Annexe 1** liste les sources documentaires majeures en matière d'Arbitrage Investisseur-Etat.

Cet aperçu est accompagné d'une sélection d'affaires pertinentes au vu des questions étudiées dans le Guide. Un certain nombre de tribunaux arbitraux ont appliqué les Règles de Transparence CNUDCI en raison de leur entrée en vigueur récente. Ces affaires sont référencées dans ce guide. Plusieurs autres arbitrages CIRDI ou CNUDCI, plus anciens, fournissent des indications sur la manière dont les tribunaux ont interprété certaines dispositions applicables en la matière.

NOTE SUR LES AUTEURS : Ce guide a été rédigé par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, en collaboration avec des avocats du cabinet White & Case LLP. Les opinions contenues dans le guide sont celles des auteurs, et ne reflètent pas nécessairement celles de White & Case LLP ou de l'Ecole de Droit de Sciences Po.

NOTE SUR LA TRADUCTION : Ce guide a été traduit de sa version originale anglaise en français afin de faciliter sa diffusion auprès de lecteurs francophones. Les traductions ont été réalisées par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po et n'ont pas vocation à faire autorité. La version originale des traductions est disponible dans la version anglaise du guide. Par ailleurs, les citations ne sont pas formatées en français.

I. Introduction à l'Arbitrage International - Acteurs, Notions et Règles de Procédure

A. Types d'Arbitrages

L'arbitrage international est « *une procédure consensuelle de règlement des différends, par un décideur non-gouvernemental, qui résulte en une décision juridiquement contraignante et exécutoire* »⁶.

L'arbitrage commercial international oppose généralement des parties privées et repose soit sur une clause compromissoire insérée dans un contrat, soit sur le consentement des parties après la survenance d'un litige. En leur qualité d'acteurs économiques, les États peuvent engager une telle procédure contre des entités privées ou publiques⁷. De son côté, l'Arbitrage Investisseur-Etat concerne les litiges portés par un investisseur étranger contre l'État d'accueil. Il est généralement fondé sur un traité signé par l'État d'origine de l'investisseur et l'État d'accueil. Ce traité donne à certaines catégories d'investisseurs le droit d'introduire une action contre l'État d'accueil dans certaines circonstances. L'Arbitrage Investisseur-Etat peut également être fondé sur une clause compromissoire insérée dans un accord d'investissement, conclu entre l'État d'accueil et l'investisseur, ou sur le droit national des investissements qui prévoit le consentement de l'État à l'arbitrage.

L'arbitrage commercial international est caractérisé par « *l'accent sur le droit privé, les contrats privés, et les parties privées* », tandis que l'Arbitrage Investisseur-Etat « *implique le droit international public plutôt que le droit privé, ainsi que les traités, en plus ou à la place des contrats, et les États agissant en tant que souverains en leur qualité d'autorités publiques (qui concluent des traités) et de régulateurs (qui régissent les populations)* »⁸. Outre les dispositions de règlement des différends entre investisseurs et États, la plupart des traités d'investissement contiennent également des clauses permettant le recours à l'arbitrage pour régler des différends entre États portant sur des questions relatives à l'interprétation et l'exécution des traités⁹.

B. Accords d'Investissement Internationaux

Les accords d'investissement internationaux (« **AII** ») comprennent les traités bilatéraux d'investissement (« **TBI** ») et les traités multilatéraux d'investissement.

1. Traités Bilatéraux d'Investissement

Les TBI sont « *des accords contraignants conclus entre deux États dans lesquels chacun assume des obligations en ce qui concerne les investissements effectués dans son pays par les investisseurs de l'autre État contractant* »¹⁰. Les investisseurs ne sont pas partie aux TBI mais bénéficient de la protection accordée par les traités en vertu desquels ils ont la qualité d'investisseurs. Les TBI ont pour objet la « *promotion et la protection des investissements d'une Partie contractante sur le territoire d'une autre Partie contractante* »¹¹. Comme indiqué dans le préambule de nombreux TBI, la réglementation des investissements internationaux par des traités et autres instruments conventionnels constitue un moyen de promouvoir une activité commerciale mutuellement bénéfique,

⁶ GARY BORN, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: COMMENTARY AND MATERIALS 2 (2ème ed. 2001).

⁷ Anthea Roberts, *Divergence Between Investment and Commercial Arbitration*, 106 AM. SOC'Y INT'L. PROC., 296-97 (2012), pp. 297-300 (considérant que « *lorsque les États participent à une procédure d'arbitrage commercial, ils sont considérés comme agissant en qualité d'entité privée* »).

⁸ *Id.*, p. 298.

⁹ Anthea Roberts, *State-to-State Investment Treaty Arbitration: A Hybrid Theory of Interdependent Rights and Shared Interpretive Authority*, 55 HARV. INT'L L.J. 1, 1 (2014).

¹⁰ Andrew Stephenson and Lee Carroll, *Protecting Foreign Investments by Using Bilateral Investment Treaties*, CLAYTON UTZ, (Jan. 1, 2012), p. 3, disponible à l'adresse suivante http://www.claytonutz.com/docs/Protecting_Foreign_Investments_Sep_2012.pdf.

¹¹ Org. for Econ. Co-operation and Dev. [OCDE], *International Investment Perspectives* 115 (2004).

la coopération économique et, dans certains cas, le développement durable¹². La protection accordée aux investisseurs par les TBI comprend des règles de protection (détaillées ci-dessous) et, dans la plupart des cas, l'accès à l'arbitrage d'investissement par une institution d'arbitrage ou un tribunal *ad hoc*. Depuis le premier accord entre l'Allemagne et le Pakistan conclu en 1959, plus de 3.200 TBI ont été signés¹³.

2. Traités Multilatéraux d'Investissement

Un Arbitrage Investisseur-Etat peut également être initié en vertu des traités multilatéraux d'investissement conclus entre trois États ou plus. Les dispositions de ces traités sont similaires à celles des TBI en ce qui concerne la protection des investisseurs. Les TBI sont cependant plus répandus.

Les Accords de Libre-Échange (« ALE »), également appelés Accords Commerciaux Internationaux, sont souvent de nature multilatérale et comportent des règles de protection des investisseurs ainsi que des mécanismes ISDS. Parmi ces ALE, on trouve notamment les exemples mentionnés ci-dessous.

i. Accord de Libre-Échange Nord-Américain

L'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (« ALENA ») conclu entre les États-Unis, le Canada et le Mexique est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Le Chapitre 11 de l'ALENA assure la protection des investisseurs ainsi que le recours à l'arbitrage d'investissement avec application des Règles d'arbitrage CNUDCI ou CIRDI¹⁴.

ii. Accord de Libre-Échange d'Amérique Centrale

L'Accord de Libre-Échange d'Amérique Centrale (« ALÉAC ») a été signé en 2004 par le Costa Rica, le Salvador, le Honduras, le Nicaragua et les États-Unis¹⁵. La République Dominicaine a ratifié l'accord la même année. L'article 10, Section B de l'ALÉAC prévoit l'arbitrage d'investissement comme méthode de résolution des litiges entre investisseurs et États.

iii. Traité sur la Charte de l'Énergie

Le Traité sur la Charte de l'Énergie (« TCE ») a été signé en décembre 1994¹⁶. Il a pour objet de promouvoir la coopération transfrontalière dans le secteur de l'énergie. Le TCE protège les investissements dans le secteur de l'énergie et inclut un mécanisme d'ISDS.

iv. Accord Économique et Commercial Global

¹² A titre d'exemple : *Accord entre le Gouvernement du Canada et le Gouvernement du Burkina Faso pour la promotion et la protection des investissements*, CAN-BURKINA FASO, Apr. 20, 2015, disponible sur <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3460>.

¹³ U.N. CONF. ON TRADE AND DEV. [UNCTAD], *IIA Issues Note: Recent Trends in IIAs and ISDS*, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1 (Vol. 1), 7 (Feb. 19, 2015), disponible à l'adresse suivante http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

¹⁴ Accord de libre-échange nord-américain, U.S.-Can.-Mex., Chapter 11, Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993), disponible à l'adresse suivante https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/NAFTA_Chapter_11_Triilateral_Negotiating_Draft_Texts/asset_upload_file258_5882.pdf [ci-après « ALENA »].

¹⁵ Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, les États-Unis et la République Dominicaine, U.S.-Guat.-El Sal.-Hond.-Nicar.-Costa Rica-Dom. Rep., Aug. 5, 2004, 19 U.S.C. § 4001 et seq., disponible à l'adresse suivante <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text> [ci-après « ALÉAC »].

¹⁶ Charte de l'énergie, Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 95, disponible à l'adresse suivante <http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf> [ci-après « TCE »].

L'Accord Économique et Commercial Global (« **AECG** ») entre l'Union européenne et le Canada a été soumis à la ratification des États membres de l'Union européenne et au parlement Canadien après la phase de négociations qui a pris fin en août 2014¹⁷. L'AECG est le premier accord multilatéral négocié par la Commission européenne qui inclut un mécanisme de règlement des différends entre un investisseur et un Etat.

v. Partenariat Trans Pacifique

L'accord de partenariat Trans-pacifique (en anglais *Trans-Pacific Partnership* « **TPP** ») est un ALE régional conclu entre douze pays de la région Asie-Pacifique, dont notamment le Japon, le Canada, les États-Unis et des marchés émergents de l'Asie du Sud-Est tels que le Vietnam¹⁸. À ce jour, il est considéré comme l'un des ALE les plus aboutis¹⁹. L'accord est accompagné de nombreux instruments connexes qui prévoient des obligations bilatérales spécifiques. Le projet d'accord a été adopté le 4 octobre 2015. Il devra être approuvé par « *au moins six pays [représentant] 85 pourcent de la production nationale brute combinée des 12 nations TPP* » et transposé en droit national avant d'entrer en vigueur²⁰. Le Chapitre 9 de l'accord inclut des dispositions d'ISDS²¹.

vi. Accord d'Investissement de l'ASEAN

L'Accord d'investissement de l'ASEAN²² (en anglais ASEAN Comprehensive Investment Agreement « **ACIA** »), conclu entre les dix membres de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (« **ASEAN** »), est entré en vigueur le 29 mars 2012. En consolidant deux accords antérieurs – l'accord-cadre sur la zone d'investissement de l'ASEAN (en anglais *Framework Agreement on the ASEAN Investment Area* « **AIA** ») et l'accord de garantie des investissements de l'ASEAN (en anglais ASEAN Investment Guarantee Agreement « **IGA** ») – l'ACIA vise « *à établir un régime d'investissement libre et ouvert afin de parvenir à l'intégration économique au sein de la [Communauté Économique de l'ASEAN]* »²³. La Section B de l'accord, intitulée Règlement des Différends entre un Investisseur et un État membre, inclut un mécanisme d'ISDS.

C. Institutions et Règles de Procédure en Arbitrage Investisseur-Etat

Les arbitrages d'investissement peuvent être administrés par un certain nombre d'institutions appliquant différentes règles d'arbitrage. Les parties peuvent également décider de ne pas désigner une institution particulière pour administrer la procédure d'arbitrage. Dans ce cas, l'arbitrage est dit *ad hoc*²⁴. Plusieurs institutions ont élaboré des règles standardisées que les parties peuvent utiliser si celles-ci sont énoncées dans les dispositions de règlements des différends du traité, ou si les parties au différend ont expressément convenu que ces dispositions seraient applicables.

1. CIRDI et Règles d'Arbitrage CIRDI

¹⁷ Accord Économique et Commercial Global, Can.-EU, Texte CETA Consolidé, Sep. 26, 2014, disponible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf [ci-après « AECG »].

¹⁸ Partenariat Trans Pacifique, 4 Fév. 2016, disponible à l'adresse suivante <http://www.ustr.gov/tpp> [ci-après « TPP »].

¹⁹ United States Trade Representative (U.S.T.R.), *Summary of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Oct. 5, 2015), disponible à l'adresse suivante: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2015/october/summary-trans-pacific-partnership>.

²⁰ Reuters, *Trans-Pacific Partnership trade deal signed, but years of negotiations still to come* (Feb. 4, 2016), disponible à l'adresse suivante: <http://www.reuters.com/article/us-trade-tpp-idUSKCN0VD08S>

²¹ TPP, *supra* note 18, ch. 9.

²² Association of South East Asian Nations Comprehensive Investment Agreement, Feb. 26, 2009, disponible à l'adresse suivante: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3095> (last visited Oct. 28, 2016).

²³ *Id.*, art. 1.

²⁴ RUDOLPH DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* 238 (2ème. ed. 2012).

Le CIRDI est issu de la Convention de Washington (« **Convention du CIRDI** »)²⁵ conclue en 1965 et signée depuis lors par 160 États²⁶. La Convention du CIRDI est complétée par les règlements et les règles adoptées par le Conseil administratif du Centre. La Convention permet aux parties de régler les différends relatifs aux investissements entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant en vertu du Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage CIRDI (« **Règles d'Arbitrage CIRDI** »)²⁷. La compétence du Centre est établie à l'article 25 la Convention du CIRDI²⁸. Quatre conditions doivent être remplies pour qu'un arbitrage CIRDI ait lieu²⁹ : (i) les parties doivent avoir consenti par écrit à soumettre leur différend au CIRDI ; généralement par le biais d'une disposition insérée dans un TBI conclu entre l'État d'accueil et l'État d'origine ; (ii) le différend doit être survenu entre un État contractant et le ressortissant d'un autre État contractant ; (iii) le différend doit être d'ordre juridique; et (iv) il doit être en relation directe avec un investissement. Comme l'indique son préambule, le but de la Convention est la promotion et la protection des investissements³⁰. L'une des principales caractéristiques du système de règlement des différends établi par la Convention du CIRDI est que les sentences arbitrales ne peuvent être réexaminées par les tribunaux nationaux³¹ et peuvent être directement exécutées³².

Le Règlement du Mécanisme Supplémentaire CIRDI étend la compétence du CIRDI à des cas où l'État partie à un différend n'est pas un État contractant, ou bien l'investisseur n'est pas un ressortissant d'un État contractant³³. Le Centre peut également administrer les litiges qui ne sont pas soumis aux Règles d'Arbitrage CIRDI, tels que les litiges soumis aux Règles d'Arbitrage CNUDCI.

Le CIRDI est l'un des forums les plus populaires pour l'administration d'Arbitrages Investisseurs-Etats. Sur les 42 nouvelles demandes d'arbitrage d'investissement identifiées par la Conférence des Nations Unies sur le Commerce Et le Développement (« **CNUCED** ») en 2014, 33 ont été déposées auprès du CIRDI, dont 3 en vertu du Règlement du Mécanisme Supplémentaire du CIRDI³⁴.

2. CNUDCI et Règles d'Arbitrage CNUDCI

La CNUDCI est l'organe des Nations Unies chargé de l'harmonisation et l'unification du droit commercial international. Les Règles d'Arbitrage CNUDCI³⁵ ont été élaborées pour promouvoir des pratiques et procédures uniformes dans le cadre d'arbitrages internationaux³⁶.

²⁵ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Mar. 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159, disponible à l'adresse suivante: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partA.htm> [ci-après « Convention CIRDI »].

²⁶ *List of Contracting States and Other Signatories of the Convention*, INT'L CTR. FOR SETTLEMENT OF INV. DISPUTES 1 (Nov. 17, 2015), v <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/List%20of%20Contracting%20States%20and%20Other%20Signatories%20of%20the%20Convention%20-%20Latest.pdf>.

²⁷ Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Mar. 18, 1965, 575 U.N.T.S. 159, disponible à l'adresse suivante: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partF.htm> [ci-après « Règles d'arbitrage CIRDI »].

²⁸ CONVENTION CIRDI, *supra* note 25, art 25.

²⁹ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 238

³⁰ CONVENTION CIRDI, *supra* note 25.

³¹ *Id.*, *supra* note 25, art. 53.

³² *Id.*, *supra* note 25, art. 54.

³³ Règlement du Mécanisme supplémentaire CIRDI, Introduction, ICSID/11, Avr. 2006, disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/icsiddocs/Documents/AFR_English-final.pdf.

³⁴ UNCTAD, *IIA Issues Note: Recent Trends in IIAs and ISDS*, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1 (Vol. 1), 7 (Fev. 19, 2015), disponible sur http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf. Ces données doivent être prises en considération avec précaution car elles ne se réfèrent qu'à des sentences publiées. Par ailleurs, il pourrait y avoir une partialité en faveur du CIRDI étant donné que l'article 22 du Règlement administratif et financier du CIRDI exige la publication de toutes les demandes d'arbitrage, alors même qu'une telle obligation n'est pas prévue par les autres règlements d'arbitrage.

³⁵ Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 43d Sess., June 21-July 9, 2010, U.N. Doc. A/65/17, annex I; GAOR, 65th Sess., Supp. No. 17 (2010), disponible sur <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> [ci-après « Règles d'Arbitrage CNUDCI »].

Les Règles d'Arbitrage CNUDCI peuvent être utilisées pour les arbitrages commerciaux, mais également entre investisseurs et États, dans le cadre de procédures institutionnelles ou *ad hoc*³⁷. Les arbitrages appliquant les règles de la CNUDCI peuvent être administrés, entre autres, par la Cour Permanente d'Arbitrage (« CPA »), le CIRDI, l'Institut d'arbitrage de la Chambre de Commerce de Stockholm (« CCS ») ou la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale (« CCI »). La CNUDCI n'administre pas de procédure.

Les Règles d'Arbitrage CNUDCI ont été publiées en 1976 et révisées en 2010. La révision avait pour objectif de renforcer leur capacité à appréhender des arbitrages complexes³⁸. En 2013, les Règles d'Arbitrage CNUDCI ont été actualisées afin d'incorporer les Règles de Transparence CNUDCI³⁹ qui avait spécifiquement pour l'objectif d'accroître la transparence des arbitrages d'investissement. Ces règles sont détaillées ci-dessous.

Selon la CNUCED, parmi les arbitrages d'investissement initiés en 2014, six appliquent le Règles d'Arbitrage CNUDCI⁴⁰.

3. Autres Institutions et Règles de Procédure

Différentes règles de procédure peuvent également s'appliquer à des Arbitrages Investisseur-Etat. Outre le CIRDI, l'Institut d'arbitrage de la CCS à Stockholm, la CCI basée à Paris et la CPA dont le siège est à La Haye administrent régulièrement les arbitrages entre investisseurs et États. Cette section porte sur les règles élaborées par ces institutions, bien qu'il en existe d'autres.

i. La CCS

L'Institut d'arbitrage de la CCS est un organe indépendant rattaché à la Chambre de Commerce de Stockholm. Cette institution, en charge des arbitrages commerciaux et d'investissement⁴¹, administre un nombre croissant d'arbitrages⁴². Il est difficile de fournir un chiffre exact car de nombreux arbitrages ne sont confidentiels.

Les règles d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la CCS (les « Règles d'Arbitrage CCS ») ont été révisées en 2010, concomitamment à la publication du Règlement d'arbitrage accéléré de la CCS. Il s'agit d'un des ensembles de règles applicables soumis au TCE, avec ceux du CIRDI et de la CNUDCI⁴³.

ii. La CCI

La CCI fut fondée à Paris en 1923 et constitue l'un des principaux forums pour l'administration des arbitrages commerciaux internationaux. Malgré la priorité accordée aux affaires

³⁶ U.N. COMM'N ON INT'L TRADE L., A GUIDE TO UNCITRAL: BASIC FACTS ABOUT THE UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (Jan. 2013), disponible à l'adresse suivante: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/12-57491-Guide-to-UNCITRAL-e.pdf>.

³⁷ Kyla Tienhaara, Third Party Participation in Investment-Environment Disputes: Recent Developments, 16 REV. EUR. CMTY. & INT'L ENVTL. L. 230 (2007).

³⁸ Règles d'Arbitrage CNUDCI, *supra* note 35.

³⁹ U. N. Comm'n on Int'l Trade Law, Dec. 16, 2013, UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, art. 1, disponible sur http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html [ci-après « Règles de Transparence CNUDCI »].

⁴⁰ IIA Issues Note: Recent Trends in IIAs and ISDS, UNCTAD/WEB/DIAE/PCB/2015/1 (Vol. 1), 7 (Fev. 19, 2015), disponible à l'adresse suivante: http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

⁴¹ Dispute Resolution Services, ARB. INST. OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF COM, <http://sccinstitute.com/dispute-resolution/>.

⁴² SCC, About the SCC, <http://sccinstitute.com/about-the-scc/>.

⁴³ Energy Charter Treaty art. 26(4)(c), Dec. 17, 1994, 2080 U.N.T.S. 95, 34 I.L.M. 360 (1995), disponible sur http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/Treaty_texts/Consolidated_Treaty_and_related_documents.pdf.

commerciales, un certain nombre de différends entre investisseurs et États sont administrés par la CCI chaque année⁴⁴.

Le règlement d'arbitrage de la CCI aujourd'hui applicable (« Règles d'Arbitrage CCI ») est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012. Contrairement à la plupart des autres règlements d'arbitrage, les arbitrages appliquant le règlement de la CCI ne peuvent être administrés que par la CCI elle-même.⁴⁵

iii. La CPA

Le large éventail d'activités de la CPA englobe les arbitrages commerciaux, entre États et arbitrages d'investissement. Dans les affaires commerciales appliquant le règlement de la CNUDCI, la CPA est uniquement impliquée au stade de la nomination de(s) l'arbitre(s). En outre, le Secrétaire de la CPA « *enregistre les affaires, fournit un soutien juridique aux tribunaux, traite les documents, facilite la communication entre les parties, fournit un appui juridique et organise les réunions et audiences* »⁴⁶.

Le Règlement d'arbitrage de la CPA, révisé en 2012, est applicable aux litiges dans lesquels au moins un État ou une organisation intergouvernementale sont parties, ou dans lesquels les parties ont consenti à son application⁴⁷.

D. Questions Préliminaires en Arbitrage Investisseur-Etat

1. Compétence

Pour statuer sur un arbitrage d'investissement, un tribunal doit être compétent vis-à-vis du demandeur (qui ?) (**i.**) ; compétent vis-à-vis l'objet du litige (quoi ?) (**ii.**) ; et disposer de compétence temporelle. Cela signifie que la demande doit être soulevée dans un certain laps de temps (quand ?) (**iii.**).

i. Qui ?

Le consentement de l'État est requis pour qu'un différend soit porté devant un tribunal arbitral. Ce consentement est généralement contenu dans une clause compromissoire insérée dans un AII signé par deux États ou plus⁴⁸. Les protections prévues par le traité sont accordées aux ressortissants d'un État investissant dans un autre État, et lorsque les deux États sont partis à l'accord⁴⁹. La définition de l'AII d'un investisseur et sa nationalité ont un impact direct sur la compétence *ratione personae* du tribunal⁵⁰. Les définitions du traité sont traditionnellement formulées en des termes généraux.

⁴⁴ *Who Can Use ICC Arbitration and How to Draft an ICC Arbitration Clause*, INT'L CT. OF ARB. OF THE INT'L CHAMBER OF COM., disponible sur <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Who-can-use-ICC-arbitration-and-how-to-draft-an-ICC-Arbitration-clause/>.

⁴⁵ International Chamber of Commerce, *ICC Rules of Arbitration*, disponible sur <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/> [ci-après « Règles d'Arbitrage CCI »].

⁴⁶ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 244.

⁴⁷ Permanent Ct. of Arb., Permanent Court of Arbitration Rules 2012, art. 1(4) (Dec. 17, 2012), disponible sur http://www.pca-cpa.org/showfile.asp?fil_id=2309 [ci-après « Règles d'Arbitrage CPA »].

⁴⁸ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 254. See also *supra* Section I.A.).

⁴⁹ Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* 58 (2d ed. 2012).

⁵⁰ OCDE, *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: UNDERSTANDING CONCEPTS AND TRACKING INNOVATIONS*, 9 (2008).

Toutefois, les accords récents ont tendance à fournir des définitions plus précises⁵¹ afin d'éviter des pratiques indésirables telles que la recherche systématique du traité le plus favorable⁵².

ii. Quoi ?

Un tribunal arbitral doit avoir compétence eu égard à l'objet du litige porté devant lui. Par conséquent, ce qui constitue un investissement au sens de l'AII est désormais primordial et, « *est devenu une question préliminaire de plus en plus importante en matière d'arbitrage d'investissement* »⁵³. Pour voir sa requête admise, l'investisseur doit prouver que son investissement relève du champ d'application de la notion d'investissement établie par le traité. Les tribunaux considèrent généralement qu'un investissement implique un engagement substantiel (sur le plan financier notamment), une certaine durée, un élément de risque et joue en principe un rôle dans le développement de l'État hôte⁵⁴. Ce dernier critère est particulièrement discuté⁵⁵ et a été rejeté par certains tribunaux dans leur définition de la notion d'investissement⁵⁶.

iii. Quand ?

Avant de trancher un litige, les tribunaux examinent la date de survenance du différend et la date à laquelle l'AII est entré en vigueur. Cette analyse est fondée sur le principe de non-rétroactivité, selon lequel « *une action qui commence et s'achève avant qu'un traité soit entré en vigueur ne peut pas violer les obligations issues du traité* »⁵⁷. Afin d'établir sa compétence *ratione temporis*, le tribunal doit d'abord évaluer le texte du traité sur lequel se fonde la demande et examiner la date de son entrée en vigueur⁵⁸. Conformément au principe de non-rétroactivité, « *les obligations ne peuvent guider que les comportements futures, et les États doivent être avisés avant d'être mis en cause* »⁵⁹.

2. Normes de Fond

Les traités d'investissement protègent les investisseurs grâce à un certain nombre de dispositions : les normes de fond. La formulation de ces dispositions varie d'un traité à un autre et a un impact significatif sur le niveau de protection accordé aux investisseurs. Les normes habituellement incluses dans les traités sont présentées ci-dessous.

i. Expropriation

L'expropriation est la forme la plus grave d'ingérence dans le droit de propriété⁶⁰. L'obligation pour un État de verser une indemnité en cas d'expropriation constitue une protection fondamentale contenue dans la plupart des TBI⁶¹. Il est généralement reconnu en droit international qu'une expropriation est légale si trois conditions sont remplies : la mesure doit servir une cause d'utilité publique, elle ne doit être ni arbitraire ni discriminatoire et elle doit faire l'objet d'une

⁵¹ UNCTAD, SCOPE AND DEFINITION (A SEQUEL), UNCTAD/DIAE/IA/2010/2, 28 (FEB. 28, 2011), disponible à l'adresse suivante: http://unctad.org/en/Docs/diaeia20102_en.pdf.

⁵² Cette pratique se réfère au comportement d'un investisseur étranger qui, cherchant délibérément à bénéficier d'un TBI, dirige son investissement vers un pays tiers dont l'accord avec l'État d'accueil est plus favorable.

⁵³ Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principles* 163 (2d ed. 2007).

⁵⁴ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 248.

⁵⁵ Christoph H. Schreuer et al., *The Convention CIRDI: A Commentary* 131 (2d ed. 2009).

⁵⁶ *LESI-DIPENTA v. Algeria*, Sentence, 10 Janvier 2005, para. II. 13(iv) *in fine.*; *LESI & Astaldi v. Algeria*, Décision sur la compétence, 12 juillet 2006, para. 72(iv) *in fine.*

⁵⁷ Sadie Blanchard, State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration, 10 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 429 (2011).

⁵⁸ McLachlan, *supra* note 53, p. 174.

⁵⁹ BLANCHARD, *supra* note 57, p. 429.

⁶⁰ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 98.

⁶¹ Andrew Newcombe & Luis Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* 321-398 (2009).

compensation⁶². En outre, de nombreuses lois nationales sur l'investissement et normes constitutionnelles mettent en place des garanties contre l'expropriation⁶³.

L'expropriation peut être soit (1) directe, ce qui implique une « *prise de possession d'un bien par le gouvernement hôte, par des moyens directs, y compris la perte de tout ou partie du contrôle effectif de la propriété* »⁶⁴, ou (2) indirecte, lorsque la prise de possession implique une « *mesure gouvernementale, administrative ou législative, qui ne confisque pas directement la propriété, mais qui a un impact similaire en privant le propriétaire des fruits de sa propriété* »⁶⁵.

ii. Traitement Juste et Equitable

Un État d'accueil doit garantir un « Traitement Juste et Equitable » (en anglais *Fair and Equitable Treatment* « FET ») aux investisseurs si les AII dont ils sont signataires prévoient une telle protection. Le FET est devenu la norme de référence invoquée dans les litiges d'investissement. Cette norme concerne « *des actes et événements qui ne violent pas de normes spécifiques, mais sont néanmoins considérés comme incompatibles avec l'objet et la raison d'être du TBI* »⁶⁶. Le FET est le critère de fond le plus étendu car il couvre « *un éventail beaucoup plus large d'activités que d'autres règles* »⁶⁷. Le champ d'application de la norme FET est controversé. Certains tribunaux ont tenté de le restreindre en définissant des sous-concepts plus précis⁶⁸. Bien qu'ils ne soient pas uniformément acceptés, ces sous-concepts incluent notamment : la bonne foi, les attentes légitimes, le procès équitable, la transparence, l'absence de harcèlement, de coercition et de traitement arbitraire, les déséquilibres significatifs entre les parties et l'unilatéralisme dans l'adoption des termes d'un contrat⁶⁹.

iii. Protection et Sécurité Intégrale

Une autre norme AII répandue prévoit que les investissements effectués par les investisseurs d'une partie contractante sur le territoire d'une autre partie contractante bénéficient d'une protection et sécurité intégrale. Cette protection vise à encadrer le pouvoir de police de l'État hôte et à protéger l'investisseur contre les dommages causés par les agents de l'État ou par des tiers lorsque l'État n'a pas fait preuve de diligence⁷⁰.

iv. Nation la Plus Favorisée

Le concept de Nation la Plus Favorisée (« NPF ») implique que l'État d'accueil ne peut traiter les investisseurs protégés par un TBI d'une manière moins favorable que les investisseurs d'autres États. D'après certains tribunaux, cette disposition permet aux investisseurs de bénéficier des mêmes droits que ceux accordés aux investisseurs d'un autre pays. Il n'est pas clair si le champ d'application des clauses de NPF se limite aux normes de fond, ou si lesdites clauses peuvent être étendues aux aspects procéduraux⁷¹. En ce qui concerne les éléments procéduraux, le débat académique est cristallisé autour de la question suivante : « *est-il possible de contourner les conditions nécessaires au consentement à l'arbitrage, prévues par un traité, en se fondant sur une clause de NPF* »

⁶² *Id.*, p. 321.

⁶³ OCDE, *Protecting Investment, Legal Frameworks for Infrastructure Investment in Egypt, Jordan, Morocco and Tunisia*, DAF/INV(2014)11/REV1, 15 (Oct. 2014), disponible sur http://www.oecd.org/globalrelations/Legal%20Study_EN.pdf.

⁶⁴ SUBEDI, *supra* note 49, p. 74.

⁶⁵ *Id.*, p. 75.

⁶⁶ Rudolf Dolzer, *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*, 12 SANTA CLARA J. INT'L L. 7, 12 (2014).

⁶⁷ *Id.*, p. 10.

⁶⁸ *Id.*, p. 15.

⁶⁹ *Id.*, p. 16-32.

⁷⁰ McLACHLAN, *supra* note 53.

⁷¹ Lise Johnson, *Ripe for Refinement: The State's Role in Interpretation of FET, MFN, and Shareholder Rights* 6-9 (Avr. 2015), disponible à l'adresse suivante: http://ccsi.columbia.edu/files/2015/05/GEG-WP_101-Ripe-for-Refinement-The-States-Role-in-Interpretation-of-FET-MFN-and-Shareholder-Rights-Lise-Johnson_0.pdf.

insérée dans le traité si l'État défendeur a conclu un traité avec un État tiers et comprenant une clause de consentement n'incluant pas les mêmes conditions et limites »⁷².

v. Traitement National

Une clause de « Traitement National » prévoit que l'État d'accueil ne puisse pas traiter l'investisseur étranger d'une manière moins favorable qu'un investisseur national (de l'État hôte) dans des circonstances analogues. Cette protection vise à empêcher les pratiques discriminatoires. L'objectif de cette clause « est d'obliger un État d'accueil à ne pratiquer aucune discrimination entre investisseurs étrangers et investisseurs nationaux lors de l'adoption et l'application de ses règles de droit, et d'accorder à l'investisseur étranger le même niveau de protection que celui accordé aux ressortissants nationaux »⁷³.

II. Introduction à la Transparence dans l'Arbitrage Investisseur-Etat

A. Transparence dans les Accords de Libre-Échange

1. ALENA

Le Chapitre 11 de l'ALENA sur le règlement des différends inclut plusieurs clauses liées à la transparence. De plus, la Commission de Libre Echange (« CLE »), qui supervise la mise en place du traité, a interprété le Chapitre 11 en faveur de la transparence⁷⁴.

En vertu de l'Annexe 1137.4 du traité, lorsque les États-Unis ou le Canada sont parties à un différend, l'un ou l'autre de ces États, ou un investisseur, ont la possibilité de publier la sentence qui en résulte⁷⁵. Par ailleurs, en vertu de l'article 1128 de l'ALENA, les trois États membres peuvent soumettre des observations dans toute procédure d'arbitrage ALENA⁷⁶. Les tribunaux arbitraux constitués en vertu de l'ALENA ont parfois permis à des tierces-personnes non-étatiques (ou *amici curiae*) de soumettre des observations écrites. L'arbitrage *Methanex v. United States*⁷⁷ (considéré comme le premier Arbitrage Investisseur-Etat dans lequel fut admise une observation *amicus curiae*) et l'arbitrage *UPS v. Canada*⁷⁸ comptent parmi les affaires les plus célèbres. Les observations orales par des tiers à l'arbitrage n'ont pas fait l'objet d'un tel développement dans la pratique, même si elles ne sont pas expressément prohibées par le traité⁷⁹.

⁷² DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 270-271. Des décisions divergentes ont été rendues sur cette question : cette position a été acceptée par le tribunal dans l'affaire *Maffezini c. Espagne* mais rejetée dans l'affaire *Señor Tza Yap Shum c. République de Peru*. See *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Arbitrage CIRDI No. ARB/97/7, Décision du tribunal sur l'exception d'incompétence (Jan. 25, 2000), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0479.pdf>; *Señor Tza Yap Shum v. Republic of Peru*, Arbitrage CIRDI No. ARB/07/6, Sentence (July 7, 2011), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>.

⁷³ DOLZER & SCHREUER, *supra* note 24, p. 198.

⁷⁴ COMMISSION DE LIBRE-ÉCHANGE ALENA, NOTES OF INTERPRETATION OF CERTAIN CHAPTER 11 PROVISIONS (Juillet 31, 2001), disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx?lang=eng>.

⁷⁵ ALENA, *supra* note 14, annex 1137(4).

⁷⁶ ALENA, *supra* note 14, art. 1128.

⁷⁷ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decisions of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as "Amici Curiae" (ALENA Jan. 15, 2001), disponible à l'adresse suivante: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0517_0.pdf [ci-après « *Methanex v. U.S.* »].

⁷⁸ *United Parcel Serv. of Am. Inc. (UPS) v. Government of Canada*, Decision on Participation as Amici Curiae, para. 73 (ALENA Oct. 17, 2001), disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/ups-23.pdf> [ci-après *UPS v. Canada*].

⁷⁹ Alessandra Asteriti & Christian J. Tams, *Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration*, in INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND COMPARATIVE PUBLIC LAW X, 8 (Stephan W. Schill ed., 2010), disponible à l'adresse suivante: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawSSRN-id1618843.pdf>.

Bien que la question des audiences publiques ne soit pas spécifiquement mentionnée dans le Chapitre 11 de l'ALENA, les États signataires ont exprimé leur volonté de permettre l'ouverture des audiences arbitrales au public⁸⁰. Le consentement de toutes les parties demeure toutefois nécessaire pour rendre les audiences publiques⁸¹.

2. ALEAC

L'article 10 de l'ALEAC va plus loin que le Chapitre 11 de l'ALENA en matière de transparence. Les audiences arbitrales sont publiques et les parties doivent rendre toutes les décisions et soumissions d'observations publiques⁸². La participation d'*amicus curiae* par le biais d'observations orales et écrites peut également être autorisée en vertu des Articles 10.20(2) et 10.20(3) de l'ALEAC⁸³.

Bien que l'article 10.20(3) de l'ALEAC prévoient des limites à la publication de données confidentielles, l'ALEAC met en place l'un des systèmes de règlement des différends les plus transparents parmi les traités existants.

3. TCE

Le TCE ne contient pas de provisions liées à la transparence en arbitrage d'investissement. L'article 27(3)(1) dispose néanmoins qu'une copie de la sentence doit être remise au Secrétariat, qui doit la tenir « à la disposition de tous ».

Le Secrétariat du TCE réfléchit actuellement à publier un texte consolidé qui comprendrait un résumé de toutes les décisions rendues en vertu du traité⁸⁴. Il serait également possible d'appliquer les Règles de Transparence CNUDCI dans le contexte des différends TCE pourvu que les parties y consentent⁸⁵.

4. AECG

La version consolidée de l'AECG s'aligne sur les récentes initiatives eues égard à la transparence en matière d'Arbitrage Investisseur-Etat. L'article X.33 incorpore les Règles de Transparence CNUDCI⁸⁶ (présentées de manière plus détaillée ci-dessous) et les complète. Outre les obligations mises en place en vertu de l'article 3(2) du Règles de Transparence CNUDCI, les pièces jointes aux témoignages et aux rapports d'experts doivent également être publiées en vertu de l'AECG. La publication d'informations au début de la procédure, contenue à l'article 2, est également contraignante pour le Canada et l'Union Européenne⁸⁷.

Toutefois, un tribunal arbitral peut limiter la transparence de la procédure pour protéger certaines informations confidentielles (de manière similaire aux Règles de Transparence CNUDCI).

B. Transparence dans les Règles d'Arbitrage

1. Règles d'Arbitrage CIRDI

⁸⁰ COMMISSION DE LIBRE-ÉCHANGE ALENA, *Joint Statement: Decade of Achievement* (Juillet 16, 2004), disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/js-sanantonio.aspx?lang=en&view=d>.

⁸¹ Andrea Menaker, *Piercing the Veil of Confidentiality: The Recent Trend Towards Greater Public Participation and Transparency in Investor-State Arbitration*, in *ARBITRATION UNDER INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS: A GUIDE TO THE KEY ISSUES XXX*, 128 (Katia Yannaca-Small ed., 2010), p. 154.

⁸² ALEAC *supra* note 15, art. 10.21

⁸³ *Id.*, art. 10.20 (2), art. 10.20(3).

⁸⁴ Deborah Ruff, *et al.*, *Energy Charter Treaty: Coming up for 20 years*, NORTON ROSE FULBRIGHT (2014), p. 5, disponible à l'adresse suivante: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/energy-charter-treaty-115911.pdf>.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ AECG, art. X.33, 174.

⁸⁷ *Id.*

Les Règles d'Arbitrage CIRDI sont les seules règles spécifiquement conçues pour l'Arbitrage Investisseur-Etat⁸⁸. Tenant compte de la demande croissante sur le plan de la transparence procédurale, les Règles d'Arbitrage CIRDI ont été modifiées en 2006 afin d'incorporer des clauses liées à la transparence du processus arbitral.

Parmi les caractéristiques remarquables des Règles d'Arbitrage CIRDI, le Secrétaire Général est tenu de publier les informations relatives à l'activité du Centre et notamment en ce qui concerne l'enregistrement de toute nouvelle requête d'arbitrage⁸⁹. Les détails de chaque arbitrage sont librement mis à disposition du public par le biais d'un site internet⁹⁰. L'existence de chaque affaire est donc connue du public, ce qui n'est pas nécessairement le cas de leur contenu. La publication des sentences, des retranscriptions d'audience ainsi que de tout autre enregistrement reste en effet soumis à l'accord des parties⁹¹. Lorsque les parties ne donnent pas leur consentement à la publication d'une sentence, l'institution est néanmoins tenue de publier « *des extraits du raisonnement juridique du Tribunal* »⁹².

En vertu de l'article 32(2), si les parties y consentent et après consultation du Secrétaire Général du CIRDI, un tribunal peut autoriser des tiers à assister aux audiences dans la mesure où les conditions logistiques s'y prêtent. Les tribunaux sont également autorisés à tenir compte des *amici curiae*. Les parties doivent toutefois être consultées avant toute décision en ce sens⁹³.

2. Règles d'Arbitrage CNUDCI 2010

A l'exception des Règles d'Arbitrage CNUDCI, les règles d'arbitrage institutionnelles ont généralement été conçues pour les arbitrages commerciaux dans lesquels la confidentialité est la norme. Ainsi, il n'est pas surprenant que les règles d'arbitrage CNUDCI, CCS et CCI contiennent peu de références à la transparence⁹⁴. Cela ne signifie toutefois pas que la publication d'information soit interdite mais plutôt qu'il s'agit d'une question laissée à la discrétion des parties. Le tribunal traite généralement de la question dans une ordonnance de procédure.

Les Règles d'Arbitrage CNUDCI 2010 n'interdisent pas explicitement aux parties de publier des informations relatives à une affaire. L'article 34(5) précise que « *la sentence peut être rendue publique avec le consentement de toutes les parties ou lorsque sa divulgation est requise en raison d'une obligation légale, afin de préserver ou faire valoir un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire devant une juridiction étatique ou autre autorité compétente* ».

L'article 28(3) des Règles d'Arbitrage CNUDCI impose que les audiences soient tenues *in camera*. Cela signifie qu'elles ne sont pas ouvertes au public à moins que les parties n'y consentent. Les Règles d'Arbitrage CNUDCI ne donnent aucune indication à propos des observations provenant de tiers, mais la question est abordée dans les Règles de Transparence CNUDCI.

3. Règles d'Arbitrage CCS

L'article 46 des Règles d'Arbitrage CCS prévoient que la règle par défaut, eu égard à la publication d'information, est la confidentialité. Les documents afférents à un arbitrage peuvent cependant être divulgués, y compris la sentence finale, si les parties y consentent. Aucune disposition des Règles d'Arbitrage CCS n'empêche les parties de publier unilatéralement des informations concernant l'affaire.

⁸⁸ New UNCITRAL Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps, COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL. p. 6 (Aug. 2013).

⁸⁹ Administrative and Financial Regulations, Regulation 22, Sept. 25, 1967, 7 I.L.M. 351 (1968) disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf [ci-après « ICSID Admin. & Fin. Reg »].

⁹⁰ See ICSID, *Arbitrage CIRDI*, <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>.

⁹¹ ICSID Admin. & Fin. Reg, *supra* note 89, art. 22(2).

⁹² Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 48(4).

⁹³ *Id.*, art. 37(2).

⁹⁴ COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL., *supra* note 88, p. 6.

En vertu de l'article 27, les audiences sont généralement privées à moins que les parties n'y consentent. Les règles d'arbitrage CSS ne traitent pas des observations de tiers, mais ne les excluent pas expressément. En outre, l'article 19(1) des Règles d'Arbitrage CCS donne au tribunal une discrétion étendue pour « mener l'arbitrage de la manière qu'il juge la plus appropriée ». En principe, les observations de tiers sont donc recevables.

4. Règles d'Arbitrage CCI

Les Règles d'Arbitrage CCI sont en grande partie silencieuses sur la question de la transparence. Des obligations de confidentialité sont en vigueur, mais ces dernières pèsent sur l'institution et non sur les parties⁹⁵. Il n'existe pas de règle de transparence par défaut et les parties disposent d'une grande latitude quant au degré de transparence de leur litige⁹⁶. Cependant, rien n'empêche les parties de publier unilatéralement des informations concernant l'initiation d'une procédure ou sur une affaire en cours.

L'accès de tiers aux audiences est soumis à l'accord des deux parties et du tribunal⁹⁷. Les Règles d'Arbitrage CCI ne traitent pas des observations d'*amici curiae*. Cette option fut considérée par le groupe de travail ayant rédigé en 2012 la version révisée des règles, mais fut finalement rejetée par peur de rendre les procédures trop complexes et de dissuader les parties de choisir la CCI⁹⁸. Aucune clause n'interdit cependant de présenter de telles observations. Le groupe de travail a ainsi considéré qu'elles pourraient être admises si les parties y consentent en vertu des pouvoirs généraux accordés au tribunal en vertu de l'article 22(1)⁹⁹.

5. Projet de Règles d'Arbitrage d'Investissement du Centre d'Arbitrage International de Singapour

En février 2016, le Centre d'Arbitrage International de Singapour (« CAIS ») a publié un projet de règles d'arbitrage d'investissement soumises aux observations publiques. Bien que non adopté sous forme définitive, le projet contient différents éléments destinés à faciliter l'intervention de tiers ayant un intérêt à défendre dans une procédure¹⁰⁰ (et dénommés en anglais « *non-disputants* »). En vertu de l'article 28 du Projet de règlement CAIS, il est possible pour un tiers de soumettre des observations au tribunal sous certaines conditions. Ainsi, une partie au traité ou au contrat donnant lieu à un différend mais n'étant pas elle-même partie à ce différend peut, après notification des parties, soumettre des observations au tribunal sur des questions d'interprétation uniquement¹⁰¹. De même, le tribunal peut, après consultation des parties, inviter un tiers à soumettre des observations écrites à propos d'éléments factuels ou juridiques de la procédure¹⁰². Le tribunal doit cependant tenir compte des obligations de confidentialité imposées par l'article 36 ainsi que du besoin d'éviter toute perturbation excessive de la procédure et du risque de générer un préjudice à l'encontre de l'une ou l'autre des parties¹⁰³.

⁹⁵ Règles CCI, *supra* note 45, art. 34(2), « Des copies supplémentaires dûment certifiées conformes par le Secrétaire Général sont à tout moment délivrées exclusivement aux parties qui en font la demande ».

⁹⁶ *Id.*, art. 22(3) « À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut rendre des ordonnances concernant la confidentialité de la procédure ou de toute autre question relative à l'arbitrage et prendre toute mesure pour protéger les secrets d'affaires et les informations confidentielles ».

⁹⁷ *Id.*, art. 26(3).

⁹⁸ Jean E. Kalicki, *The Prospects for Amicus Submissions Outside the ICSID Rules*, KLUWER ARBITRATION BLOG (Sep. 14, 2012), disponible à l'adresse suivante: <http://kluwarbitrationblog.com/2012/09/14/the-prospects-for-amicus-submissions-outside-the-icsid-rules/>.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Draft Singapore International Arbitration Centre Investment Arbitration Rules, Article 28, disponible à l'adresse suivante: [http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20\(rev%2020160115\).pdf](http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IA%20Rules%20(rev%2020160115).pdf) [ci-après « Draft SIAC Rules »].

¹⁰¹ *Id.*, art. 28.1.

¹⁰² *Id.*, art. 28.2.

¹⁰³ *Id.*, art. 28.4.

En matière de confidentialité, l'Article 36 du Projet de règlement CAIS stipule que « *les questions de procédure et les questions liées à la sentence* » doivent rester confidentielles en l'absence de permission écrite des parties¹⁰⁴. « *Les questions de procédure* » renvoient aux plaidoiries, pièces et autres documents produits durant la procédure, ainsi que les documents produits par la partie adverse ou liés à la sentence¹⁰⁵. Bien que l'article 36 établisse expressément les conditions dans lesquelles le tribunal peut divulguer des informations confidentielles à une partie extérieure sans le consentement des parties¹⁰⁶, il n'offre pas d'indication spécifique concernant la manière de publier ces informations, au-delà de l'exigence d'obtenir un accord écrit de la part des parties à la procédure¹⁰⁷. De manière similaire, les audiences se tiennent *in camera* à moins que les parties n'en conviennent autrement, et tout « *enregistrement, retranscription ou document utilisé* » demeure confidentiel¹⁰⁸.

III. Les Règles de Transparence CNUDCI

Avant 2006, les Règles d'Arbitrage CNUDCI prévoyaient une transparence limitée dans la procédure d'arbitrage. Reconnaisant « *l'importance d'assurer la transparence* » dans la résolution des litiges entre investisseurs et États¹⁰⁹, la CNUDCI a décidé d'aborder spécifiquement cette question suite à la révision des Règles d'Arbitrage CNUDCI en 2010. Ainsi, en juillet 2013, la Commission a adopté les Règles de Transparence CNUDCI. Si les règles antérieures visaient principalement les procédures privées, les nouvelles Règles de Transparence CNUDCI ont pour objectif d'établir un niveau de transparence sans précédent. Les Règles de Transparence CNUDCI ont ainsi permis « *un changement de paradigme vers la transparence, plutôt que la confidentialité, dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités* ». Il a également établi « *un cadre institutionnel permettant de garantir la mise en œuvre systématique et effective de la transparence* »¹¹⁰. Les nouvelles Règles de Transparence CNUDCI constituent ainsi un modèle pour mener de manière transparente les Arbitrages Investisseurs-Etats portés devant la CNUDCI ou d'autres institutions arbitrales¹¹¹.

Les nouvelles Règles de Transparence CNUDCI sont entrées en vigueur le 1^{er} avril 2014. Elles ont été incorporées dans les Règles d'Arbitrage CNUDCI par un amendement à l'article 1^{er} desdites Règles¹¹². La Convention de la CNUDCI sur la transparence (également appelée Convention de Maurice) a été adoptée le 10 décembre 2014 et a pour objet de faciliter l'application des Règles de Transparence, sous réserve des conditions exposées ci-dessous¹¹³.

En avril 2016, un nombre limité d'instruments internationaux ont incorporé le Règles de Transparence, dont le TBI Suisse-Géorgie du 3 juin 2014¹¹⁴ et l'AECG¹¹⁵. En outre, l'UE a exprimé sa

¹⁰⁴ *Id.*, art. 36.1.

¹⁰⁵ *Id.*, art. 36.3.

¹⁰⁶ *Id.*, art. 36.2.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*, art. 20.4.

¹⁰⁹ Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 41st Sess., June 16 – July 3, 2008, U.N. Doc. A/63/17; GAOR, 63d Sess., Supp. No. 17, para. 314 (2008); Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 44th Sess., June 27-July 8, 2011, U.N. Doc. A/67/17; GAOR, 66th Sess., Supp. No. 17, para. 200 (2011); Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 45th Sess., June 25-July 6, 2012, U.N. Doc. A/67/17; GAOR, 67th Sess., Supp. No. 17, para. 69 (2012).

¹¹⁰ COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL., *supra* note 88, p. 7.

¹¹¹ *Id.*, p. 12.

¹¹² *Id.*, p. 8.

¹¹³ Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 47th Sess., July 7-July 18, 2014, U.N. Doc. A/69/17 disponible à l'adresse suivante: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-e.pdf>.

¹¹⁴ Accord entre la confédération Suisse et la Géorgie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements, State Secretariat to Economic Affairs SECO – Swiss Confederation (3 Juin 2014), disponible à l'adresse suivante: <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/1561.pdf>.

¹¹⁵ AECG, *supra* note 17.

volonté d'incorporer les Règles de Transparence dans l'ensemble de ses accords commerciaux en cours de négociation¹¹⁶.

A. Applicabilité

1. Dispositions

Suite à de longues discussions sur la nature du nouvel instrument (guide pratique, instrument autonome ou partie des Règles d'Arbitrage CNUDCI), la CNUDCI a décidé que les Règles de Transparence pourraient être utilisées à la fois en tant que partie intégrale des Règles d'Arbitrage CNUDCI, mais également comme instrument autonome s'appliquant aux litiges soumis à d'autres règles d'arbitrage¹¹⁷. En 2013, les Règles d'Arbitrage CNUDCI de 2010 ont été révisées afin d'incorporer expressément le Règlement sur la transparence. L'objectif étant de construire un ensemble juridique cohérent¹¹⁸. En vertu de l'article 1(9) des Règles de Transparence CNUDCI, celles-ci peuvent être utilisées dans les arbitrages d'investissement initiés en vertu de toutes autres règles d'arbitrages ou pour des procédures *ad hoc*. L'objectif de cette disposition est d'établir un instrument applicable à un nombre étendu de litiges.

En vertu de leur article 1(1), les Règles de Transparence s'appliquent automatiquement aux litiges survenant dans le cadre de traités conclus à partir du 1er avril 2014. Toutefois, l'article 1(1) prévoit également que les Règles de Transparence s'appliquent « *à moins que les parties au traité n'en décident autrement* ». Les parties disposent donc d'un mécanisme dit de l'« *opt-out* » permettant d'exclure l'application des Règles de Transparence CNUDCI¹¹⁹.

L'article 1(2) des Règles de Transparence CNUDCI régissent le cas d'un arbitrage d'investissement soumis aux Règles d'Arbitrage CNUDCI dans le cadre d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur des Règles de Transparence CNUDCI. Dans ce cas de figure, les Règles de Transparence s'appliquent uniquement lorsque les parties au litige conviennent de leur application, ou si les États parties au traité conviennent de leur application après le 1^{er} avril 2014.

2. Convention de Maurice sur la Transparence

Les Règles de Transparence ne s'appliquant pas aux litiges survenant dans le cadre de traités conclus avant le 1^{er} avril 2014, la CNUDCI a créé un instrument permettant aux États d'appliquer les Règles de Transparence CNUDCI aux litiges survenant dans le cadre de traités déjà en vigueur¹²⁰.

La Convention de la CNUDCI sur la transparence (ou Convention de Maurice) a été adoptée en juillet 2014 afin de permettre aux États parties à des traités d'investissement d'appliquer automatiquement les Règles de Transparence CNUDCI aux traités conclus avant le 1^{er} avril 2014. Les États peuvent néanmoins exclure l'application de la Convention de Maurice pour des arbitrages fondés sur un traité d'investissement spécifique, en vertu de l'article 3(1)(a), ou déclarer que la Convention de Maurice ne s'applique pas aux arbitrages initiés sur la base de règles ou de procédures d'arbitrage autres que les Règles d'Arbitrage CNUDCI, en vertu de l'article 3(1)(b).

¹¹⁶ L'UE contribue à hauteur de 100.000 € afin d'accroître la transparence dans les litiges entre investisseurs et État, EUROPEAN COMMISSION TRADE (Jan. 6, 2015), disponible à l'adresse suivante: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1428>.

¹¹⁷ COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL., *supra* 88, p. 8.

¹¹⁸ Règles de Transparence CNUDCI (nouvel article 1, paragraphe 4, tel qu'adopté en 2013), UN Doc. A/RES/68/109, GAOR, 68th Sess., Supp. No. 17 (2013) art. 1(4).

¹¹⁹ Les Règles de Transparence CNUDCI ne s'appliquent que dans le cadre de l'Arbitrage Investisseur-Etat. Il n'y a pas d'application automatique en cas de survenance d'un litige dans le cadre d'un arbitrage commercial. COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL., *supra* note 88, p. 11.

¹²⁰ Rep. of the U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, 46th Sess., 8-26 July, 2013, U.N. Doc. A/68/17, paras. 117-127; GAOR, 68th Sess., Supp. No. 17 (2013), disponible à l'adresse suivante: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V13/858/39/PDF/V1385839.pdf?OpenElement>.

En avril 2016, la Convention de Maurice a été signée par la Belgique, le Canada, le Congo, la Finlande, la France, le Gabon, l'Allemagne, l'Italie, le Luxembourg, Madagascar, Maurice, la Suède, la Suisse, la République Arabe Syrienne, le Royaume-Uni et les États-Unis. Cependant, seul Maurice a adhéré au traité, qui n'est toujours pas entré en vigueur.¹²¹

B. Introduction au Contenu des Règles de Transparence CNUDCI

Les Règles de Transparence CNUDCI contiennent un certain nombre de dispositions destinées à renforcer la transparence dans les arbitrages d'investissement. En vertu de ce nouveau régime, les informations essentielles concernant un litige sont rendues publiques, et plusieurs documents doivent être divulgués au cours de la procédure¹²². Un dépositaire des informations publiées a spécialement été créé afin de centraliser et faciliter le processus de divulgation (le « **Dépositaire** »)¹²³. En outre, les audiences consacrées à la production de preuves ou à l'exposé oral des arguments sont rendues publiques par enregistrements vidéo mis en ligne. Ces dispositions restent, pour autant, soumises à la protection des informations confidentielles et de l'intégrité du processus arbitral, en vertu de l'article 7¹²⁴. Enfin, le tribunal arbitral peut autoriser un tiers à soumettre des observations écrites, sous certaines conditions¹²⁵. Les principales caractéristiques du Règles de Transparence CNUDCI sont exposées ci-dessous.

IV. Guide Pratique pour une ONG

A. Quelles Informations une ONG Peut-elle Obtenir ?

Cette section présente les différents types d'information disponibles en vertu des Règles de Transparence CNUDCI et du Chapitre 11 de l'ALENA.

1. Publication Automatique : Notice Publique à l'Ouverture de la Procédure Arbitrale

L'article 2 des Règles de Transparence CNUDCI garantit l'accès de toute personne au « *nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité en vertu duquel est faite la demande* »¹²⁶.

Ces informations sont disponibles via le dépositaire prévu à l'article 8 des Règles de Transparence CNUDCI¹²⁷. Dans les arbitrages CNUDCI, ou des arbitrages soumis à d'autres règles de procédure, les parties au litige ont la faculté de nommer d'autres institutions pour agir en tant que dépositaire de ces informations.

Dans l'arbitrage *Iberdrola v. Bolivia*, les parties au litige se sont mises d'accord pour que la CPA assume le rôle de dépositaire¹²⁸. De même dans *BSG v. Guinea*, « *Le CIRDI a confirmé être disposé à administrer cet arbitrage en application des règles mises en place dans cette Ordonnance et à servir*

¹²¹ U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the "Mauritius Convention on Transparency"), art. 9(1), p.9 (2015): « la présente Convention entre en vigueur six mois à compter de la date de dépôt du troisième instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion. »

¹²² Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 3.

¹²³ *Id.*, art. 8.

¹²⁴ *Id.*, art. 7.

¹²⁵ *Id.*, art. 4-5.

¹²⁶ *Id.*, art. 2.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Iberdrola, S.A., Iberdrola Energia, S.A.U. v. el Estado Plurinacional de Bolivia*, Cas PCA No. 2015-05, Acte de Constitution, 14.1 (Aug. 7, 2015), disponible à l'adresse suivante: <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1465> [ci-après *Iberdrola v. Bolivia*].

de Dépositaire, telle que cette fonction est définie dans le Règlement sur la transparence et dans cette Ordonnance »¹²⁹.

La Convention du CIRDI prévoit des publications obligatoires d'informations. L'article (1) du Règlement Administratif et Financier du CIRDI dispose : « [l]e Secrétaire Général publie des informations appropriées sur les opérations du Centre, y compris l'enregistrement de toutes les requêtes de conciliation ou d'arbitrage, la date à laquelle chaque instance prend fin et la façon dont elle s'est terminée »¹³⁰.

L'article 1129 de l'ALENA prévoit la diffusion automatique de pièces écrites et de preuves à tout État partie à l'ALENA¹³¹. Les parties à un litige peuvent unilatéralement publier les documents afférents à un arbitrage ALENA si le Canada ou les États-Unis sont partie au litige, sous réserve de certaines exceptions¹³². Par exemple, le gouvernement américain publie les documents clés dans la majorité des arbitrages initiés à son encontre, quelles que soient les règles de procédure applicables¹³³. De manière générale, la plupart des règles de procédure arbitrale n'imposent pas la confidentialité aux parties. Les Règles d'Arbitrage CNUDCI de 1976 et 2010 sont une exception notable à ce principe¹³⁴.

2. Publication sous Conditions : Documentation

L'article 3 des Règles de Transparence CNUDCI prévoient que toute personne ait accès à certaines catégories de documents. Il s'agit notamment des mémoires des parties, des retranscriptions des audiences et décisions du tribunal, sous réserve des exceptions mentionnées dans la Section IV(C). Les documents automatiquement accessibles en vertu de l'article 3(1) sont:

- La notification d'arbitrage, la réponse à la notification d'arbitrage ;
- Le mémoire en demande, le mémoire en défense ;
- Toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige ;
- Un tableau énumérant toutes les annexes aux documents susmentionnés et aux rapports d'experts et déclarations de témoins, si un tel tableau a été établi pour la procédure, mais pas l'accès aux annexes elle-même;
- Toutes observations écrites d'une partie (ou de parties) au traité non parties au litige et de tiers,
- Les retranscriptions d'audiences, si elles sont disponibles ; et
- Les ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral¹³⁵.

En vertu de l'article 3(2) des Règles de Transparence CNUDCI, toute personne a la faculté de consulter les pièces suivantes, sur demande :

¹²⁹ *BSG Resources Limited. v. Republic of Guinea*, Arbitrage CIRDI No. ARB/14/22, Ordonnance de Procédure No. 2 sur la Transparence, para. 10 (Sep. 17, 2015), disponible sur <http://www.italaw.com/cases/documents/3689> [ci-après *BSG v. Guinea*].

¹³⁰ ICSID Admin. & Fin. Reg, *supra* note 89, Regulation 22(1).

¹³¹ ALENA, *supra* note 14, art. 1129.

¹³² COMMISSION DE LIBRE-ÉCHANGE ALENA, NOTES OF INTERPRETATION OF CERTAIN CHAPTER 11 PROVISIONS (July 31, 2001), disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/disp-diff/NAFTA-Interpr.asp?lang=eng>.

¹³³ U.S. Department of State, NAFTA Investor-State Arbitrations, *Cases Filed against the United States of America*, disponible à l'adresse suivante: <http://www.state.gov/s/l/c3741.htm>.

¹³⁴ *Submission to UNCITRAL Working Group II on International Arbitration*, COLUMBIA CTR. ON SUSTAINABLE INT'L INV. ET AL. 5 (Oct. 1, 2012), disponible à l'adresse suivante: http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/CIEL_IISD_VCC_UNCITRAL_Background_Note_Sept_2012.pdf.

¹³⁵ Règlement de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 3.1.

- Les rapports d'experts; et
- Les déclarations de témoins (à l'exclusion de leurs annexes)¹³⁶.

En vertu de l'article 3(3) des Règles de Transparence CNUDCI, la publication de documents non couverts par les articles 3(1) et 3(2) demeure soumise à la discrétion du tribunal¹³⁷.

Dans l'arbitrage *BSG v. Guinea*, les parties ont étendu le champ d'application des Règles de Transparence en s'accordant sur la publication des documents suivants : les autorités juridiques, déclarations de témoins et rapports d'experts ainsi que les annexes. Cependant, ces publications demeurent soumises aux exceptions prévues à l'article 7 (informations confidentielles ou protégées). Les observations écrites de tiers ou d'autres parties au traité ne sont pas automatiquement publiées non plus¹³⁸.

Dans l'arbitrage *Iberdrola v. Bolivia*, les parties se sont mises d'accord sur l'application sans réserve des Règles de Transparence CNUDCI¹³⁹.

Les Règles d'Arbitrage CIRDI ne traitent pas de la publication de documents durant la procédure arbitrale.

3. Audiences et Retranscriptions

Les audiences publiques permettent à des tiers d'assister à tout ou partie des exposés oraux et/ou de consulter les retranscriptions d'audiences. Assister à une audience peut s'avérer logistiquement plus complexe que de soumettre une demande écrite de publication d'informations. Les coûts de voyage et de logement peuvent en effet être conséquents.

En vertu de l'article 6(1) des Règles de Transparence CNUDCI, les audiences sont publiques¹⁴⁰. Cependant, l'article 6(2) dispose que des parties de l'audience peuvent se tenir à huis clos « [l]orsqu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles ou l'intégrité du processus arbitral »¹⁴¹. Un tribunal doit faciliter l'accès public aux audiences en vertu de l'article 6(3), mais chaque partie au litige peut s'y opposer pour des « motifs logistiques ». Le champ d'application de cette exception est soumis à la discrétion du tribunal¹⁴².

Dans l'arbitrage *BSG v. Guinea*, les parties se sont mises d'accord sur l'organisation logistique afin de faciliter l'accès public aux audiences en vertu de l'article 6(3) des Règles de Transparence. L'ordonnance de Procédure No. 2 précise que « [l]es audiences seront diffusées et rendues accessibles au public par liaison vidéo sur le site internet du CIRDI. Un enregistrement audio-vidéo des audiences sera également effectué. »¹⁴³

Cependant, des arguments logistiques furent également mis en avant afin de restreindre l'accès du public aux audiences. Le tribunal a tout d'abord restreint la présence des tiers en soumettant leur présence à son approbation expresse¹⁴⁴. Le tribunal a également retardé la retransmission de l'audience de 30 minutes afin d'en retirer les informations confidentielles ou protégées¹⁴⁵. D'autre part, le tribunal a décidé que les parties au litige pourraient à tout moment de l'audience demander qu'une

¹³⁶ *Id.*, art. 3.2.

¹³⁷ *Id.*, art. 3.3.

¹³⁸ *BSG v. Guinea*, *supra* note 129, para. 12.

¹³⁹ *Iberdrola v. Bolivia*, *supra* note 128, para. 14.1.

¹⁴⁰ Règlement de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 6.1.

¹⁴¹ *Id.*, art. 6.2.

¹⁴² *Id.*, art. 6.3.

¹⁴³ *BSG v. Guinea*, *supra* note 129, para. 14(i).

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*, Section 14 (ii).

partie de celle-ci se tiennent à huis clos, la suspension temporaire de la retransmission, et que les informations protégées soient exclues de l'enregistrement.¹⁴⁶

Les parties à l'arbitrage *Iberdrola v. Bolivia* ont été plus enclines à l'accès du public aux audiences. Comme indiqué plus haut, elles ont accepté d'appliquer les Règles de Transparence CNUDCI, sans réserve¹⁴⁷.

Comme la plupart des règles d'arbitrage, les Règles d'Arbitrage CIRDI prévoient que les audiences soient privées à moins que les parties n'en conviennent autrement¹⁴⁸. En vertu de l'article 32(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI, des tiers peuvent assister aux audiences si les parties y consentent. L'article 11 de l'ALENA ne prévoit pas expressément la tenue d'audiences ouvertes au public. Cependant, certains États parties à l'ALENA ont fait des déclarations de principe en faveur d'audiences ouvertes. C'est notamment le cas des États-Unis¹⁴⁹ et du Canada¹⁵⁰ en 2003 et du Mexique en 2004¹⁵¹.

4. Sentence Finale

Les Règles de Transparence CNUDCI et le Règlement Administratif et Financier CIRDI prévoient tous deux la publication d'une sentence arbitrale finale sous réserve de l'accord des parties et du tribunal.¹⁵²

L'article 48(4) des Règles d'Arbitrage CIRDI énonce à minima la publication d'extraits du raisonnement du tribunal¹⁵³.

L'annexe 1137.4 du Chapitre 11 de l'ALENA permet à toute partie à un arbitrage dans lequel les États-Unis ou le Canada sont impliqués de publier la sentence finale sans même l'accord de la partie adverse¹⁵⁴.

B. Quelles Actions une ONG Peut-elle Mener ?

Il existe quatre voies d'action principales pour des tiers.

Tout d'abord, un tiers peut diffuser la documentation relative à un arbitrage, assister aux audiences et consulter les retranscriptions de celles-ci en vertu des procédures décrites dans la section IV(A) ci-dessus.

Ensuite, un tiers peut mener une stratégie de lobbying. Ainsi, un tiers peut chercher à convaincre l'un des trois États membres de l'ALENA, afin de l'autoriser à soumettre des observations dans une procédure d'arbitrage initiée en vertu du Chapitre 11. Les États membres sont habilités par l'article 1128 à soumettre de telles observations pour des questions d'interprétation du traité¹⁵⁵. Les auteurs n'ont pas aujourd'hui connaissance de la soumission d'observation en ce sens. De plus, les chances de succès de telles observations sont faibles, d'autant plus que le processus est soumis à la discrétion du tribunal arbitral. Un tiers peut également chercher à persuader des parties à un arbitrage d'appliquer

¹⁴⁶ *Id.*, Section 14 (iii).

¹⁴⁷ *Iberdrola v. Bolivia*, supra note 128, para. 14.1.

¹⁴⁸ Règles d'Arbitrage CIRDI, supra note 27, art. 32(2).

¹⁴⁹ U.S.T.R., *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, (Oct. 7, 2003), disponible à l'adresse suivante: https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

¹⁵⁰ Canadian Ministry of Foreign Affairs, Trade and Development, *Statement of Canada on open hearings in NAFTA Chapter 11 Arbitrations*, (Oct. 10, 2003), disponible à l'adresse suivante: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/open-hearing.aspx?lang=en>.

¹⁵¹ COMMISSION DE LIBRE-ÉCHANGE ALENA, supra note 74.

¹⁵² Règles de Transparence CNUDCI, supra note 39, art. 3(1); ICSID Admin. & Fin. Reg., supra note 89, art. 22(2)(b).

¹⁵³ Règles d'Arbitrage CIRDI, supra note 27, art. 48(4).

¹⁵⁴ ALENA, supra note 14, annex 1137(4).

¹⁵⁵ *Id.*, art. 1128.

les Règles de Transparence CNUDCI. Les parties à l'arbitrage *BSG v. Guinea* ont conclu un accord en ce sens¹⁵⁶.

Troisièmement, un tiers peut en principe se joindre à un arbitrage en tant que partie, même si cela reste peu probable eu égard à la pratique actuelle des tribunaux. Dans l'arbitrage *UPS v. Canada*, initié en vertu de l'article 11 de l'ALENA et régi par les Règles d'Arbitrage CNUDCI, le tribunal a refusé d'accorder un tel statut à des tiers. Le tribunal a affirmé que les « *droits et obligations [des tiers] n'étaient pas concernés [...]* »¹⁵⁷ par l'arbitrage et que ces personnes ne pouvaient « *indiquer une disposition de l'Accord qui, lue dans son contexte, autoriserait le tribunal à joindre des parties* »¹⁵⁸.

Enfin, sous certaines conditions, des organisations ou individus peuvent soumettre des requêtes *amicus curiae*. L'article 4(1) des Règles de Transparence CNUDCI dispose qu'« *[a]près consultation des parties au litige, le tribunal arbitral peut autoriser une personne autre qu'une partie au litige et qu'une partie au traité non partie au litige (« un tiers ») à lui soumettre des observations écrites [...]* »¹⁵⁹ Une telle faculté existe également pour les tiers en vertu de l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI¹⁶⁰. La faculté de tiers de soumettre des requêtes *amicus curiae* est détaillée ci-dessous.

Note de Terminologie : Les Règles de Transparence CNUDCI distinguent un « *tiers* » d'une « *partie au traité non partie au litige* »¹⁶¹. Le premier n'est donc partie ni à l'arbitrage ni au traité pertinent, tandis que le second est partie au traité sur lequel est fondé l'arbitrage. Les Règles d'Arbitrage CIRDI ne font pas une telle distinction, se référant uniquement à une « *partie non contestante* », qui est « *une personne ou entité qui n'est pas partie au différend* »¹⁶². De manière identique, le Chapitre 11 de l'ALENA et les déclarations de la Commission de Libre-Echange de l'ALENA se réfèrent uniquement à une « *tierce partie* », c'est-à-dire « *une personne ou entité qui n'est pas une partie contestante* »¹⁶³.

1. Conditions de Fond pour les Observations de Tiers

Les Règles de Transparence CNUDCI et les Règles d'Arbitrage CIRDI posent trois conditions générales aux requêtes *amicus curiae*. La question posée par la requête doit s'inscrire dans le cadre du litige (i) ; les tiers soumettant une requête doivent avoir un intérêt significatif dans la procédure arbitrale (ii) ; la requête doit aider le tribunal arbitral à trancher une question de fait ou de droit (iii). Enfin, les tribunaux imposent des conditions supplémentaires, telles que la preuve de l'indépendance du tiers vis-à-vis des parties au litige (iv).

i. Question s'Inscrivant dans le Cadre du Litige

En vertu de l'article 4(4)(d) des Règles de Transparence CNUDCI, les observations « *[n]e traitent que de questions s'inscrivant dans le cadre du litige* »¹⁶⁴. De même, l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI prévoient que « *le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend [...] de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question*

¹⁵⁶ *BSG v. Guinea*, *supra* note 129.

¹⁵⁷ *UPS v. Canada*, *supra* note 78, para. 40.

¹⁵⁸ *Id.*, para. 42.

¹⁵⁹ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(1).

¹⁶⁰ Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

¹⁶¹ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 3(1).

¹⁶² Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

¹⁶³ ALENA, *supra* note 14, art. 1139; Commission de libre-échange ALENA, Statement on Non-Disputing Party Participation, (October 7, 2003), Section A(1).

¹⁶⁴ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(4)(d).

qui s'inscrit dans le cadre du différend »¹⁶⁵. La participation de tiers est ainsi permise pour des questions dans le cadre du litige.

Plusieurs tribunaux arbitraux ont adopté une interprétation extensive de l'objet litige, de manière à inclure à la fois les parties aux litiges et les tiers.

Dans l'arbitrage *Methanex v. United States*, initié en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA, le tribunal administré par le CIRDI a noté que « les questions de fond sont bien plus complexes que dans les arbitrages internationaux entre parties commerciales »¹⁶⁶. Le tribunal a justifié sa décision d'accorder une autorisation à des tiers de soumettre des observations par une interprétation souple de l'objet du litige en question : l'interdiction des additifs pour carburants par l'État de Californie.

De manière similaire dans l'arbitrage *Biwater v. Tanzania*, qui traitait de la privatisation d'un système de distribution des eaux¹⁶⁷, le tribunal administré par le CIRDI a autorisé des tiers ayant un intérêt au litige à soumettre des observations car l'arbitrage soulevait « un nombre d'enjeux importants pour la communauté Tanzanienne au sens large »¹⁶⁸.

Cependant, dans l'arbitrage *Border Timbers*, le tribunal rejeta une requête *amicus curiae* conjointe émanant de l'*European Center for Constitutional and Human Rights* (« ECCHR ») et des chefs de quatre communautés indigènes, malgré le fait que le tribunal ait reconnu que le litige pouvait potentiellement affecter les droits de ces communautés. Le tribunal a motivé sa décision en indiquant que « les Requérants [cherchaient], en réalité, à soumettre une requête concernant des questions de fait et de droit non liées aux questions tranchées par le tribunal »¹⁶⁹.

Le potentiel d'une requête *amicus curiae* à rentrer dans l'objet du litige dépend de la nature du litige et de l'interprétation plus ou moins souple de l'étendue de l'objet par le tribunal. Une approche globalisée de l'objet du litige et des problématiques que celui-ci soulève est donc nécessaire. L'Organisation Mondiale de la Santé (« OMS ») et le Secrétariat de la Convention Cadre de l'OMS Pour la Lutte Antitabac (« Secrétariat de la Convention Cadre ») ont adopté une telle approche dans l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay*, dont l'objet portait sur l'adoption du paquet neutre de cigarettes en Uruguay.

En leur qualité d'experts en « campagne de prévention de grande ampleur, en matière d'interdiction de marques trompeuses, et en matière de protection de la santé publique »¹⁷⁰, l'OMS et le Secrétariat de la Convention Cadre arguaient de leur qualification pour fournir au tribunal des informations concernant la réglementation du tabac à l'échelle mondiale. En conséquence, ils disposaient des moyens d'éclaircir les effets de cette réglementation sur les attentes légitimes du demandeur à l'espèce. L'OMS et le Secrétariat de la Convention Cadre avançaient également que leur rôle particulier au sein du cadre réglementaire en la matière leur permettait d'assister le tribunal dans son appréhension de la des dispositions de la Convention Cadre et sa relation légale au TBI entre la Suisse et l'Uruguay¹⁷¹.

¹⁶⁵ Règles d'arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

¹⁶⁶ *Methanex v. U.S.*, *supra* note 77, para. 49.

¹⁶⁷ Andrea K. Bjorklund, American Society of International Law, *ICSID Tribunal Finds Tanzania to Have Violated Bilateral Investment Treaty but Declines to Sentence Any Damages* (Dec. 31, 2008), disponible à l'adresse suivante: <http://www.asil.org/insights/volume/12/issue/27/icsid-tribunal-finds-tanzania-have-violated-bilateral-investment-treaty>.

¹⁶⁸ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Sentence, para. 358 (July 24, 2008), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>.

¹⁶⁹ *Border Timbers Limited, Timber Products International (Private) Limited, and Hangani Development Co. (Private) Limited v. Republic of Zimbabwe v. Republic of Zimbabwe*, Arbitrage CIRDI No. ARB/10/25, Ordonnance de Procédure No. 2, para. 57 (June 26, 2012), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1044.pdf> [ci-après *Border Timbers v. Zimbabwe*].

¹⁷⁰ *Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products and Abal Hermanos v. Oriental Republic of Uruguay*, Arbitrage CIRDI No. ARB/10/7, Ordonnance de Procédure No. 3, para. 7 (Feb. 17, 2015), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4161.pdf> [ci-après *Philip Morris v. Uruguay*].

¹⁷¹ *Id.*

Concluant que la contribution des deux organisations améliorerait sa capacité décisionnelle et « *contribueraient à la transparence de l'arbitrage et son acceptation par le public au sens large du terme* »¹⁷², le tribunal autorisa l'OMS et le Secrétariat à soumettre des observations écrites en vertu de l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI, et observa que « *[c]ompte tenu du caractère d'intérêt public de l'objet de la présente décision, cette Ordonnance de Procédure ne sera soumise à aucune restriction de confidentialité, et sera librement transmise aux parties tierces* »¹⁷³. De même dans l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay*, issu d'une mesure similaire concernant les paquets de tabac en Australie, le tribunal autorisa un certain degré de transparence. Cependant, il décida de maintenir la confidentialité des correspondances entre les parties, de tous documents présentés durant l'arbitrage, et notamment les auditions, mémoires et observations des parties, ainsi que les retranscriptions et procès-verbaux d'audiences¹⁷⁴.

ii. Intérêt Important dans la Procédure Arbitrale

L'article 4(3) des Règles de Transparence CNUDCI dispose que « *[p]our déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine, entre autres facteurs qu'il juge pertinents : a) [s]i le tiers à un intérêt important dans la procédure arbitrale [...]* »¹⁷⁵. Cela signifie que l'intérêt de la tierce partie au litige doit être « *légitime, significatif et capable d'être démontré de manière concluante* »¹⁷⁶.

L'article 37(2)(c) des Règles d'Arbitrage CIRDI permet aux tribunaux d'autoriser la soumission d'observations par des tiers. Cette autorisation est soumise à la condition que « *la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif* ». Afin de satisfaire cette condition, un tiers doit prouver son intérêt significatif dans un litige précis et démontrer qu'il sera directement ou indirectement affecté par la décision du tribunal. Un tiers doit donc prouver que ses droits et obligations futurs seront potentiellement affectés.

Dans l'arbitrage *Apotex v. United States*, le litige portait sur le prétendu effet préjudiciel des « *alertes à l'importation* » imposées par la FDA (agence gouvernementale américaine régissant la nourriture et les médicaments) à propos de la qualité de deux usines appartenant et exploitées par la société canadienne Apotex. Plus particulièrement, Apotex arguait que de telles alertes, qui l'empêchaient d'exporter des produits émanant de ces deux usines aux Etats-Unis, impactaient de manière significative son activité et constituaient un traitement plus favorable des investisseurs et des investissements américains dans des circonstances similaires¹⁷⁷. Deux parties tierces envoyèrent des requêtes au tribunal afin de participer à l'arbitrage.

Le premier requérant était Mr. Barry Appleton, avocat canadien, spécialisé en arbitrages d'investissement. Ce dernier cherchait à obtenir la permission de soumettre des observations en vertu de son expertise en matière d'arbitrages ALENA et de sa qualité de ressortissant d'un pays membre de l'ALENA, le rendant ainsi particulièrement apte à interpréter les effets du manquement par un

¹⁷² *Id.*, para. 28.

¹⁷³ *Id.*, para. 33.

¹⁷⁴ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Procedural Order No 5 Regarding Confidentiality, PCA Case No. 2012-12, para. 53, disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1216.pdf> [ci-après *Philip Morris v. Australia*].

¹⁷⁵ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(3)(a).

¹⁷⁶ Katia Fach Gómez, *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line favorably for the Public Interest*, 35 *FORDHAM INT'L L.J.*, 510, 558.

¹⁷⁷ *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. U.S.*, Arbitrage CIRDI No. ARB(AF)/12/1, Demande d'Arbitrage, paras. 2-3 (Feb. 29, 2012), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1228.pdf> [ci-après *Apotex v. U.S.*].

gouvernement à accorder un traitement identique aux investisseurs étrangers et nationaux, ainsi que « *l'importance pour les gouvernements de respecter leurs engagements internationaux* »¹⁷⁸.

Le second requérant était une société de consulting nommée BNM, qui souhaitait également obtenir l'autorisation de soumettre des observations. Elle affirmait, en ce sens, que son statut de société de capital-risque la rendait apte à aider le tribunal à déterminer si le capital-risque constituait un investissement au sens de l'ALENA, comme le soutenait Apotex. BNM avançait également que ses efforts visant à promouvoir « *un système plus éthique lui permettraient d'aider le tribunal à mieux comprendre le marché pharmaceutique mondial* ». Selon BNM, ces éléments prouvaient son intérêt significatif justifiant sa participation à la procédure¹⁷⁹. L'arbitrage fut initié en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA et soumis aux Règles du mécanisme supplémentaire du CIRDI.

Dans le cas de M. Appleton, le tribunal statua que « *le tiers doit prouver qu'il a plus qu'un intérêt « général » au litige* »¹⁸⁰. Par exemple, « *le tiers doit démontrer que le résultat de l'arbitrage aura un effet direct ou indirect sur les droits et principes portés et défendus par le demandeur* »¹⁸¹. La requête de M. Appleton fut rejetée en raison de son manque d'intérêt important au litige. Le tribunal estimait qu'il ne représentait pas ses propres intérêts mais « *les intérêts de ses clients professionnels* »¹⁸². La requête de BNM fut également rejetée car, bien qu'elle semblait faire preuve d'un « *intérêt général* », BNM était incapable de démontrer un intérêt significatif dans l'objet de l'arbitrage¹⁸³.

Dans l'arbitrage *Biwater v. Tanzania*, les requérants arguaient qu'ils « *s'étaient fondés sur leur connaissance générale de l'affaire et les questions juridiques qui en découlent afin de démontrer leur intérêt important. A cet égard, les questions d'intérêt public qui découlent de l'affaire sont directement liées à l'expertise et au mandat des Requérants* »¹⁸⁴. Cette affaire est présentée sous forme de cas pratique dans la section IV(B) ci-dessous.

Dans l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay*, l'OMS et le Secrétariat de la Convention Cadre ont soumis une requête *amicus curiae* en arguant que le résultat de l'arbitrage aurait « *un impact important sur la mise en œuvre de la Convention [...], car la Convention cadre et son guide concernent l'étiquetage et l'emballage du tabac et la demande [de l'investisseur] conteste l'autorité souveraine du gouvernement uruguayen à régler dans un intérêt de santé publique* ». Le tribunal décida que les deux requérants avaient un intérêt significatif dans la procédure, « *compte tenu que l'OMS est l'autorité mondiale en matière de santé publique, et que le Secrétariat de la Convention Cadre est l'autorité de référence eu égard à la Convention et sa mise en œuvre* »¹⁸⁵.

iii. Assistance Pour Trancher une Question de Fait ou de Droit

L'article 4(3)(b) des Règles de Transparence CNUDCI dispose que les tiers souhaitant soumettre des observations doivent aider le tribunal à trancher une question de fait ou de droit: « *Pour déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine, entre autres facteurs qu'il juge pertinents: [...] [d]ans quelle mesure les observations aideraient le tribunal arbitral à trancher une question de fait ou de droit liée à la procédure arbitrale en y apportant un point de vue, une connaissance particulière ou un éclairage autres que ceux des parties au litige* »¹⁸⁶.

¹⁷⁸ *Apotex v. U.S.*, Ordonnance de Procédure sur la Participation du Requérant, M. Barry Appleton, en tant que Partie Non-Contestante, paras. 10-12 (Oct. 11, 2011), disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3001.pdf>.

¹⁷⁹ *Apotex v. U.S.*, Ordonnance de Procédure sur la Participation du Requérant, BNM, en tant que Partie Non-Contestante, paras. 8-10, disponible à l'adresse suivante: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1320.pdf>.

¹⁸⁰ *Apotex v. U.S.*, supra note 178, para. 38.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*, para. 39.

¹⁸³ *Apotex v. U.S.*, supra note 179, para. 33.

¹⁸⁴ *Biwater Gauff v. Tanzania*, Demande de statut d'Amicus Curiae, paras. 12-13 (Nov. 27, 2006), disponible à l'adresse suivante: http://ita.law.uvic.ca/documents/investment_petition_arb0522.pdf.

¹⁸⁵ *Philip Morris v. Uruguay*, supra note 170, para. 25(c) (Feb. 17, 2015).

¹⁸⁶ Règle de Transparence CNUDCI, supra note 39, art. 4(3)(b).

Ce prérequis est également énoncé à l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI : « [a]fin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure : (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend [...] »¹⁸⁷.

D'autre part, la Déclaration de la Commission de Libre-Echange de l'ALENA prévoit une obligation similaire en sa Section B(6)(a)¹⁸⁸.

Dans l'arbitrage *Apotex v. United States*, le tribunal rejeta la requête de deux parties tierces car les arbitres considéraient que les requérants n'avaient pas l'expérience nécessaire pour assister le tribunal à trancher une question de fait ou de droit.

Quant à la requête de BNM, le tribunal décida que « même si la nécessité de fournir une expertise, expérience ou perspective différente de celle des parties est interprétée de manière très large, le tribunal est de la même opinion que la partie en demande, qui estime que BNM n'a pas de connaissance ou d'expertise spécifique du cadre réglementaire américain lié aux médicaments et nourritures, ni du système juridique américain, ni de l'ALENA, qui aurait pu fournir au tribunal [...] une perspective de fond différente de celle des parties au litige »¹⁸⁹.

Concernant la requête de M. Appleton, le tribunal décida que :

« [...] bien que le tribunal n'ait aucun doute sur l'expérience et les compétences de M. Appleton eu égard à l'interprétation des obligations dans les traités d'investissement et l'analyse de la réglementation étatique, le tribunal ne considère pas que les connaissances d'un praticien seul, bien que vastes, soient égales (sans même les dépasser) à celles possédées par les représentants des parties au litige dans cet arbitrage. Il est donc peu probable que M. Appleton fournisse au tribunal une perspective différente de celle des parties au litige »¹⁹⁰.

iv. Indépendance

L'article 4(2) des Règles de Transparence CNUDCI oblige les tiers requérants à fournir des informations permettant au tribunal de déterminer si ces derniers sont parfaitement indépendants des parties au litige. Un tiers souhaitant soumettre des observations doit notamment déclarer « tout lien, direct ou indirect, qu'il entretient avec une partie au litige »¹⁹¹.

Les tribunaux administrés par le CIRDI appliquent l'obligation d'indépendance de manière stricte : le tribunal de l'arbitrage *Suez/Vivendi v. Argentina* a décidé que le « tribunal n'acceptera désormais plus que des requêtes d'amicus de personnes pouvant démontrer au tribunal leur expertise, expérience et indépendance pour aider à la résolution du litige »¹⁹².

Si l'indépendance totale du requérant n'est pas démontrée, les tribunaux rejettent les demandes qui en émane. Ce principe a été illustré dans deux arbitrages liés à la nationalisation des terres par le

¹⁸⁷ Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

¹⁸⁸ Commission de libre-échange ALENA, *supra* note 74, Section B(6)(a).

¹⁸⁹ *Apotex v. U.S.*, *supra* note 179, para. 24.

¹⁹⁰ *Id.*, paras. 32-33.

¹⁹¹ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(2).

¹⁹² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v. Argentine Republic*, Arbitrage CIRDI No. ARB/03/19, Ordonnance en Réponse à une Demande de Transparence et de Participation en tant qu'Amicus Curiae, para. 24 (May 19, 2005), disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516_En&caseId=C19 [ci-après « *Suez v. Argentina* »].

gouvernement de Robert Mugabe au Zimbabwe illustrent ce principe : dans les arbitrages *Bernhard Von Pezold and Others v. Zimbabwe* et *Border Timbers Limited v. Zimbabwe* (tenus conjointement), le tribunal a en effet rejeté la requête de l'ONG ECCHR. Le tribunal soutenait que l'ONG était liée à des individus au sein du gouvernement Zimbabwéen ayant fait connaître leur soutien à la politique de nationalisation¹⁹³. Ceci « donnait lieu à des doutes légitimes concernant l'indépendance et la neutralité des tiers »¹⁹⁴. Ce raisonnement était suffisant pour motiver le rejet de la requête.

L'ECCHR considérait pour sa part que « l'application étroite des critères d'admissibilité des requêtes de parties tierces pourrait avoir de graves répercussions sur la participation de tiers dans les arbitrages CIRDI plus généralement: toutes les communautés et organisations affectées qui cherchent à affirmer leur droit dans le cadre de politiques publiques pourraient se trouver exclues du statut d'amicus curiae au titre du manque d'indépendance, même s'il n'existe aucun lien direct ou indirect entre le gouvernement et les communautés ou organisations »¹⁹⁵.

2. Conditions de Procédure Pour les Observations de Tiers.

Les observations de tiers sont soumises à deux types de conditions de procédure : les conditions de procédure pour le droit de soumettre une observation (i.) ; et les conditions de procédure pour la soumission d'observations une fois l'autorisation acquise (ii.).

i. Conditions de Procédure Pour l'Autorisation de Soumettre une Observation

L'article 4(2) du Règles de Transparence dispose qu'« [u]n 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 tout lien, direct ou indirect, qu'il a avec toute partie au litige ;*
- 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 de l'une ou l'autre des deux années précédant la requête qu'il adresse en vertu du présent article (par exemple, un financement de 20 % environ de son fonctionnement annuel global) ;*
- 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 en rapport avec l'arbitrage, dont il souhaite traiter dans ses observations »*¹⁹⁶.

La section B (2) de la Déclaration de la Commission de Libre-Echange de l'ALENA dans le cadre des arbitrages fondés sur le Chapitre 11 impose des conditions procédurales similaires¹⁹⁷.

¹⁹³ *Border Timbers v. Zimbabwe*, supra note 169, para. 56.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ European Center for Constitutional and Human Rights, Human Rights Inapplicable in International Investment Arbitration? A commentary on the non-admission of ECCHR and Indigenous Communities as Amici Curiae before the ICSID tribunal, p. 7 (July 2012), disponible sur http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-humanrights/worldbank.html?file=tl_files/Dokumente/Wirtschaft%20und%20Menschenrechte/ICSID%20tribunal%20%20Human%20Rights%20Inapplicable_A%20Commentary.pdf.

¹⁹⁶ Règles de Transparence CNUDCI, supra note 39, art. 4(2).

ii. Conditions de Procédure pour Soumettre une Observation

Une fois l'autorisation de soumettre une observation acquise, les conditions procédurales supplémentaires à respecter sont contenues dans l'article 4(4) des Règles de Transparence CNUDCI : « [l]es observations soumises par le tiers :

- a) Sont datées et signées par la personne qui les dépose au nom du tiers ;
- b) Sont concises et ne dépassent en aucun cas la longueur autorisée par le tribunal arbitral ;
- c) Contiennent un exposé précis de la position du tiers sur les questions ; et
- d) Ne traitent que de questions s'inscrivant dans le cadre du litige »¹⁹⁸.

Des critères similaires sont imposés dans la Déclaration de la Commission de Libre-Echange de l'ALENA pour les arbitrages fondés sur le Chapitre 11¹⁹⁹. Pour des raisons de praticité, l'observation est généralement jointe à la requête. Cela signifie que toutes les conditions procédurales visées ci-dessus cumulativement sont normalement remplies au sein d'un support unique.

C. Réserves : Coûts et Appréciation Discrétionnaire du Tribunal

Le Règlement de Transparence CNUDCI permet des dérogations à la transparence fondées sur l'appréciation discrétionnaire des tribunaux (1) et les coûts substantiels qu'impliquent la publication de document ou la participation à l'arbitrage de tiers (2).

1. Impact de l'Appréciation Discrétionnaire du Tribunal

Le tribunal arbitral a un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur les publications de documents et audiences(i), ainsi que les observations écrites de tiers (ii).

i. Impact de la Discrétion du Tribunal sur la Publication d'Informations

Les informations confidentielles ou protégées peuvent être retirées (a) et les audiences peuvent être interdites au public (b). De plus, des dérogations générales à la transparence demeurent disponibles pour les parties et les tribunaux (c).

a. Retrait des Informations Confidentielles ou Protégées

Le droit à l'accès à l'information prévu à l'article 3(3) des Règles de Transparence CNUDCI n'est pas absolu²⁰⁰. De plus, le public et les requérants *amicus curiae* autorisés par le tribunal ne disposent pas d'un accès aussi étendu que les parties au litige, quant à l'accès à toute la documentation afférente au litige. Tandis que l'article 3 des Règles de Transparence énumère les documents disponibles pour le public au sens large, les tiers autorisés à intervenir en tant qu'*amicus curiae* demandent souvent des documents supplémentaires. Ni l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI, ni l'article 4 des Règles de Transparence ne traitent du statut des *amicus curiae* concernant la demande de documents non publiés. Cependant, dans l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay*, le tribunal a indiqué que « l'autorisation de soumettre une observation ne confère aux tiers ni le statut de partie au litige ni l'accès à la documentation pertinente à l'arbitrage, ni l'accès aux audiences »²⁰¹.

¹⁹⁷ Commission de libre-échange ALENA, *supra* note 74.

¹⁹⁸ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(4).

¹⁹⁹ Commission de libre-échange ALENA, *supra* note 74, Section B(3).

²⁰⁰ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, arts. 3(2), 3(3).

²⁰¹ *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 173, para. 22.

L'article 3(3) des Règles de Transparence CNUDCI est soumis aux réserves de l'article 7. L'article 7(1) prévoit que « [l]es informations confidentielles ou protégées [...] ne sont pas mises à la disposition du public conformément aux articles 2 à 6 »²⁰².

Des tribunaux CIRDI ont imposés des restrictions similaires. Dans l'arbitrage *Suez v. Argentina*, les tiers requérants ont demandé l'accès à toute la documentation. Leur demande fut rejetée car « les tiers offrent leurs observations au tribunal sur des questions générales qui ne requièrent pas en elles-mêmes une connaissance parfaite de tous les détails du litige ». Le tribunal nota également :

« De plus, il est utile de préciser que le rôle d'un *amicus curiae* n'est pas de contester les arguments ou pièces apportées par les parties ; ce rôle est réservé aux parties au litige. Le rôle d'un requérant *amicus curiae* est de fournir sa perspective, son expertise et ses arguments pour assister le tribunal. Le Tribunal est de l'avis qu'en l'espèce, au vu des circonstances, les tiers peuvent parfaitement jouer ce rôle sans avoir accès à l'ensemble de la documentation »²⁰³.

Cependant, une telle décision n'exclut pas une publication automatique en vertu du droit national. Un document considéré confidentiel par un tribunal arbitral peut potentiellement être obtenu par injonction d'une cour nationale. Le CAFTA prévoit précisément que « rien dans cette Section [le Chapitre d'Investissement] n'oblige une partie en réponse à restreindre la publication d'information dictée par ses lois nationales »²⁰⁴.

b. Audiences *In Camera*

Le droit d'assister aux audiences énoncé par l'article 6(1) des Règles de Transparence CNUDCI n'est pas absolu²⁰⁵. Les audiences peuvent être tenues *in camera*²⁰⁶. Ces audiences à huis clos sont moins coûteuses car elles impliquent moins de frais logistiques relatifs, par exemple au son, à la vidéo, au détecteurs de métaux et autres mesures de sécurité. Des parties aux moyens limités peuvent donc préférer des audiences à huis clos afin de minimiser les coûts. Le principe général est cependant celui d'audiences ouvertes, et les exceptions à ce principe sont interprétées de manière restrictive.

L'article 6(2) des Règles de Transparence CNUDCI est soumis aux dérogations de l'article 7 (informations confidentielles ou protégées) et en conséquence à la discrétion des arbitres. Certaines parties de l'audience doivent être tenues à huis clos si le tribunal en décide ainsi. De plus, les parties au litige peuvent s'opposer à l'ouverture des audiences pour des « raisons logistiques » en vertu de l'article 6(3) des Règles de Transparence CNUDCI²⁰⁷.

De même, l'article 32(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI dispose que les audiences ouvertes sont sujettes à l'accord des parties et aux impératifs logistiques. En outre, l'article prévoit que « [l]e Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées »²⁰⁸.

c. Autres Exceptions à la Transparence

²⁰² Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 7(1).

²⁰³ *Suez v. Argentina*, Ordonnance en Réponse à une Demande par cinq ONG de Soumettre des Observations en tant qu'Amicus Curiae, para. 25 (Feb. 12, 2007), disponible à l'adresse suivante: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_En&caseId=C19.

²⁰⁴ ALEAC, *supra* note 15, art. 10.21(5).

²⁰⁵ *Id.*, art. 6(1).

²⁰⁶ United States Courts, Glossary of Legal Terms, *in camera*, disponible sur <http://www.uscourts.gov/glossary>.

²⁰⁷ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 6(3).

²⁰⁸ Règles d'arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 32(2).

Les articles 7(5), 7(6) et 7(7) des Règles de Transparence CNUDCI prévoient des dérogations supplémentaires à la transparence, notamment pour des motifs de sécurité ou pour préserver l'intégrité de la procédure arbitrale²⁰⁹. En général, ces exceptions sont également prévues dans d'autres règlements d'arbitrage, même ceux qui ne traitent pas directement des *amicus curiae* tels que les Règles d'Arbitrage CNUDCI.

ii. Impact de l'Appréciation Discrétion du Tribunal sur les Observations de Tiers

Préalablement à l'autorisation accordée à des tiers pour soumettre des observations, le tribunal exerce sa discrétion en déterminant (a) si les conditions de procédure sont satisfaites et (b) s'il faut appliquer d'autres exceptions.

a. Contrôle Discrétionnaire de l'Autorisation de Soumettre une Observation

L'article 4(3) des Règles de Transparence CNUDCI permet aux tribunaux d'exercer leur discrétion pour déterminer l'éligibilité de tiers et la contribution potentielle de leurs observations²¹⁰. L'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI donne des pouvoirs similaires à un tribunal en indiquant qu'il « *peut permettre* » de telles observations²¹¹. Le tribunal dans l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay* a confirmé cette approche en notant qu'« *en vertu des dispositions de la Règle 37(2), le tribunal a discrétion pour déterminer s'il faut autoriser la soumission d'observations écrites d'un tiers* »²¹².

b. Autres Exceptions aux Observations de Tiers

L'article 4(5) des Règles de Transparence CNUDCI charge les tribunaux de s'assurer qu'une observation écrite « *ne perturbe pas ou n'alourdit pas indûment la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige* »²¹³.

De même, l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI dispose qu'une observation émise par un tiers « *ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice* »²¹⁴.

La pratique des tribunaux CIRDI reflète ce principe. Dans l'arbitrage *Apotex v. United States*, les arbitres ont décidé qu'« *en vue de la décision du tribunal ci-dessus, autoriser BNM à soumettre une observation serait matériellement perturbant et imposerait une charge excessive aux parties dans cet arbitrage, notamment en raison du fait que la requête de BNM ne traite pas des faits et arguments pertinents à cet arbitrage* »²¹⁵.

2. Coûts

La publication d'informations (i) et l'intervention de tiers, peuvent générer des coûts importants (ii).

i. Coûts de la Publication d'Informations

Une requête de documents implique un certain nombre de coûts. Les articles 3(3) et 3(5) des Règles de Transparence CNUDCI détaillent les frais administratifs à la charge des requérants, tels que

²⁰⁹ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 7(5); 7(6); 7(7).

²¹⁰ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(3).

²¹¹ Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

²¹² *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 173, para. 22.

²¹³ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 4(5).

²¹⁴ Règles d'Arbitrage CIRDI, *supra* note 27, art. 37(2).

²¹⁵ *Apotex v. U.S.*, *supra* note 179, para. 37.

les coûts d'impression et d'envoi²¹⁶. Cependant, la transmission de documents au dépositaire n'est pas à la charge des requérants²¹⁷. Le dépositaire est donc le meilleur point de départ pour une recherche documentaire. Les coûts de publications liés aux articles 3(1) et 3(2) des Règles de Transparence CNUDCI ne sont pas non plus à la charge des requérants.

Dans l'hypothèse où les audiences ne seraient pas retransmises par vidéo, assister aux audiences, conformément à l'article 6(3) des Règles de Transparence CNUDCI²¹⁸, peut générer des frais de déplacement et de représentation. Si les retranscriptions d'audiences sont disponibles, la présence physique n'est pas nécessaire et les coûts sont donc limités.

ii. Coûts des Observations de Tiers

Les observations de tiers impliquent des coûts importants, notamment des frais de traduction, de conseil juridique et de rédaction. De plus, un tiers soumettant une observation peut se voir opposer tous les coûts afférents à cette intervention (par exemple, les coûts liés au commentaire de l'observation d'un tiers). Le tribunal de l'arbitrage *Philip Morris v. Uruguay* a indiqué qu'il « se réserve le droit d'émettre en temps voulu une ordonnance pour le remboursement des frais vérifiables pris en charge par les parties et générés par l'intervention d'un tiers si une des parties en fait la demande »²¹⁹. Le Règlement CNUDCI ne traite pas de ces frais, laissant les arbitres exercer leur discrétion à cet égard.

D. Participation de Tiers dans une Procédure d'Arbitrage CIRDI : Etude de Cas

1. Chronologie de l'Arbitrage CIRDI *Biwater Gauff Limited v. United Republic of Tanzania*

Le 2 août 2005, *Biwater Gauff Ltd.* (« **BGT** »), une société privée de gestion des eaux, a initié un arbitrage devant le CIRDI suite à un différend contractuel avec la République de Tanzanie (« **Tanzanie** »). Le litige concernait des accords conclus entre la société BGT et la Tanzanie, portant sur le fonctionnement et la gestion du système de traitement des eaux de Dar es Salaam par l'intermédiaire d'une filiale locale de BGT, *City Water Services Limited*. Suite à des problèmes d'exploitation et de gestion du système de traitement des eaux rencontrés par la société BGT, la Tanzanie résilia le contrat et pris possession des installations de la société *City Water Services*. La Tanzanie reprit ensuite la gestion du système après avoir licencié et extradé les cadres de la société. La société BGT initia un arbitrage CIRDI en vertu du TBI conclu entre le Royaume-Uni et la Tanzanie, arguant que cette dernière avait violé le TBI²²⁰.

Le 27 novembre 2006, cinq ONG déposèrent une « [d]emande pour le statut d'*Amicus Curiae* », en vertu de l'article 37(2) des Règles d'Arbitrage CIRDI. Trois des cinq ONG impliquées étaient des organisations locales, à savoir l'Équipe d'Action des Avocats pour l'Environnement (« **EAAE** »), le Centre des droits de l'Homme et des droits juridiques (« **LHRC** ») et le Programme de Réseau des Genres de la Tanzanie (« **TGNP** »). Les deux autres ONG étaient des organisations internationales, CIEL et l'Institut International du Développement Durable (« **IIDD** »)²²¹.

Le 2 février 2007, le tribunal autorisa les ONG à soumettre des observations écrites en qualité d'*amicus curiae*, en vertu de l'article 37(2) des Règles d'arbitrage CIRDI²²². Cependant, le tribunal

²¹⁶ Règles de Transparence CNUDCI, *supra* note 39, art. 3(5).

²¹⁷ *Id.*

²¹⁸ *Id.*, art. 6(3).

²¹⁹ *Philip Morris v. Uruguay*, *supra* note 173, para. 32.

²²⁰ *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 168, paras. 16-17.

²²¹ *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 184, p. 3-7.

²²² *Biwater Gauff v. Tanzania*, Ordonnance de procédure n°. 5, para. 60 (Feb. 2, 2007), disponible à l'adresse suivante: http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf.

rejeta leurs demandes d'accès à certains documents spécifiques de la procédure d'arbitrage et d'assister aux audiences²²³.

Le 24 juillet 2008, le tribunal rendit une sentence arbitrale selon laquelle la Tanzanie avait violé les termes du TBI Royaume-Uni-Tanzanie.

2. La Requête Initiale

Les ONG demandèrent l'autorisation d'intervenir en qualité d'*amicus curiae*, d'accéder aux documents clés de la procédure d'arbitrage, d'assister à toutes les audiences et de répondre aux questions spécifiques du tribunal portant sur les observations écrites²²⁴. Les ONG justifiaient la recevabilité de leur demande sur la base de l'article 37 (2) des Règles d'Arbitrage CIRDI²²⁵.

Les requérants avancèrent que l'arbitrage soulevait « *un certain nombre de questions d'intérêt vital pour la communauté locale en Tanzanie, et un large éventail de problèmes pour les pays en développement [...] qui ont privatisé, ou envisagent une éventuelle privatisation des services de gestions des eaux ou d'autres infrastructure* »²²⁶. Les requérants firent également valoir que l'arbitrage avait un impact important sur la capacité de la population à jouir de ses droits fondamentaux²²⁷.

Eu égard aux conditions posées par l'article 37(2)(a), les requérants avancèrent que leur « *point de vue, en tant qu'ONG disposant d'une expertise spécifique en matière de droits de l'homme, de questions de bonne gouvernance environnementale en Tanzanie, ainsi que leur compréhension des multiples interactions entre le droit international des investissements et le développement durable, serait différent des intérêts, de l'expertise et du points de vue des deux parties* »²²⁸.

Les requérants avancèrent également que l'arbitrage portait sur des « *questions d'intérêt public évident* », et avait « *un lien direct et indirect avec les missions et les activités des requérants à une échelle locale, nationale et internationale* »²²⁹. Par ailleurs, les ONG firent valoir que leur « *intérêt [...] dans l'ensemble de ces préoccupations d'ordre public est, sans aucun doute, connu de longue date, authentique, et soutenu par leur expertise reconnue en la matière* »²³⁰.

Enfin, les requérants avancèrent que la pratique de l'*amicus curiae* se développe progressivement dans les arbitrages d'investissement et qu'aucun cas d'abus n'avait été signalé à ce jour²³¹. Ils soulignèrent également « *l'importance de l'accès du public à ces arbitrages dans une optique de crédibilité du processus arbitral aux yeux du public* », et relevèrent que « *la perception publique [de l'arbitrage d'investissement] peut être celle d'un processus se déroulant en privé, ce qui va à l'encontre des principes démocratique* »²³².

3. L'Ordonnance du Tribunal

i. Demande de Soumettre une Observation Écrite

Le tribunal a décidé que « *compte tenu des informations fournies dans la Demande, la nature et l'expertise de chaque Requérant* », ces derniers pouvaient présenter leurs observations écrites. Selon le tribunal, une telle décision est un élément important de l'exécution de son mandat permettant de

²²³ *Id.*, paras. 68, 71.

²²⁴ *Biwater Gauff v. Tanzania*, *supra* note 184, p. 2.

²²⁵ *Id.*

²²⁶ *Id.*, p. 7.

²²⁷ *Id.*, p. 8.

²²⁸ *Id.*, p. 12.

²²⁹ *Id.*, p. 9.

²³⁰ *Id.*, p. 9.

²³¹ *Id.*, p. 13.

²³² *Id.*, p. 14.

garantir la confiance du public dans le processus arbitral²³³. Plus particulièrement, le tribunal a noté que « *les observations des requérants avaient le potentiel d'assister le tribunal en fournissant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au litige* »²³⁴. Enfin, le tribunal a décidé que les observations des requérants portaient sur des questions s'inscrivant dans le cadre du litige et que chacun des requérants avait un « *intérêt significatif* » dans la procédure arbitrale²³⁵.

Le tribunal autorisa ainsi les observations écrites de tiers, en vertu de l'article 37 (2) des Règles d'Arbitrage CIRDI, reconnaissant le lien entre développement durable et droits de l'homme ainsi que l'impact des investissements internationaux sur la société civile en Tanzanie et au-delà.

i. Demande d'Accès aux Documents Clés

Le tribunal a noté que les requérants ne disposaient pas de la même qualité que les parties au litige et qu'ils ne l'assisteraient à trancher une question de fait ou de droit. S'agissant en outre d'un « *litige public et largement médiatisé* »²³⁶ portant sur des questions d'intérêt public²³⁷, le tribunal a conclu que ces interventions n'exigeaient pas la divulgation des documents afférents à l'arbitrage²³⁸. En conséquence, la demande d'accès aux documents clés fut rejetée²³⁹.

i. Demande d'Assister aux Audiences

Face à l'objection du demandeur à la présence des requérants à l'audience, le tribunal statua qu'il n'avait pas « le pouvoir d'autoriser la présence ou la participation des requérants à l'audience, et doit donc rejeter la demande soulevée à cet égard ». ²⁴⁰

4. La Sentence Finale

Le tribunal décida que « *[l]es Requérants ont fourni des informations et des points de vue pertinents au mandat du tribunal arbitral* ». ²⁴¹ Le tribunal récapitula plusieurs arguments clés présentés par l'*amici* sur la responsabilité des investisseurs, y compris sur des sujets tels que « *le devoir d'appliquer des normes commerciales appropriées au processus d'investissement* », « le principe de *pacta sunt servanda* » et « *le devoir d'agir de bonne foi avant et pendant la période d'investissement* ». ²⁴² Les observations ainsi présentées par les *amici* furent jugées « *utiles* » par le tribunal : ²⁴³ « *leurs observations ont éclairé l'analyse des prétentions avancées par les parties [...], et, lorsque cela s'est avéré pertinent, les arguments avancés par les Amici furent retenus [par le tribunal]* ». ²⁴⁴

²³³ *Biwater Gauff v. Tanzania*, supra note 222, para. 50.

²³⁴ *Id.*

²³⁵ *Id.*

²³⁶ *Id.*, para. 65.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Id.*

²³⁹ *Id.*, para. 68.

²⁴⁰ *Id.*, para. 71.

²⁴¹ *Biwater Gauff v. Tanzania*, supra note 184, para 370.

²⁴² *Id.*, para. 374.

²⁴³ *Id.*, para. 392.

²⁴⁴ *Id.*

Annexe 1 – Sources documentaires

Plusieurs institutions et organisations internationales jouent le rôle de dépositaire de sentences arbitrales et d'autres documents afférents aux procédures arbitrales. De tels documents peuvent également être mis à disposition du public par des ONG ou autres groupes privés. Les principales sources documentaires gratuites liées à l'arbitrage d'investissement sont répertoriées ci-dessous.

i. Organisations Internationales

Le **dépositaire de la CNUDCI** est la plateforme la plus récente et la plus ambitieuse concernant la collecte de documents publiés en vertu des Règles de Transparence CNUDCI. Cependant, les documents afférents à seulement sept arbitrages étaient disponibles sur la plateforme en avril 2016.

Le dépositaire est présenté en détails aux articles 2, 3 et 8 du Règlement de Transparence CNUDCI.

<http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>

La CNUCED fournit une base de données des accords internationaux d'investissement ainsi qu'une liste des arbitrages répertoriés. La division Investissement et Entreprise de la Conférence publique régulièrement des rapports sur les développements récents en arbitrage d'investissement.

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>

ii. Institutions Arbitrales

Le **CIRDI** est la principale source institutionnelle de documents afférents aux arbitrages d'investissement.

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

La **CPA** joue le rôle de dépositaire pour les arbitrages administrés par ses soins. Elle peut également jouer le rôle de dépositaire si les deux parties à un arbitrage non-CPA s'y accordent.

<http://www.pcacases.com/web/allcases/>

iii. Organisations Non Gouvernementales ou Privées

Italaw est une base de données privée sur les arbitrages d'investissement qui publie des documents tels que des sentences arbitrales. La plateforme propose un certain nombre de filtres qui facilitent l'identification d'arbitrages pertinents.

<http://www.italaw.com/browse>

Naftaclaims est une plateforme privée qui répertorie un certain nombre de documents liés aux arbitrages ALENA.

<http://www.naftaclaims.com/index.html>

International Arbitration Case Law est une ONG fondée par plusieurs institutions académiques qui vise à disséminer des sentences arbitrales, notamment en arbitrage d'investissement. Le site internet offre des documents disponibles en cinq langues : anglais, espagnol, français, portugais et chinois.

<http://www.internationalarbitrationcaselaw.com/home>

iv. Sources d'information

Le **Global Arbitration Review** est un journal en ligne traitant de l'arbitrage international. Il ne publie pas de documents mais propose des articles et rapports pertinents.

<http://globalarbitrationreview.com/about/>

Investment Arbitration Reporter est une source journalistique sérieuse couvrant tous types d'arbitrages d'investissement.

<http://www.iareporter.com/>

Kluwer Arbitration Blog est un blog de qualité qui traite de l'arbitrage commercial et d'investissement.

<http://kluwarbitrationblog.com/>