



Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international 2005/01

Transparence
et participation de tierces
parties aux procédures
de règlement des différends
entre investisseurs et états

OCDE

<https://dx.doi.org/10.1787/613762812565>



**TRANSPARENCE ET PARTICIPATION DE TIERCES PARTIES AUX
PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE
INVESTISSEURS ET ÉTATS**

DÉCLARATION DU COMITÉ DE L'INVESTISSEMENT DE L'OCDE

Juin 2005

Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, sous réserve des sauvegardes nécessaires pour la protection d'informations confidentielles de nature gouvernementale ou des données sensibles des entreprises, est souhaitable afin d'accroître la bonne marche et l'acceptation par l'opinion publique de l'arbitrage international relatif aux investissements ainsi que de contribuer au développement continu d'une jurisprudence publique. Les membres du Comité de l'investissement partagent en général l'opinion que, dans la mesure où l'instance soulève des questions importantes d'intérêt public, il pourrait être souhaitable de permettre la participation de tiers, sous réserve toutefois de lignes directrices claires et précises.



DOCUMENTS DE TRAVAIL SUR L'INVESTISSEMENT INTERNATIONAL
Numéro 2005/1

TRANSPARENCE ET PARTICIPATION DE TIERCES PARTIES AUX PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

Avril 2005

Le présent document, mis en diffusion générale sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE, a été élaboré pour contribuer aux travaux du Comité de l'investissement visant à favoriser une meilleure compréhension des notions de transparence et de participation de tierce parties aux procédures de règlement des différends.

Il a été tenu compte, dans sa rédaction, des délibérations du Comité et des divers points de vue exprimés. Revêtant la forme d'une enquête factuelle, le document ne reflète pas nécessairement l'opinion de l'OCDE ou de ses gouvernements Membres. Il ne peut être interprété comme préjugant les négociations en cours ou à venir ou les différends portant sur des accords internationaux relatifs à l'investissement

Il a été élaboré par Catherine Yannaca-Small, analyste juridique, Division de l'investissement, Direction des affaires financières et des entreprises.

TRANSPARENCE ET PARTICIPATION DE TIERCES PARTIES AUX PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ENTRE INVESTISSEURS ET ÉTATS

Introduction

1. Le système de règlement des différends relatifs aux investissements a emprunté ses principaux éléments à celui de l'arbitrage commercial. Il est toutefois fréquent que les différends qui opposent des investisseurs et des États soulèvent des questions d'intérêt général habituellement absentes des différends commerciaux internationaux. C'est pourquoi les modalités classiques de l'examen de la conformité au droit international des mesures prises par les pouvoirs publics, qui se déroule dans un cadre privé, selon une procédure à huis clos confidentielle, sont de plus en plus étudiées et critiquées.

2. Le présent document est une synthèse des questions relatives à la transparence des procédures de règlement des différends entre investisseurs et États et à la participation de tierces parties à ces procédures. La Section I examine comment les règles en vigueur s'appliquent à ces questions. La Section II décrit les mesures adoptées par les tribunaux arbitraux et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) pour améliorer la transparence du système au niveau gouvernemental. La Section III examine les avantages perçus d'une plus grande transparence et les difficultés qu'elle pose. La dernière section fournit un résumé du document.

I. Les règles d'arbitrage en vigueur prévoient une transparence limitée

3. L'arbitrage international peut présenter l'avantage d'un processus de décision impartial et compétent. L'arbitrage commercial classique d'un différend entre deux sociétés privées, par exemple, se déroule parfois sans que l'existence même du différend fasse l'objet d'une diffusion publique. Selon les règles en vigueur dans ce domaine, les audiences sont considérées comme des affaires entièrement privées et la décision de publier la sentence appartient souvent à l'une des parties, ou aux deux. Dans certains cas, la sentence, lorsqu'elle est publiée, est modifiée de manière à ne pas révéler l'identité des parties¹. La politique de confidentialité sert à accélérer les arbitrages et à protéger la confidentialité de l'information et la réputation. Il n'existe pas de mécanisme garantissant que le public sera éventuellement informé de l'introduction d'un recours, des positions des parties ou des décisions des tribunaux et de leurs motivations précises. Le fait que les arbitres (habituellement au nombre de trois) tranchent un différend commercial à huis clos ne heurte pas les principes fondamentaux de la justice². Qu'ils puissent, toujours à huis clos, décider si les mesures prises par un gouvernement – qui sont susceptibles de soulever de délicates questions concernant la politique

1. Voir Jack J. Coe, Jr. SYMPOSIUM: INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: « *Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in its Tenth year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues and Methods* » 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1381, octobre 2003.

2. Nigel Blackaby « *Public Interest and Investment Treaty Arbitration* », *Investment Treaties and Arbitration*, Association suisse de l'arbitrage, conférence tenue à Zurich le 25 janvier 2002.

gouvernementale³ – sont compatibles avec un traité relatif aux investissements pourrait être plus difficile à justifier. Les règles d'arbitrage en vigueur prévoient des degrés variables de transparence.

Enregistrement des différends

4. Dans les traités bilatéraux en matière d'investissement (TBI) et la Charte de l'énergie, par exemple, qui ne demandent pas aux investisseurs de déclarer publiquement leur intention d'engager un arbitrage, la diffusion publique dépend des règles d'arbitrage choisies par les parties, ou, dans le silence de ces dernières, de la volonté des parties de procéder à cette diffusion publique.

5. Le Secrétariat du CIRDI⁴ a pour politique de tenir un registre (accessible sur son site web) de toutes les demandes d'arbitrage présentées au Centre. Le registre comprend le nom des parties au différend, la date de l'enregistrement et une brève description du différend.

6. Lorsque le choix des parties se porte sur une autre institution (la CCI ou la SCC), il n'y a pas de prescriptions en ce qui a trait à l'enregistrement. Comme les différends relatifs aux investissements ne représentent qu'une partie des différends commerciaux soumis, il est en outre difficile d'avoir une idée précise de leur existence, de leur nombre et de leur teneur générale.

7. L'arbitrage *ad hoc* (non institutionnel) peut, pour sa part, intervenir n'importe où sans qu'il soit nécessaire de procéder à un enregistrement. Les arbitrages *ad hoc* sont le plus souvent régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁵. Un nombre croissant d'affaires soumises à un arbitrage en vertu du Règlement de la CNUDCI bénéficie du soutien administratif du Secrétariat du CIRDI.

Accès aux procédures et présentation de communications par des tierces parties

8. La confidentialité peut également s'appliquer aux procédures d'arbitrage. Les articles 1128 et 1129 de l'ALENA autorisent l'accès de tierces parties (limitées toutefois aux deux autres États membres de l'ALENA) aux documents et communications portant sur des questions d'interprétation. Ces communications sont régulièrement publiées sur Internet. Les procédures ne sont pas ouvertes aux tierces parties du secteur privé sauf si les parties au différend acceptent la participation d'*amici curiae*, ou amis de la cour. Toutefois, de nouvelles évolutions se font jour à cet égard et certains accords d'investissement ainsi que certains tribunaux arbitraux autorisent les tierces parties intéressées à participer aux procédures et à présenter des communications écrites sur l'affaire (voir la Section II.)

3. Dans le cadre de l'ALENA, par exemple : dans l'affaire *SD Myers*, le Canada a dû verser des dommages-intérêts pour avoir bloqué des exportations de déchets dangereux vers les États-Unis ; dans l'affaire *Metalclad*, le Mexique a refusé d'autoriser la construction d'une usine de traitement de déchets toxiques en prenant un décret visant à protéger l'environnement dans la région en cause ; la société canadienne *Methanex* conteste la décision de la Californie d'interdire l'ajout dans l'essence d'un additif, le méthanol.

4. Voir worldbank.org/icsid. Les deux tiers des affaires soumises au CIRDI depuis 1966 l'ont été au cours des cinq dernières années. Depuis 1994, quatorze affaires relevant de l'ALENA ont été soumises au CIRDI et six ont été introduites dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

5. La CNUDCI possède un secrétariat qui n'est toutefois pas doté d'un mandat pour enregistrer les affaires ou conserver des données sur le recours à son règlement d'arbitrage par des investisseurs.

Accès aux sentences

9. De manière générale, rien n'oblige à publier les sentences et celles-ci demeurent la plupart du temps confidentielles, sauf si les parties aux différends acceptent de les divulguer. L'annexe 1137.4 de l'ALENA autorise toutefois la publication des sentences. Elle stipule que lorsque le Canada et les États-Unis sont parties au différend, l'un ou l'autre pays, de même que l'investisseur partie au différend, peuvent publier la sentence. Lorsque le Mexique est partie à un différend, la publication d'une sentence se fait aux termes des règles d'arbitrage applicables.

10. Selon la Convention du CIRDI⁶, le Centre ne publie aucune sentence sans le consentement des deux parties. Le Secrétariat du CIRDI encourage les parties aux différends à divulguer les sentences en les publiant sur le web et dans sa revue *Foreign Investment Law Journal*. Statistiquement, dans environ la moitié des affaires, le CIRDI est autorisé par les parties à publier la sentence. Cependant, lorsqu'une partie n'autorise pas la publication de la sentence par le CIRDI, l'autre partie fait généralement en sorte qu'elle soit publiée par d'autres sources comme *International Legal Materials*, le *Journal du droit international* ou les rapports du CIRDI. Lorsque le Centre n'obtient pas des deux parties l'autorisation nécessaire pour publier le texte intégral de la sentence et qu'il n'est pas publié par une autre source, il publie (sur son site web et dans sa revue, *Foreign Investment Law Journal*) des extraits des règles juridiques contenues dans la sentence, conformément à l'article 48(4) du Règlement d'arbitrage du CIRDI. En bref, toutes les sentences arbitrales du CIRDI, du moins les principales règles juridiques appliquées par les tribunaux, sont publiées.

11. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI⁷ stipule qu'une sentence ne peut être publiée qu'« avec le consentement des deux parties » et les mêmes exigences en matière de confidentialité s'appliquent en vertu des autres règles institutionnelles.

12. Aujourd'hui, plusieurs institutions d'arbitrage ainsi que des éditeurs indépendants publient régulièrement les sentences prononcées par les tribunaux arbitraux. Ainsi, la CCI publie, dans son bulletin périodique régulier⁸, des extraits de sentences expurgées (les noms des parties et certains détails les concernant sont toujours omis.) Les sentences arbitrales sont publiées régulièrement, sauf lorsque les parties s'y opposent.

II. Mesures visant à instaurer un système plus transparent

13. Le principe de publicité des audiences des procédures judiciaires est inscrit dans le droit interne des pays. L'approche confidentielle des arbitrages relatifs aux investissements, impliquant très souvent la non-publication des sentences, alors même que ces arbitrages soulèvent des questions d'intérêt général a amené le public et certains groupes à faire pression pour être autorisés à avoir accès aux sentences arbitrales définitives mais aussi aux procédures comparables à celles auxquelles ils auraient accès dans leur pays. Certains États – en particulier dans le cadre de l'ALENA – ont pris des mesures dans ce sens, témoignant de leur engagement en faveur de l'ouverture et de la transparence des procédures de règlement des différends. Dans certains cas, la législation interne relative à la liberté de l'information a fait naître des tendances nouvelles, notamment l'abaissement des niveaux de confidentialité dans les processus existants. Alors que la pratique des tribunaux connaît également une évolution, le CIRDI, en tant que principal organisme institutionnel administrant les différends relatifs

6. Article 48(5) de la Convention du CIRDI.

7. Article 32 (5) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

8. Les bulletins sont disponibles sur le site web de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI : <http://www.iccbooks.com/TopBannerSites/bulletin.asp>

aux investissements, a fourni des réflexions sur les améliorations qui pourraient être apportées en matière de publication des sentences et d'accès de tierces parties aux procédures.

Interprétations et déclarations des États

14. En 2001, la Commission du libre-échange de l'ALENA⁹ a publié une note d'interprétation dans laquelle elle précise qu'« aucune disposition de l'ALENA » n'impose aux parties, dans le cadre d'un arbitrage relevant du chapitre 11 de l'ALENA, un devoir général de confidentialité les empêchant de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, « sauf exceptions précises et limitées énoncées expressément dans ces règles ». En outre, chaque pays membre de l'ALENA a accepté de mettre à la disposition du public « en temps voulu »¹⁰ tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sauf l'information commerciale de nature confidentielle ne pouvant être divulguée aux termes des règles d'arbitrage pertinentes et de la loi d'une partie. La note d'interprétation ne paraît toutefois pas interdire aux tribunaux d'ordonner que la plupart des documents restent confidentiels en vertu des règles d'arbitrage pertinentes et n'autorise pas l'accès du public aux audiences d'arbitrage au titre du chapitre 11 de l'ALENA, même si des audiences ont été ouvertes au public dans des affaires relatives à l'ALENA (voir ci-dessous.)

15. En octobre 2003, la Commission du libre-échange de l'ALENA a publié une deuxième déclaration dans laquelle elle confirme qu'aucune disposition de l'ALENA n'empêche un tribunal, s'il le juge approprié, d'accepter les communications présentées par une tierce partie. La Déclaration recommande des procédures qui doivent être suivies par les parties qui souhaitent présenter une communication.

16. Dans la Déclaration conjointe publiée le 16 juillet 2004, la Commission du libre-échange de l'ALENA a mentionné en particulier les progrès réalisés grâce aux initiatives en faveur de la transparence que les parties avaient annoncées dans leur déclaration d'octobre 2003. Elle a également constaté avec satisfaction le fait que le Mexique se soit joint aux États-Unis et au Canada pour soutenir la publicité des audiences des différends entre investisseurs et États. (Les trois documents sont joints à l'Annexe 1.)

Accords internationaux

Projet d'accord multilatéral sur l'investissement (AMI)

17. Déjà dans les années 1990, le projet d'accord multilatéral sur l'investissement ne contenait aucune disposition limitant la publication des sentences et stipulait au contraire que les sentences devaient être librement accessibles. Il contient toutefois des mesures spécifiques destinées à protéger toute information commerciale confidentielle (voir Annexe 2.)

Nouvelle génération d'accords sur les investissements : accords de libre-échange et nouveau modèle de traité bilatéral en matière d'investissement

18. Les efforts répétés déployés pour instaurer un système d'arbitrage en matière d'investissements plus transparent apparaissent dans les dispositions des accords de libre-échange les

9. Commission du libre-échange de l'ALENA, Notes d'interprétation de certaines dispositions du chapitre 11, 31 juillet 2001, sur le site suivant : <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-Interpr-en.asp>. Voir aussi *NAFTA Free Trade Commission, Clarifications Related to NAFTA Chapter 11*, 31 juillet 2001, sur le site suivant : <http://www.ustr.gov/regions/whemisphere/nafta-chapter11.PDF>.

10. *Idem.*

plus récents conclus par les États-Unis, le dernier modèle de traité bilatéral d'investissement des États-Unis et le Programme de négociations des Accords de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) du Canada.

19. À l'instar de l'article 1128 de l'ALENA, les accords de libre-échange intervenus récemment entre les États-Unis et le Chili¹¹, Singapour¹², l'Amérique centrale (ALECA)¹³ et le Maroc¹⁴ prévoient que les États signataires qui ne sont pas parties aux différends peuvent présenter des communications orales ou écrites au tribunal sur des questions d'interprétation. Le tribunal peut également accepter et prendre en compte les communications écrites présentées en tant qu'*amicus curiae* par une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend. En ce qui a trait à la transparence des procédures d'arbitrage, les principaux documents¹⁵ concernant les procédures de règlement des différends doivent être librement accessibles et les audiences doivent se tenir publiquement. Des dispositions prévoient toutefois la protection des informations sensibles. (Ces dispositions sont reproduites à l'Annexe 3.)

20. Les mêmes dispositions sont présentes dans la dernière version du modèle de traité bilatéral en matière d'investissement des États-Unis (articles 28 et 29).

21. Le nouvel APIE du Canada contient des dispositions similaires. Cet accord favorise la transparence en précisant que « tous les documents soumis ou émis par le tribunal, incluant la transcription des audiences, seront rendus publics, sauf s'il s'agit (...) d'informations confidentielles ». Il prévoit également que toutes les audiences d'arbitrage seront publiques et rend systématique la possibilité d'accepter les communications écrites de tierces parties. Les dispositions de cet accord sont compatibles avec les règlements d'arbitrage du CIRDI et de la CNUDCI, qui exigent le consentement des deux parties ; les États qui y sont parties ont subordonné leur consentement à l'exercice de la transparence et en conséquence, l'investisseur ou la partie à un différend accepte les dispositions relatives à la transparence dès lors qu'il engage une procédure en vertu de l'accord. (Les dispositions énoncées dans les modèles d'accord des États-Unis et du Canada sont reproduites à l'Annexe 4.)

11. Accord de libre-échange États-Unis-Chili signé le 6 juin 2003, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

12. Accord de libre-échange États-Unis-Singapour signé le 6 mai 2003, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004.

13. Accord de libre-échange États-Unis-Amérique centrale (ALECA), signé le 28 janvier 2004. Les pays d'Amérique centrale sont le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua.

14. Accord de libre-échange États-Unis-Maroc, signé le 15 juin 2004.

15. Ces documents comprennent :

- (a) la notification de l'intention de soumettre un différend à l'arbitrage ;
- (b) la demande d'arbitrage ;
- (c) les plaidoiries, mémoires et exposés soumis au tribunal par une partie au différend et toutes les communications écrites ;
- (d) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles ;
- (e) les ordonnances, sentences et décisions rendues par le tribunal.

Tribunaux arbitraux

Publication de documents

Affaire Loewen

22. Dans la première poursuite intentée contre les États-Unis pour violation du chapitre 11 de l’ALENA (*affaire Loewen*)¹⁶, le tribunal arbitral devait examiner si les États-Unis étaient tenus en application de leur droit interne de publier des documents se rapportant aux procédures arbitrales. De fait, la loi sur la liberté de l’information (*Freedom of Information Act (FOIA)*)¹⁷ des États-Unis dispose que toute personne a le droit d’accéder aux dossiers d’un organisme fédéral, sauf dans certains cas précis. Ce droit est opposable en justice. Dans l’affaire Loewen, le tribunal, après examen de la demande de diffusion de documents présentée par les États-Unis, a jugé que le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI ne comportait pas de règle implicite en matière de confidentialité et que les arbitrages de différends relatifs à l’ALENA n’étaient soumis à aucune obligation générale de confidentialité¹⁸. Le tribunal a en outre noté, dans sa réponse à la demande de clarification formulée par le groupe Loewen, qu’aucune de ses décisions n’entendait avoir une incidence sur une obligation juridique de divulgation à laquelle une partie pourrait être assujettie¹⁹. À la suite de cette décision, les États-Unis, conformément au FOIA, ont progressivement publié les documents se rapportant à cette affaire.

Communications d’amici curiae et audiences publiques

23. Dans deux poursuites relatives à des infractions à l’ALENA, le tribunal a conclu en principe qu’il était habilité à accepter que des mémoires d’amici curiae. Ces poursuites avaient été engagées par les sociétés *Methanex* et *UPS*. La tenue d’audiences publiques a également été autorisée dans ces deux affaires de même que dans une autre affaire plus récente, *Canfor c. les États-Unis d’Amérique*.

16. *Groupe Loewen, Inc. et Raymond Loewen c. États-Unis d’Amérique*, CIRDI, affaire n° ARB(AF)/98/3 (sentence) (26 juin 2003). Le Groupe Loewen, Inc. est une société canadienne engagée dans l’industrie des pompes funèbres. M. Raymond L. Loewen, à l’époque président-directeur général, avait déposé ès qualité et au nom de Loewen Group International, Inc., la filiale américaine du Groupe Loewen, Inc. (appelés collectivement le Groupe Loewen) une requête sur le Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI. Le Groupe Loewen demandait des dommages-intérêts au titre de préjudices subis dans le cadre d’une procédure lancée devant un tribunal de l’État du Mississippi en 1995-1996. Il y avait eu selon lui des infractions à trois dispositions de l’ALENA concernant la non-discrimination (article 1102), la norme minimale de traitement (article 1105), et l’interdiction d’expropriation sans indemnisation (article 1110). Le Groupe Loewen demandait des dommages-intérêts de plus de 600 millions de dollars. Le 26 juin 2003, le tribunal a rejeté toutes les demandes formées contre les États-Unis.

17. Jusqu’à présent, quelque 50 pays, notamment des pays en développement, ont adopté des lois équivalentes au FOIA et dans un nombre encore plus grand de pays, une loi de ce type est à l’étape de projet ou devant le Parlement ; voir le site www.freedominfo.org. Margrete Stevens, « *The Right to Information and Investor-State Disputes: the Development of a New Procedural Framework in NAFTA Chapter 11 Arbitrations* », exposé présenté à l’occasion de la conférence intitulée « International Economic Disputes-A Wider Perspective », St John’s College-Cambridge, du 1^{er} au 3 avril 2004.

18. *Idem*.

19. *Idem*.

Affaire Methanex

24. La deuxième poursuite contre les États-Unis pour infraction à l'ALENA a été introduite par un investisseur canadien, *Methanex*²⁰. Dans cette affaire, les parties se sont mises d'accord pour que l'une ou l'autre d'entre elles puisse divulguer les ordonnances, les plaidoiries et les sentences. Quelques mois plus tard, le tribunal a rendu, relativement à la participation du public, une décision qui pourrait faire jurisprudence à l'avenir sur les arbitrages menés par la CNUDCI, sinon sur l'ensemble des arbitrages de différends opposant des investisseurs et des États²¹.

25. La question de la participation du public a d'abord été soulevée en août 2000 dans une pétition demandant que soit accordé le statut d'*amicus curiae*²² à l'Institut international du développement durable (IIDD)²³. En septembre de la même année, Earthjustice²⁴, une ONG juridique américaine, présentait également une communication écrite au nom d'autres groupes de pression californiens œuvrant en faveur de l'environnement. Les deux ONG demandaient :

- i) l'autorisation de présenter des communications écrites sur l'affaire en instance ;
- ii) une ordonnance visant la tenue d'audiences publiques ;
- iii) une ordonnance de divulgation à l'IIDD de tous les documents nécessaires à la rédaction des communications ;
- iv) une ordonnance autorisant un *amicus curiae* à présenter des arguments oraux.

26. Le tribunal a accueilli favorablement les trois premières demandes mais non la quatrième.

27. Le tribunal a notamment expliqué qu'il avait autorisé la présentation de communications par un *amicus curiae* en notant l'importante distinction qu'il y a à faire entre les questions substantielles

20. Cette affaire concerne une demande de plus d'un milliard USD engagée contre les États-Unis par Methanex. Cette société est le principal fabricant canadien de méthanol, un composant clé utilisé dans la fabrication du MTBE, un additif pour essence. La société Methanex a engagé une procédure d'arbitrage international après que l'État de Californie eut, en mars 1999, pris une ordonnance visant l'interdiction du MTBE à la fin de 2002 au motif que cet additif contaminait les ressources d'eau potable et posait par conséquent un risque important pour la santé et la sécurité humaines, de même que pour l'environnement. Methanex estime que ce sont plutôt l'inefficacité de la réglementation et la non application de la législation interne relative à l'environnement, notamment de la loi sur l'eau (*U.S. Clean Water Act*), qui expliquent la présence de MTBE dans l'eau potable de la Californie. Selon elle, l'interdiction prévue équivaut à une expropriation de ses investissements, en violation de l'article 1110 de l'ALENA, et contrevient aux dispositions des articles sur le traitement national (article 1102) et la norme minimale de traitement conforme au droit international (article 1105).

21. *Methanex Corporation c. United States of America*, Décision du tribunal relative aux pétitions demandant d'autoriser l'intervention de tierces parties en tant qu'« *amici curiae* », le 15 janvier 2001. Les pétitions et tous les documents se rapportant à l'affaire sont disponibles sur le site suivant : <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>.

22. Howard Mann dresse un historique des communications d'*amici curiae* dans « *Opening the Doors, at least a little: Comment on the Amicus decision in Methanex c. United States* », RECIEL 10 (2, 2002): 241-245.

23. L'IISD est une ONG canadienne (www.iisd.org/investment).

24. Voir le site de Earthjustice à l'adresse suivante : <http://www.earthjustice.org>.

en jeu dans cet arbitrage en comparaison de celles qui se posent dans un arbitrage international classique. Il a statué qu'en l'occurrence, le type de problématiques en jeu:

« ...dépasse largement celles que soulève l'arbitrage transnational habituel des différends commerciaux...l'intérêt public découle ici de l'objet même qui est traité, comme l'ont bien souligné les auteurs des Demandes »²⁵.

28. Dans le même temps, le Canada et les États-Unis ont reconnu dans leurs communications que le caractère privé des poursuites pour infraction au chapitre 11 de l'ALENA portait atteinte à la crédibilité même du processus auprès du public.

29. Le 30 janvier 2004, le tribunal saisi de l'affaire *Methanex* publiait un communiqué de presse dans lequel il annonçait sa décision de permettre à des ONG ou à d'autres tierces parties intéressées à demander l'autorisation de présenter des communications. En mars 2004, l'IIDD et l'organisation Earthjustice ont soumis des mémoires au tribunal. Des audiences publiques, retransmises en direct, se sont tenues au siège de la Banque mondiale du 7 au 17 juin 2004.

Affaire de la société United Parcel Services (UPS)

30. Dans l'affaire *United Parcel Services of America c. Canada*²⁶, le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes du Canada²⁷ et le Conseil des Canadiens²⁸ ont soutenu qu'ils étaient directement intéressés par l'objet de la plainte et, sur un plan plus large, par les incidences du différend sur la politique gouvernementale²⁹. Ils ont en outre exprimé le souhait qu'il soit remédié au manque de transparence qui avait de longue date caractérisé les procédures d'arbitrage international en se fondant sur l'article 15(1)³⁰ du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, qui permet au tribunal arbitral de mener l'arbitrage de la manière qu'il juge appropriée. Ils ont demandé au tribunal³¹ :

25. Décision du tribunal, par. 49, *op. cit.* no 23.

26. Voir la décision du tribunal relativement aux interventions et à la participation de tierces parties en qualité d'*amici curiae* (17 octobre 2001) : <http://www.state.gov/documents/organization/6033.pdf>.

27. Le Syndicat canadien des travailleurs et travailleuses des postes représente environ 46 000 salariés en fonction et 40 000 retraités de Postes Canada.

28. Le Conseil des Canadiens est une organisation non gouvernementale fondée en 1985 qui compte plus de 100 000 membres. Il exerce son influence auprès des parlementaires, mène des recherches et organise des initiatives à l'échelle nationale relativement à l'avenir des programmes sociaux du Canada, à la protection de la santé et de l'environnement et au fonctionnement des institutions publiques.

29. La société UPS estime que Postes Canada, qui détient selon elle un monopole sur la livraison de courrier, se livre à des pratiques anticoncurrentielles en utilisant de manière déloyale son infrastructure de monopole pour réduire les coûts de prestation de ses services de livraison de courrier et de colis (services de livraison rapide Xpresspost et de messageries prioritaires) qui ne sont pas sous monopole. UPS allègue que le Canada a contrevenu à ses obligations aux termes de l'ALENA (1) d'exercer une surveillance sur un « monopole d'État » et une « entreprise d'État » (articles 1502(3)(a) et 1503(2)); (2) d'accorder un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde dans des circonstances similaires à ses propres investisseurs (article 1102); et (3) d'accorder un traitement conforme au droit international (article 1105). UPS demande l'octroi de 160 millions USD de dommages intérêts.

30. L'article 15(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI stipule :

- i) de les autoriser à participer en tant que parties à toutes les procédures relatives à l'affaire ;
- ii) en cas de refus, de leur accorder le droit d'intervenir dans les procédures en tant qu'*amici curiae* conformément aux principes d'équité, d'égalité et de justice fondamentale ;
- iii) d'autoriser la divulgation des principaux documents³² se rapportant à la procédure ;
- iv) de les autoriser à présenter des communications concernant le lieu de l'arbitrage ;
- v) de les autoriser à présenter des communications concernant la compétence du tribunal et la pertinence, du point de vue de l'arbitrage, des questions que l'investisseur qui a porté plainte a soulevées, une fois que celles-ci seront entièrement connues ; et
- vi) de les autoriser à modifier leur demande lorsque des détails supplémentaires seront portés à leur connaissance.

31. Le Canada et les États-Unis ont appuyé dans leurs communications respectives le fait que le tribunal soit autorisé à accepter des communications écrites de tierces parties en qualité d'*amici curiae*, mais non le Mexique³³.

32. Le tribunal a estimé que l'article 15(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI l'habilitait à recevoir des communications de tierces parties pour le seconder dans le cadre de la procédure d'arbitrage et qu'il était en l'occurrence habilité à accepter les communications écrites soumises par les auteurs de la pétition. Dans sa décision, il a également rappelé « l'importance accordée à la plus grande transparence pour des procédures de ce type. Ces procédures ne sont pas aujourd'hui, si tant qu'elles ne l'aient jamais été, sur un pied d'égalité avec le déroulement habituel d'un arbitrage international de différends commerciaux opposant des parties privées³⁴ ».

33. Les deux parties ont également convenu de rendre librement accessibles, sous réserve de la protection de l'information confidentielle, « les plaidoiries et communications de toute partie au différend ou de tout membre de l'ALENA ainsi que leurs annexes et pièces jointes, notamment la notification d'intention de recourir à un arbitrage, la demande d'arbitrage, la déclaration de plainte modifiée, la déclaration de la défense, les mémoires, les déclarations sous serment, les réponses aux questions du tribunal, les transcriptions des audiences publiques, la correspondance adressée au tribunal ou par ce dernier et toutes les sentences, y compris les ordonnances procédurales, les décisions et les sentences préliminaires et définitives ».

« Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées de manière égale et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens ».

31. *Op. cit.* n° 29 paragraphe 1.

32. Divulgation de la déclaration du demandeur et du défendeur, mémoires, contre-mémoires, notes préliminaires aux audiences, déclarations des témoins et rapports des experts, y compris les annexes et les pièces jointes à ces documents et toutes demandes ou requêtes présentées au tribunal.

33. *Op. cit.* n° 29, paragraphes 8, 9 et 10.

34. *Op. cit.* n° 29, paragraphe 70.

34. Les parties au différend ont également accepté la tenue d'audiences publiques sous réserve de la protection des informations confidentielles. Des audiences publiques retransmises en direct se sont tenues au siège de la Banque mondiale du 29 au 31 juillet 2002³⁵.

Canfor c. États-Unis d'Amérique

35. Dans l'affaire *Canfor c. États-Unis d'Amérique*,³⁶ le tribunal arbitral a autorisé, avec le consentement des parties au différend, la tenue d'audiences publiques. Des audiences publiques retransmises en direct ont été organisées au siège de la Banque mondiale du 7 au 9 décembre 2004.

Proposition du Secrétariat du CIRDI

36. En 2004, le Secrétariat du CIRDI a soumis des projets d'amélioration éventuelle du système d'arbitrage du CIRDI, notamment en ce qui concerne la transparence et la participation de tierces parties³⁷. En mars 2005, après réception des observations exprimées par différents groupes intéressés, des amendements à ces projets ont été présentés.

37. Comme on l'a vu, les principales règles juridiques contenues dans toutes les sentences arbitrales du CIRDI sont maintenant publiées. Il importe cependant que la publication intervienne rapidement lorsque de nombreuses affaires concernant des questions similaires sont à l'étude. Il s'écoule plusieurs mois avant que le CIRDI ne soit autorisé par les parties à publier une sentence. Le CIRDI peut publier des extraits des principales règles contenues dans les sentences en attendant d'en publier le texte intégral. Le Secrétariat du CIRDI propose d'amender l'article 48(4) du Règlement d'arbitrage et la disposition correspondante de l'article 53(3) du Règlement du Mécanisme supplémentaire de manière à ce que le CIRDI soit tenu de publier rapidement les extraits des dispositifs juridiques des sentences.

38. Dans les deux affaires mentionnées précédemment soumises au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁸, les tribunaux ont confirmé qu'ils avaient un pouvoir étendu d'accepter et de prendre en compte les communications de tierces parties, mais aucun précédent comparable n'a été relevé dans le cadre des arbitrages menés en vertu du Règlement d'arbitrage et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI. Le Secrétariat du CIRDI propose de modifier l'article 37 du Règlement

35. Communiqué de presse du CIRDI : <http://www.worldbank.org/icsid/ups.htm>.

36. Canfor, une société canadienne de produits forestiers, a déposé une demande d'arbitrage concernant la décision d'imposer des mesures compensatoires, au titre de préjudices importants, sur les importations de bois d'œuvre résineux. En mars 2002, le *Department of Commerce* a publié des décisions définitives visant l'imposition de droits antidumping et de mesures compensatoires sur les importations de bois d'œuvre résineux. En mai 2002, la *U.S. International Trade Commission* a publié une décision définitive selon laquelle les importations de bois d'œuvre résineux en provenance du Canada risquaient de causer des préjudices importants au secteur américain du bois d'œuvre résineux. À la suite de ces décisions, une filiale de Canfor doit payer des droits plus élevés sur ses importations de bois d'œuvre résineux aux États-Unis. Dans sa demande d'arbitrage, Canfor allègue que les États-Unis, ont enfreint les dispositions du chapitre 11 de l'ALENA concernant le traitement national (art. 1102) ou le traitement de la nation la plus favorisée (art. 1103), le traitement conforme au droit international (art. 1105), et l'interdiction d'expropriation d'un investissement sans indemnisation (art. 1110). La société demande le prononcé de plus de 250 millions de dollars de dommages-intérêts.

37. « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration: ICSID Secretariat Discussion Paper » 22 octobre 2004. Ce texte est reproduit intégralement dans le document DAF/INV/RD(2004)1 et est disponible sur le site suivant : www.worldbank.org/icsid/improve-arb.htm.

38. Voir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI : www.uncitral.org.

d'arbitrage et l'article 41 du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI relatifs à la preuve et de conférer aux tribunaux le pouvoir d'accepter et de prendre en compte les communications de tierces parties, après avoir consulté les deux parties au différend lorsque cela était possible. Ces amendements pourraient établir les conditions qui seraient posées à l'acceptation des communications – par exemple, la démonstration par la tierce partie du fait que sa communication apporte des informations ou des éclaircissements particuliers ou traite un aspect entrant dans le cadre du différend, et que cette partie démontre un intérêt substantiel à intervenir dans la procédure.

39. Aux termes du Règlement d'arbitrage et du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI, le tribunal peut, « avec le consentement des parties³⁹ », autoriser d'autres personnes à assister aux audiences. Dans deux affaires administrées par le CIRDI selon le Règlement de la CNUDCI, les parties ont accepté que les audiences soient ouvertes au public. Le Secrétariat du CIRDI propose que l'article 32(2) du Règlement d'arbitrage et l'article 39(2) du Règlement du Mécanisme supplémentaire du CIRDI soient modifiés de manière à ce que le consentement des deux parties ne soit plus obligatoire pour décider d'autoriser d'autres catégories de personnes à assister aux audiences ou même d'ouvrir les audiences au public. Selon le projet présenté par le CIRDI, le tribunal, après avoir consulté dans la mesure du possible le Secrétaire général et les parties au différend, pourrait autoriser des tierces parties à participer aux audiences ou à y assister en qualité d'observateurs en établissant des procédures destinées à assurer la protection des informations confidentielles et en édictant les mesures pratiques nécessaires.

III. Avantages perçus d'une plus grande transparence et difficultés qu'elle pose

40. La présente section examine l'opportunité d'une plus grande transparence et la nécessité d'examiner attentivement les modalités selon lesquelles elle pourrait s'appliquer, à partir des résultats des consultations menées auprès des parties prenantes de l'OCDE, du CIRDI et d'autres instances.

Publication des sentences

41. Les sentences arbitrales rendues en matière de différends relatifs aux investissements sont susceptibles d'avoir une incidence significative sur le comportement futur d'un État, le budget national et le bien-être des habitants. En conséquence, l'intérêt manifesté par le public pour les différends relatifs aux investissements est compréhensible. Le renforcement de la transparence peut contribuer à améliorer l'effectivité et l'acceptation du système d'arbitrage des différends relatifs aux investissements.

42. Un nombre croissant de sentences arbitrales est appelé à influencer les affaires à venir et cet argument a été invoqué pour justifier la publication systématique et rapide des sentences. Cela, estime-t-on, contribuerait à améliorer l'égalité entre les parties étant donné qu'actuellement, certaines parties et leurs représentants ne bénéficient pas des mêmes connaissances ni du même accès sur les décisions les plus récentes qui n'ont pas encore été publiées. La publication des sentences arbitrales contribuerait au développement d'une jurisprudence grâce à laquelle investisseurs et États d'accueil saisiraient mieux comment les accords d'investissement sont interprétés et appliqués et, au bout du compte, favoriserait l'apparition d'un système plus prévisible et cohérent. En prenant connaissance d'une sentence, les États seraient également libres d'évaluer si la sentence soulève des questions méritant d'être prises en compte lors de leurs futures négociations.

39. CIRDI, Règlement d'arbitrage, article 32(2), et Règlement du Mécanisme supplémentaire, article 39(2).

43. De même, il est entendu que dans tous les cas, les sentences seraient publiées avec le souci de protéger les informations commerciales et gouvernementales confidentielles. Les milieux d'affaires ont exprimé le souhait que soit clairement précisées qu'elles seraient les différentes phases des procédures arbitrales qui seraient soumises aux exigences de transparence accrue d'un système CIRDI réformé. D'aucuns estiment également qu'il faudrait demander aux parties si elles consentent à la publication de la sentence à la fin des procédures orales et non après que la sentence soit prononcée. Cela impliquerait toutefois que les parties soient disposées à consentir à la publication de la sentence avant d'en connaître la teneur.

44. La question s'est posée de savoir si, en plus des éventuelles modifications aux Règlements du CIRDI, et afin de favoriser une transparence renforcée, il serait également nécessaire d'apporter des ajouts ou des modifications aux traités bilatéraux d'investissement du plus grand nombre de pays possible. Pour certains, une pratique cohérente, défendable au cas par cas, est préférable à l'adoption de nouvelles règles sur cette question. Il a également été proposé que les parties aux traités privilégient une approche commune plutôt que des dispositions dispersées, ce qui garantirait que les sentences arbitrales puissent être publiées en vertu d'autres règlements d'arbitrage applicables, par exemple ceux de la CNUDCI, de la CCI ou de la SCC, ou de règlements *ad hoc*. Certains estiment enfin que lorsque les règlements institutionnels, par exemple ceux de la CCI, demandent la confidentialité, ces règlements devraient primer.

Participation de tierces parties

45. Le fait d'autoriser des tierces parties à présenter des communications ou à participer aux procédures demande une approche plus mesurée. Bien qu'en principe il y ait du mérite à autoriser des parties intéressées à présenter des communications ainsi que la tenue d'audiences publiques, une opinion largement répandue est qu'il serait préférable que la participation de tierces parties obéisse à des règles et des principes directeurs spécifiques et soit soumise à une surveillance attentive en veillant à :

- Établir un seuil déterminant l'intérêt fondamental et légitime des tierces parties et faire en sorte qu'elles démontrent qu'elles sont elles-mêmes responsables, professionnelles et transparentes et divulguent l'origine des fonds qui leur permettent de mener leurs activités.
- S'assurer qu'elles sont indépendantes et ne sont pas appuyées par l'une ou l'autre des parties au différend⁴⁰.
- S'assurer que les conditions posées à leur participation ne leur permettent pas de dicter le résultat de la procédure ou d'en modifier les règles pendant son déroulement.
- Éviter de donner à des organisations non gouvernementales un statut plus élevé qu'aux États non parties au différend ; leur permettre de présenter des mémoires en qualité d'amis de la cour mais non d'appeler des témoins ni de modifier les plaintes ou d'influencer le processus de manière indépendante.
- Enfin, la transparence des procédures pourrait être améliorée si les audiences se tenaient, du moins en partie, dans le pays ou la région où le problème a été soulevé.

⁴⁰

Dans une affaire récente soumise à l'OMC, le Tribunal de l'OMC a refusé d'examiner un mémoire d'*amicus curiae* qui divulguait des informations que l'OMC avait ordonné de conserver confidentielles. Le Tribunal a estimé que ce comportement n'était pas celui d'un « ami de la cour ».

46. Il existe un lien important entre la participation de tierces parties et l'accès à tous les documents d'un litige, incluant la notification d'intention de recourir à un arbitrage, la demande d'arbitrage, les mémoires et conclusions, si les communications de tierces parties sont soumises à la démonstration d'un intérêt substantiel à intervenir et à l'obligation de traiter les sujets s'inscrivant dans le cadre du litige. A l'heure actuelle, plusieurs pays⁴¹ autorisent l'accès à de tels documents, sous réserve de mesures de protection des informations confidentielles. Comme il a été vu précédemment, les 3 affaires ALENA (*Methanex, UPS et Canfor*) sont des exemples d'accès liés à des communications d'*amici curiae* et/ou à des demandes d'audiences publiques. Pour ce qui est des accords internationaux d'investissement qui ne prévoient pas d'accès aux documents ou d'audiences publiques, les tribunaux vont continuer à répondre à ces demandes d'accès aux documents ou de publicité des audiences d'une manière *ad hoc*, en respectant la volonté des parties.

IV. Synthèse

47. L'arbitrage des différends relatifs aux investissements et, en particulier, des différends qui opposent des investisseurs et des États, a emprunté ses principaux éléments à l'arbitrage commercial. La question s'est posée de savoir si la confidentialité, à toutes les étapes de l'arbitrage, depuis l'enregistrement du différend jusqu'à la publication des sentences, est adaptée aux questions d'intérêt général abordées dans le cadre de l'arbitrage de différends relatifs aux investissements.

48. Les groupes de défense des intérêts du public ont plaidé en faveur d'une plus grande transparence des procédures arbitrales et de la participation de tierces parties à ces procédures afin de mieux faire accepter les décisions arbitrales et d'en améliorer la crédibilité. Un petit nombre d'États ayant pris des engagements en matière d'ouverture et de transparence – souvent prescrits par leur législation relative à la liberté de l'information – se sont employés à publier les procédures et les sentences arbitrales et ont commencé à insérer des dispositions à cet effet dans leurs nouveaux modèles d'accords d'investissement. Le CIRDI envisage de modifier ses règlements afin de prendre en compte ces nouvelles évolutions. Enfin, une avancée décisive a récemment été réalisée avec les décisions de trois tribunaux d'autoriser des parties intéressées à présenter des communications, de même que la tenue d'audiences publiques.

49. Même si certains États appuient la publication des sentences arbitrales sous réserve de certaines garanties nécessaires destinées à protéger les informations commerciales et gouvernementales confidentielles, la participation de tierces parties aux procédures suscite une réaction plus mitigée. Pour de nombreux Membres, la participation de tierces parties, que ce soit sous forme de communications d'*amici curiae* ou dans le cadre d'audiences publiques, doit être soumise à une surveillance attentive et doit obéir à des règles et des principes directeurs spécifiques.

41. Ces pays incluent: les membres de l'ALENA, sur la base de l'interprétation de 2001 de la Commission de Libre-échange ; le Canada et les États-Unis sur la base de leur modèle de Traité Bilatéral d'Investissement ; et le Chili, Singapour, l'Amérique centrale, la République dominicaine et le Maroc sur la base de leurs Accords de libre-échange avec les États-Unis.

ANNEXE 1. NOTES D'INTERPRÉTATION ET DÉCLARATIONS DE LA COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA

1. Accès aux documents (31 juillet 2001)

Après avoir examiné le déroulement des poursuites intentées aux termes du chapitre onze de l'Accord de libre-échange nord-américain, la Commission du libre-échange adopte par la présente les interprétations suivantes destinées à éclaircir et à réaffirmer la signification de certaines dispositions de l'Accord :

A. *Accès aux documents*

1. Aucune disposition de l'ALENA n'impose aux parties contestantes dans le cadre d'un arbitrage relevant du chapitre onze, un devoir général de confidentialité et, sous réserve de l'application de l'article 1137(4), aucune disposition de l'ALENA n'empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier.
2. En application de ce qui précède :
 - a. Conformément à l'article 1120(2), les Parties à l'ALENA conviennent qu'aucune des règles d'arbitrage pertinentes n'impose un devoir général de confidentialité ou empêche les Parties de rendre publics des documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sauf exceptions précises et limitées énoncées expressément dans ces règles.
 - b. Les Parties conviennent de rendre publics en temps voulu tous les documents soumis au tribunal ou produits par ce dernier, sous réserve de supprimer :
 - i. l'information commerciale de nature confidentielle ;
 - ii. l'information privilégiée ou ne pouvant être divulguée aux termes de la loi nationale d'une Partie ;
 - iii. l'information qu'une Partie ne peut divulguer aux termes des règles d'arbitrage pertinentes, telles qu'elles sont appliquées.
 - c. Les Parties réaffirment que, dans le cadre de procédures arbitrales, les parties contestantes peuvent, divulguer à des tierces personnes les documents non édités qu'elles jugent nécessaires à la préparation de leur défense, mais elles s'assureront que ces tierces personnes protègent l'information de nature confidentielle dans ces documents.
 - d. Les Parties réaffirment en outre que les gouvernements du Canada, des États-Unis du Mexique et des États-Unis d'Amérique peuvent communiquer à des fonctionnaires fédéraux, des États, ou des provinces, respectivement, tout document pertinent, y compris ceux qui contiennent des informations confidentielles, dans le cadre du règlement des différends du chapitre onze de l'ALENA.

3. Les Parties confirment que rien dans la présente interprétation n'aura pour objet d'exiger d'une Partie qu'elle fournisse des informations qu'elle peut s'abstenir de divulguer conformément aux articles 2102 ou 2105, ou d'exiger qu'elle en permette l'accès.

2. Déclaration de la Commission du libre-échange sur la participation d'une tierce partie (octobre 2003)

A. Participation d'une tierce partie

1. Aucune disposition de l'Accord de libre-échange nord-américain (« ALENA ») n'empêche un tribunal, s'il le juge approprié, d'accepter les mémoires écrits présentés par une personne ou une entité qui n'est pas une partie contestante (« tierce partie »).

2. Rien dans la présente déclaration de la Commission du libre-échange (« Commission ») ne porte atteinte aux droits conférés aux Parties de l'ALENA en vertu de l'article 1128 de l'ALENA.

3. Etant donné que tout mémoire écrit présenté par une tierce partie dans le cadre de procédures d'arbitrage engagées aux termes de la section B du chapitre 11 de l'ALENA peut avoir un effet sur le fonctionnement de tout le système, et pour assurer l'équité et le bon déroulement des procédures d'arbitrage prévues au chapitre 11, la Commission recommande que les tribunaux institués en vertu du chapitre 11 adoptent les procédures suivantes en ce qui a trait aux mémoires en question.

B. Procédures

1. Toute tierce partie qui est un ressortissant d'une Partie, ou qui a une importante présence sur le territoire d'une Partie, et qui souhaite présenter un mémoire écrit au tribunal (« requérant ») demandera au préalable au tribunal l'autorisation de le faire. Le requérant joindra le mémoire à la demande.

2. La demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie devra :

(a) être présentée sous forme écrite, datée et signée par la personne qui la soumet, et comprendre l'adresse du requérant et d'autres informations permettant de le contacter ;

(b) compter au plus 5 pages dactylographiées ;

(c) contenir une description du requérant, y compris, s'il y a lieu, une description de ses membres et de son statut juridique (par exemple, entreprise ou association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), de ses objectifs généraux, de la nature de ses activités et de toute organisation mère (y compris toute organisation qui contrôle directement ou indirectement le requérant) ;

(d) contenir une déclaration indiquant si le requérant a des liens, directs ou indirects, avec toute partie contestante ;

(e) divulguer l'identité de tout gouvernement, de toute personne ou de toute organisation qui a apporté une aide financière ou autre dans la préparation du mémoire ;

(f) préciser la nature de l'intérêt que le requérant porte à la procédure ;

- (g) indiquer les questions de fait ou de droit précises visées par la procédure que le requérant a abordées dans son mémoire écrit ;
 - (h) expliquer, par rapport aux facteurs énoncés au paragraphe 6, les raisons pour lesquelles le tribunal devrait accepter le mémoire ;
 - (i) être rédigée dans une des langues de l'arbitrage.
3. Le mémoire présenté par une tierce partie devra :
- (a) être daté et signé par la personne le présentant ;
 - (b) être concis et compter au plus 20 pages dactylographiées, y compris toute annexe ;
 - (c) renfermer un énoncé précis exposant la position du requérant sur les questions ;
 - (d) traiter uniquement des questions liées à l'objet du différend.
4. La demande d'autorisation de présenter un mémoire soumise par une tierce partie ainsi que le mémoire seront remis à toutes les parties contestantes et au tribunal.
5. Le tribunal fixera une date jusqu'à laquelle toutes les parties contestantes pourront formuler des observations sur la demande d'autorisation de présenter un mémoire écrit soumise par une tierce partie.
6. Pour déterminer s'il autorise une tierce partie à présenter un mémoire, le tribunal évaluera, entre autres, dans quelle mesure :
- (a) le mémoire de la tierce partie aidera le tribunal à se prononcer sur des questions de fait ou de droit rattachées à l'arbitrage en offrant une perspective, des connaissances ou des idées particulières qui sont différentes de celles des parties contestantes ;
 - (b) le mémoire de la tierce partie aborde des questions liées à l'objet du différend ;
 - (c) l'arbitrage présente un intérêt substantiel pour la tierce partie ;
 - (d) la question soumise à l'arbitrage est d'intérêt général.
7. Le tribunal veillera à ce que :
- (a) aucun mémoire présenté par une tierce partie ne vienne perturber la procédure ;
 - (b) aucun mémoire présenté par une tierce partie n'impose inutilement une charge ou ne cause injustement un préjudice à l'une ou l'autre des parties contestantes.
8. Le tribunal décidera s'il convient d'autoriser une tierce partie à présenter un mémoire. S'il autorise la présentation d'un mémoire par une tierce partie, le tribunal fixera une date appropriée jusqu'à laquelle les parties contestantes pourront répondre par écrit au mémoire présenté par une tierce partie. A cette date, une tierce Partie de l'ALENA pourra, conformément à l'article 1128, aborder toute question d'interprétation de l'Accord traitée dans le mémoire écrit.

9. L'autorisation de présenter un mémoire accordée à une tierce partie n'oblige pas le tribunal à traiter du mémoire à un point quelconque de la procédure. Cette autorisation ne confère pas non plus le droit à la tierce partie de présenter d'autres mémoires dans l'arbitrage.
10. L'accès aux documents par les tierces parties ayant présenté une demande dans le cadre de ces procédures sera régi par la Note de la Commission du 31 juillet 2001.

3. Déclaration conjointe de la Commission du libre-échange de l'ALENA – Une décennie de réussites (San Antonio, 16 juillet 2004)

« ...Nous sommes heureux que les initiatives en faveur de la transparence dont nous avons convenu à notre réunion d'octobre 2003 aient déjà commencé à améliorer le fonctionnement du mécanisme de règlement des différends opposant un investisseur et un État prévu dans le chapitre sur l'investissement. Au début de l'année, pour la première fois, un tribunal a accepté les mémoires écrits de tierces parties et a adopté les procédures que nous avons recommandées à cet égard à l'issue de notre réunion du 7 octobre 2003 à Montréal.

Nous sommes heureux que le Mexique se soit joint au Canada et aux États-Unis pour appuyer la tenue d'audiences publiques consacrées aux différends entre investisseurs et États. En outre, nous avons convenu que le même degré d'ouverture devrait être appliqué aux procédures entamées en vertu des dispositions sur le règlement des différends du Chapitre 20 de l'ALENA. Nous avons demandé à nos représentants d'élaborer des règles qui régiraient les audiences publiques dans le cadre de ces procédures (...) ».

**ANNEXE 2. ACCORD MULTILATÉRAL SUR L'INVESTISSEMENT :
TEXTE CONSOLIDÉ⁴²**

PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS OPPOSANT UN INVESTISSEUR ET UN ÉTAT

Article 16. Sentence finale

- d. La sentence est rédigée en conformité avec le paragraphe 17 et est **accessible au public**. Un exemplaire de la sentence est communiqué au Groupe des parties par le Secrétaire général du CIRDI lorsqu'il s'agit d'une sentence rendue dans le cadre de la convention du CIRDI ou du mécanisme supplémentaire du CIRDI, par le Secrétaire général de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI lorsqu'il s'agit d'une sentence rendue en vertu des règles d'arbitrage de la CCI et par le tribunal lorsqu'il s'agit d'une sentence rendue dans le cadre des règles de la CNUDCI.

Article 17. Informations confidentielles ou exclusives

Les parties et autres participants à une procédure protègent toute information confidentielle ou exclusive qui pourrait être divulguée à l'occasion d'une procédure et qui est qualifiée telle par la partie fournissant l'information. Ils ne divulguent pas ces informations sans l'autorisation écrite de la partie qui les a fournies.

⁴² Voir <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.

**ANNEXE 3 : DISPOSITIONS RELATIVES A LA TRANSPARENCE DES PROCÉDURES
CONTENUES DANS LES ACCORDS DE LIBRE-ÉCHANGE INTERVENUS ENTRE LES
ÉTATS-UNIS ET LE CHILI, SINGAPOUR, L'AMÉRIQUE CENTRALE ET LE MAROC**

Exemple : l'ALECA

Article 10.20 : Déroulement de l'arbitrage

1. Les parties au différend peuvent convenir du lieu de l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage énoncées à l'article 10.16.3. Lorsqu'elles ne parviennent pas à s'entendre, le tribunal décidera d'effectuer l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage applicables, à la condition que le lieu de l'arbitrage soit situé sur le territoire d'un État qui est partie à la Convention de New York.
2. Une tierce partie peut présenter des communications oralement ou par écrit au tribunal relativement à l'interprétation du présent accord.
3. Le tribunal est habilité à accepter et à prendre en compte des communications présentées en qualité d'*amicus curiae* par une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend.

[...]

Article 10.21: Transparence des procédures arbitrales

1. Conformément aux paragraphes 2 et 4, le défendeur, après réception des documents suivants, les communiquera rapidement aux tierces parties et les rendra librement accessibles :
 - (a) la notification de l'intention de soumettre un différend à l'arbitrage ;
 - (b) la demande d'arbitrage ;
 - (c) les plaidoiries, mémoires et exposés soumis au tribunal par une partie au différend et toutes les communications écrites soumises conformément aux articles 10.20.2, 10.20.3 et 10.25 ;
 - (d) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles ;
 - (e) les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.
2. Le tribunal tiendra des audiences publiques et déterminera, en consultation avec les parties au différend, les dispositions appropriées relatives à l'organisation. Toute partie au différend qui a l'intention d'utiliser une information désignée comme étant confidentielle dans le cadre d'une audience doit le signaler au tribunal. Le tribunal prendra les dispositions appropriées pour assurer la protection de la confidentialité de l'information.

3. Aucune des dispositions contenues dans la présente section n'exige qu'un défendeur divulgue une information confidentielle ou fournisse ou autorise l'accès à une information qu'il peut détenir conformément à l'article 21.2 (Intérêts essentiels en matière de sécurité) ou de l'article 21.5 (Divulgateion d'information).
4. Toute information confidentielle qui est soumise au tribunal doit être protégée selon les procédures suivantes :
 - (a) Conformément au sous-alinéa (d), aucune des parties au différend ni le tribunal ne peuvent divulguer à une tierce partie ou au public une information confidentielle fournie par une partie au différend qui a clairement désigné comme telle cette information conformément au sous-alinéa (b) ;
 - (b) La partie au différend qui estime qu'une information donnée est confidentielle la présentera clairement comme telle lorsqu'elle la communiquera au tribunal ;
 - (c) La partie au différend qui présente un document contenant une information qu'elle estime confidentielle doit également présenter un document dans lequel cette information confidentielle a été supprimée. Seule cette version sera remise aux tierces parties et diffusée conformément au paragraphe 1 ;
 - (d) Le tribunal peut s'opposer à ce qu'une information présentée comme confidentielle soit considérée comme telle. S'il détermine que l'information n'a pas été correctement désignée, la partie au différend qui l'a présentée peut (i) retirer tout ou partie de la communication contenant cette information ou (ii) accepter de présenter un document entièrement nouveau ainsi qu'un document dans lequel l'information confidentielle a été supprimée, en conformité avec la qualification établie par le tribunal et avec le sous-alinéa (c). Dans chaque cas, l'autre partie au différend pourra au besoin présenter un document intégral et un nouveau document dans lequel l'information confidentielle a été supprimée, que ce soit après retrait de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en i) ci-dessus, ou après attribution d'une nouvelle qualification de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en ii) ci-dessus.
5. Aucune disposition de la présente section n'impose à un défendeur de ne pas rendre publique l'information dont la divulgation est exigée par sa législation.

ANNEXE 4. MODÈLE DE TRAITÉ D'INVESTISSEMENT BILATÉRAL

1. Projet de modèle de traité d'investissement bilatéral des États-Unis

Article 28 : Déroulement de l'arbitrage

1. Les parties au différend peuvent convenir du lieu de l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage énoncées à l'article 24(3). Lorsqu'elles ne parviennent pas à s'entendre, le tribunal décidera d'effectuer l'arbitrage conformément aux règles d'arbitrage applicables, à la condition que le lieu de l'arbitrage soit situé sur le territoire d'un État qui est partie à la Convention de New York.
2. Une tierce partie peut présenter des communications oralement ou par écrit au tribunal relativement à l'interprétation du présent accord.
3. Le tribunal est habilité à accepter et à prendre en compte des communications présentées en qualité d'*amicus curiae* par une personne ou une entité qui n'est pas partie au différend.

Article 29 : Transparence des procédures d'arbitrage

1. Conformément aux paragraphes 2 et 4, le défendeur, après réception des documents suivants, les communiquera rapidement aux tierces parties et les rendra librement accessibles :
 - (a) la notification de l'intention de soumettre un différend à l'arbitrage mentionnée à l'article 24(2) ;
 - (b) la notification d'arbitrage mentionnée à l'article 24(4) ;
 - (c) les plaidoiries, mémoires et exposés soumis au tribunal par une partie au différend et toutes les communications écrites soumises conformément aux articles 28.2 (Documents présentés par des tierces parties) et 33 (Jonction) ;
 - (d) les procès-verbaux ou les transcriptions des audiences du tribunal, lorsqu'ils sont disponibles ;
 - (e) les ordonnances, sentences et décisions du tribunal.
2. Le tribunal tiendra des audiences publiques et déterminera en consultation avec les parties au différend, les dispositions appropriées relatives à l'organisation. Toute partie au différend qui a l'intention d'utiliser de l'information désignée comme étant confidentielle dans le cadre d'une audience doit le signaler au tribunal. Le tribunal prendra les dispositions appropriées pour assurer la protection de la confidentialité de l'information.
3. Aucune des dispositions contenues dans la présente section n'exige qu'un défendeur divulgue une information confidentielle ou fournisse ou autorise l'accès à une information qu'il peut

détenir conformément aux articles 18 (Intérêts essentiels en matière de sécurité) ou 19 (Divulgence d'information).

4. Toute information confidentielle qui est soumise au tribunal doit être protégée selon les procédures suivantes :
 - (a) Conformément au paragraphe 4(d), aucune des parties au différend ni le tribunal ne peuvent divulguer à une tierce partie ou au public une information confidentielle fournie par une partie au différend qui a clairement désigné comme telle cette information conformément au paragraphe 4(b) ;
 - (b) La partie au différend qui estime qu'une information est confidentielle la présentera clairement comme telle lorsqu'elle la communiquera au tribunal ;
 - (c) La partie au différend qui présente un document contenant une information qu'elle estime confidentielle doit également présenter un document dans lequel cette information confidentielle a été supprimée. Seule cette version sera remise aux tierces parties conformément au paragraphe 1 ;
 - (d) Le tribunal peut s'opposer à ce qu'une information présentée comme confidentielle soit considérée comme telle. S'il détermine que l'information n'a pas été correctement qualifiée, la partie au différend qui l'a présentée peut (i) retirer tout ou partie de la communication contenant cette information ou (ii) accepter de représenter l'intégralité des documents corrigés en conformité avec la qualification établie par le tribunal et avec le sous alinéa 4(c). Dans chaque cas, l'autre partie au différend pourra au besoin présenter des documents entièrement nouveaux dans lesquels l'information confidentielle a été supprimée, que ce soit après retrait de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en (i) ci-dessus, ou après attribution d'une nouvelle qualification de l'information initialement soumise par l'autre partie au différend, comme en (ii) ci-dessus.
5. Aucune disposition de la présente section n'impose à un défendeur de ne pas rendre publique l'information dont la divulgation est exigée par sa législation.

2. Projet d'Accord de promotion et de protection de l'investissement étranger (APIE) du Canada

Article 38. Accès du public aux audiences et aux documents

1. Les audiences tenues en vertu de la présente section sont ouvertes au public. Dans la mesure où il est nécessaire d'assurer la protection des informations confidentielles, y compris les informations confidentielles commerciales, le tribunal pourra temporairement interdire l'accès du public aux audiences.
2. Le tribunal établit, en collaboration avec les parties au litige, des procédures destinées à assurer la protection des informations confidentielles et des arrangements logistiques appropriées pour les audiences ouvertes au public.
3. À moins que les parties au litige n'en décident autrement, tous les documents soumis au tribunal ou délivrés par celui-ci sont mis à la disposition du public, sous réserve de la suppression des informations confidentielles.
4. Nonobstant le paragraphe 3, toute sentence rendue par le tribunal en vertu de la présente section est mise à la disposition du public, sous réserve de la suppression des informations confidentielles.
5. Une partie au litige pourra communiquer à d'autres personnes, dans le cadre de la procédure arbitrale, les documents dans leur version non expurgée qu'elle estime nécessaire pour la préparation de sa cause, à condition de faire en sorte que ces personnes protègent les informations confidentielles que contiennent ces documents.
6. Les Parties pourront communiquer aux représentants de leurs gouvernements fédéraux et infranationaux respectifs tous les documents pertinents dans leur version non expurgée dans le cadre du règlement de différends aux termes du présent accord, à condition de faire en sorte que ces représentants protègent les informations confidentielles que contiennent ces documents.
7. Conformément aux paragraphes 10(4) et 10(5), le tribunal n'exige pas d'une Partie qu'elle communique des informations ou donne accès à des informations dont la divulgation ferait obstacle à l'exécution de ses lois, enfreindrait ses lois protégeant la confidentialité du Conseil des ministres, la vie privée ou la confidentialité des affaires financières et des comptes de clients, pris individuellement, d'institutions financières, ou qu'elle estime contraire à ses intérêts essentiels en matière de sécurité.
8. Si une ordonnance de confidentialité du tribunal a considéré comme confidentielle une information à laquelle le droit applicable en matière d'accès à l'information d'une Partie donne un accès public, le droit applicable en matière d'accès à l'information de cette Partie l'emporte. Cependant, chaque Partie s'efforce d'appliquer son droit en matière d'accès à l'information de façon à protéger les informations considérées comme confidentielles par le tribunal.

Article 39. Observations présentées par une partie non contestante

1. Toute partie non contestante qui est un ressortissant d'une Partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une partie, et qui désire présenter une observation écrite au tribunal (la « requérante ») fait une demande en ce sens au tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande.
2. La requérante signifie la demande de dépôt d'une observation écrite d'une tierce partie à toutes les parties contestantes et au tribunal.
3. Le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes peuvent faire des commentaires sur la demande d'autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante.
4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante, le tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle :
 - (a) l'observation présentée par la partie non contestante est susceptible d'aider le tribunal à trancher une question de fait ou de droit soulevées par l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de ceux des parties contestantes ;
 - (b) l'observation de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
 - (c) la partie non contestante présente un intérêt substantiel dans l'arbitrage ;
 - (d) l'arbitrage soulève une question d'intérêt général.
5. Le tribunal veille à ce que :
 - (a) l'observation de la partie non contestante ne perturbe pas la procédure d'arbitrage ; et
 - (b) cette observation n'impose pas une charge trop lourde ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties contestantes.
6. Le tribunal décide s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante. Si une telle autorisation est accordée, le tribunal fixe une date limite appropriée à laquelle les parties contestantes pourront répondre par écrit à l'observation de la partie non contestante. A cette date, la Partie non contestante pourra, conformément à l'article 34 (Participation de la Partie non contestante), aborder toute question d'interprétation du présent accord soulevée dans l'observation de la partie non contestante.
7. Le tribunal qui a accordé une autorisation de présentation d'une observation par une partie non contestante n'est pas tenu d'examiner cette observation au cours de l'arbitrage, pas plus que la partie non contestante qui a présenté l'observation n'est autorisée à présenter d'autres observations au cours de l'arbitrage.
8. L'accès aux audiences et aux documents produits par les parties non contestantes qui présentent des demandes au moyen de cette procédure est régi par les dispositions relatives à l'accès du public aux audiences et aux documents contenues dans l'article 38 (Accès du public aux audiences et aux documents).