



16.037

**Message  
concernant l'approbation de la convention  
des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage  
entre investisseurs et États fondé sur des traités  
(Convention des Nations Unies sur la transparence)**

du 20 avril 2016

---

Madame la Présidente,  
Monsieur le Président,  
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation de la Convention des Nations Unies du 10 décembre 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (convention des Nations Unies sur la transparence), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

20 avril 2016

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Johann N. Schneider-Ammann  
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

---

## Condensé

***La Convention des Nations Unies du 10 décembre 2014 sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités a été signée par la Suisse le 27 mars 2015. Cette convention veut étendre l'application du règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur la transparence aux accords de promotion et protection des investissements existants. L'objet du présent message est la ratification de cette convention.***

### Contexte

*Les investissements internationaux constituent l'un des facteurs centraux pour la croissance économique et la prospérité, pour l'économie suisse comme pour celle de la plupart des États. Les accords de promotion et protection des investissements (APPI) que la Suisse a conclus avec de nombreux États ont pour but d'assurer aux investissements effectués dans les pays partenaires par des investisseurs suisses, comme à ceux effectués en Suisse par des investisseurs du pays partenaire, une protection contractuelle internationale contre les risques non commerciaux. D'après les chiffres de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), plus de 3000 APPI sont en vigueur au niveau mondial. La plupart des APPI prévoient que l'investisseur peut soumettre un différend relevant de l'accord en question avec l'État dans lequel l'investissement est réalisé à un tribunal arbitral international. Le nombre croissant de cas et la large gamme de questions soulevées dans ce genre de procédures ont fait de l'arbitrage entre investisseur et État un sujet controversé au niveau international. Le manque de transparence de l'arbitrage entre investisseur et État est notamment l'un des points ayant régulièrement été évoqués dans les débats publics de ces dernières années.*

*Cela a poussé la CNUDCI à négocier et adopter le Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (règlement de la CNUDCI sur la transparence), qui a été approuvé le 16 décembre 2013 par l'Assemblée générale des Nations Unies.*

*Le règlement de la CNUDCI sur la transparence est un ensemble de règles de procédure qui visent à rendre publiquement accessibles des informations sur les arbitrages entre investisseurs et États découlant de traités d'investissement. Il est applicable aux arbitrages entre investisseur et État soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui sont basés sur un APPI conclu après le 31 mars 2014. En ce qui concerne les traités d'investissement conclus avant le 1<sup>er</sup> avril 2014, le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique lorsque soit les parties à un arbitrage, soit les parties à un APPI conviennent de son application. La convention des Nations Unies sur la transparence a été développée afin d'étendre l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les APPI existants entre les États parties.*

---

### **Contenu de la convention**

*La convention des Nations Unies sur la transparence complète les APPI conclus avant le 1<sup>er</sup> avril 2014 en ce qui concerne les obligations en matière de transparence. Elle rappelle dans son préambule l'importance de l'arbitrage en tant qu'instrument de résolution de conflits transfrontières, tout particulièrement ceux qui peuvent surgir entre investisseurs et États hôtes. Elle rappelle également la nécessité de dispositions sur la transparence, qui permet de prendre en compte l'intérêt général inhérent à ce type d'arbitrage, et met en avant le rôle du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux relatifs aux investissements. La disposition clé de la convention détermine quand et comment le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique aux arbitrages entre investisseurs et États entrant dans le champ d'application de la convention (art. 2). Outre à déterminer son champ d'application matériel (art. 1), la convention règle la question des réserves, avec leur formulation et leur retrait, (art. 3 et 4) ainsi que celle du moment auquel la convention commence à s'appliquer en ce qui concerne les procédures arbitrales concrètes entre investisseurs et États (art. 5). Pour le reste, elle contient des dispositions techniques concernant notamment le dépositaire, les différentes formes d'adhésion possibles, l'entrée en vigueur, l'amendement et la dénonciation de la convention (art. 6 à 11).*

## Message

### 1 Grandes lignes de l'accord

#### 1.1 Contexte

Les investissements internationaux sont un facteur essentiel de croissance et de prospérité pour la plupart des économies. La Suisse n'échappe pas à la règle. Aussi bien les investissements directs qu'elle fait à l'étranger que les investissements directs que d'autres pays font en Suisse atteignent des sommets en comparaison internationale. Pour assurer une protection contractuelle internationale à ces investissements, la Suisse conclut des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements (APPI). Elle a déjà signé plus de 120 APPI depuis 1961, dont 117 sont en vigueur. Parallèlement, divers accords de libre-échange contiennent des chapitres qui couvrent la protection des investissements. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) estime qu'environ 3271 APPI sont aujourd'hui en vigueur à travers le monde<sup>1</sup>.

La plupart des APPI prévoient un mécanisme de règlement des différends pour assurer l'application de leurs dispositions: ils accordent à l'investisseur un droit d'action directe devant un tribunal arbitral contre l'État dans lequel il a réalisé son investissement (arbitrage entre investisseur et État). La possibilité de recourir à une instance indépendante de règlement des litiges offre aux investisseurs une protection qui complète celle fournie par la juridiction nationale.

Les APPI de la Suisse laissent généralement le choix à l'investisseur entre une procédure d'arbitrage fondée sur les règlements du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)<sup>2</sup> et un tribunal arbitral *ad hoc*. Les procédures *ad hoc* obéissent le plus souvent au règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

Les procédures d'arbitrage entre investisseur et États étaient rares jusqu'au début des années 90, mais leur nombre a considérablement augmenté depuis l'an 2000. La CNUCED a dénombré plus de 50 nouvelles procédures par an en 2011, 2012 et 2013. En 2014, le chiffre est retombé à 42, se rapprochant de la moyenne des années 2003 à 2011. Fin 2014, la CNUCED avait connaissance d'un total de 608 arbitrages entre investisseurs et États. A la même date, 99 États étaient impliqués dans une ou plusieurs procédures d'arbitrage<sup>3</sup>. Selon la CNUCED, 62 % des procédures se fondaient sur le règlement d'arbitrage du CIRDI, 28 % sur celui de la CNUDCI<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> World Investment Report 2015, p. 106. Le texte intégral du rapport est disponible en anglais sur le site de la CNUCED à l'adresse: [http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015\\_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf). Une vue d'ensemble est disponible en français à l'adresse: [http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview\\_fr.pdf](http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2015overview_fr.pdf).

<sup>2</sup> Institué par la Convention du 18 mars 1965 pour le Règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (RS 0.975.2).

<sup>3</sup> UNCTAD World Investment Report 2015, p. 112.

<sup>4</sup> UNCTAD World Investment Report 2014, p. 125.

Le nombre croissant de cas et le large éventail de questions, d'ordre politique pour certaines, que soulèvent ces procédures ont valu de plus en plus de critiques à l'arbitrage entre investisseurs et États. On lui reproche surtout son manque de transparence. Bien que l'État soit partie à la procédure et que des intérêts publics soient souvent en jeu, les procédures se déroulent généralement à huis clos. Tandis que le CIRDI publie au moins certaines données clés sur la procédure, le tribunal arbitral et le mode de clôture de la procédure sur son site internet, les procédures *ad hoc* sont confidentielles selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. La publication de la sentence arbitrale requiert l'accord des deux parties en vertu du règlement d'arbitrage du CIRDI aussi bien que de celui de la CNUDCI. Cette obligation a abouti au fait que les sentences ne sont bien souvent pas publiées, chose qui n'est guère favorable à la sécurité et au développement du droit dans le domaine des investissements internationaux. Elle grève aussi la légitimité de la procédure arbitrale.

C'est pourquoi la CNUDCI a, en été 2010, entamé des négociations et adopté, trois ans après au mois de juillet 2013, le règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (règlement de la CNUDCI sur la transparence). Le 16 décembre 2013, l'Assemblée générale de l'ONU a approuvé le règlement de la CNUDCI sur la transparence et recommandé son utilisation aussi bien dans le cadre du règlement d'arbitrage de la CNUDCI qu'au-delà de celui-ci, en tant qu'instrument favorisant la transparence, le respect du principe de responsabilité et la bonne gouvernance dans l'arbitrage entre investisseurs et États<sup>5</sup>. Le règlement de la CNUDCI sur la transparence est reproduit en annexe à ce message.

En vertu de son art. 1, le règlement de la CNUDCI sur la transparence est applicable aux arbitrages entre investisseur et État soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui sont basés sur un APPI conclu après le 31 mars 2014, sous réserve d'autre accord entre les parties au traité (*opt out*). Dans les cas d'arbitrages entre investisseur et État engagés conformément au règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un APPI conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014, le règlement sur la transparence est applicable uniquement lorsque soit les parties à l'arbitrage, soit les parties au traité – ou, dans le cas d'un APPI multilatéral, l'État de l'investisseur demandeur et l'État défendeur – conviennent de son application (*opt in*).

Le règlement de la CNUDCI sur la transparence contient une série de dispositions procédurales visant à rendre accessibles au public les arbitrages entre investisseurs et États fondés sur des traités auxquels il s'applique. Celles-ci règlent notamment la publication d'informations au moment de l'ouverture de la procédure arbitrale (*art. 2*), la publication de documents (*art. 3*), les observations par des tiers (*art. 4*) ainsi que par une partie au traité non partie au litige (*art. 5*), la publicité de l'audience (*art. 6*), les exceptions à la transparence (*art. 7*) ainsi que la question du dépositaire des informations publiées (*art. 8*).

<sup>5</sup> A/RES/68/109. La résolution est disponible sur le site Internet de la CNUDCI à l'adresse [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) > Résolutions de l'Assemblée générale et documents apparentés > Résolutions de l'Assemblée générale > A/RES/68/109.

Afin d'étendre l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les APPI existants entre les États parties, la CNUDCI a entamé, en été 2013, des négociations en vue d'une convention de l'ONU sur la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et État.

## 1.2 Déroutement et résultat des négociations

Par décision du 30 mai 2013, le Conseil fédéral a adopté un mandat concernant la participation aux négociations relatives à une éventuelle convention de l'ONU sur la transparence des arbitrages dans le cadre des investissements internationaux. Lors de sa 46<sup>e</sup> session en juillet 2013, la CNUDCI est convenue par consensus de charger formellement un groupe de travail de préparer le texte de la convention<sup>6</sup>. Les débats sur le texte de la convention se sont déroulés pendant la 59<sup>e</sup> et la 60<sup>e</sup> session du Groupe de travail II de la CNUDCI, du 16 au 20 septembre 2013 à Vienne<sup>7</sup> et du 3 au 7 février 2014 à New York<sup>8</sup>. Des projets de texte actualisés étaient à la base de chaque session<sup>9</sup>. Le groupe de travail a ensuite soumis le projet définitif de convention<sup>10</sup> à la CNUDCI, qui l'a approuvé lors de sa 47<sup>e</sup> session, qui a eu lieu du 7 au 18 juillet 2014 à New York<sup>11</sup>. Le 10 décembre 2014, lors de sa 69<sup>e</sup> session, l'Assemblée générale de l'ONU a, elle aussi, adopté le texte de la convention<sup>12</sup>.

Par décision du 28 janvier 2015, le Conseil fédéral a adopté le texte de la convention, délivré un pouvoir de signature et confié au Département fédéral de justice et police (DFJP) et au Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) le mandat de préparer un message à l'intention du Parlement après la signature de la convention. La convention de l'ONU sur la transparence a été signée par la Suisse le 27 mars 2015.

## 1.3 Aperçu du contenu de l'accord

La convention des Nations Unies sur la transparence vise à rendre l'arbitrage entre investisseurs et États aussi accessible que possible au public (préambule). Elle oblige par conséquent les Parties à appliquer le règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les arbitrages entre investisseurs et États conduits sur la base d'un APPI conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014 (art. 1). Cela signifie que le règlement sur la transparence n'est pas seulement applicable aux arbitrages engagés en vertu du règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais aussi aux procédures menées en vertu d'autres règlements. La limitation de la convention aux APPI conclus avant le

<sup>6</sup> A/68/17 n° 127, p. 21-22

<sup>7</sup> A/CN.9/794

<sup>8</sup> A/CN.9/799

<sup>9</sup> A/CN.9/WG.II/WP.179 et A/CN.9/WG.II/WP.181

<sup>10</sup> A/CN.9/812

<sup>11</sup> A/69/17 n° 106, p. 17

<sup>12</sup> A/RES/69/116. La résolution est disponible sur le site de la CNUDCI à l'adresse [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) > Résolutions de l'Assemblée générale et documents apparentés > Résolutions de l'Assemblée générale > A/RES/69/116.

1<sup>er</sup> avril 2014 s'explique par le fait que les APPI conclus après l'entrée en vigueur du règlement de la CNUDCI sur la transparence, le 1<sup>er</sup> avril 2014, tombent automatiquement sous le coup dudit règlement en vertu du renvoi figurant dans le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Les Parties ont parallèlement la possibilité de prévoir explicitement, dans un nouvel APPI, que le règlement sur la transparence s'applique aussi aux arbitrages conduits sur la base d'autres règlements d'arbitrage. Un exemple: l'APPI entre la Suisse et la Géorgie entré en vigueur le 17 avril 2015<sup>13</sup>.

Au plan matériel, la convention des Nations Unies sur la transparence se contente de renvoyer au règlement de la CNUDCI sur la transparence. Ce renvoi est en principe dynamique et met en application la dernière version dudit règlement.

Les art. 6 à 11 sont des dispositions techniques concernant notamment le dépositaire de la convention, les différents modes adhésion, l'entrée en vigueur, les amendements et la dénonciation.

#### 1.4 **Appréciation**

Selon les termes du mandat de négociation du Conseil fédéral, la Suisse aspirait d'une part à un niveau d'exigence élevé en matière de transparence dans les arbitrages entre investisseurs et Etats, d'autre part à un instrument susceptible d'être ratifié par un aussi grand nombre que possible d'Etats membres de l'ONU.

Dans ce contexte, la Suisse s'est employée à ce que la convention des Nations Unies sur la transparence soit conçue de telle manière que le règlement de la CNUDCI sur la transparence couvre aussi les arbitrages de différends en matière d'investissement basés sur des APPI existants. La convention devait s'appliquer en priorité aux arbitrages conduits selon le règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Mais il fallait aussi qu'elle englobe les arbitrages menés sur la base d'autres règlements d'arbitrage, comme celui du CIRDI. Des représentants d'institutions arbitrales, dont la Secrétaire générale du CIRDI, ont déclaré pendant la négociation pouvoir intégrer facilement le règlement de la CNUDCI sur la transparence dans leurs processus institutionnels. C'est pourquoi rien ne s'oppose à l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les règlements d'arbitrage.

Tandis que la convention des Nations Unies sur la transparence prévoit en principe une transparence totale, on peut critiquer le fait qu'elle accorde aux Parties la possibilité d'apporter des réserves relativement larges. Cette concession reflète les résistances parfois considérables des Etats qui n'ont pas vraiment de tradition en matière de transparence. Elle a été une condition de l'acceptation de la convention et de l'obtention d'un consensus dans le processus de négociation.

Le Conseil fédéral est conscient que l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence pourra alourdir les arbitrages entre investisseurs et Etat. Les parties à la procédure pourraient avoir à endosser des frais supplémentaires dus à la transparence. Leur montant ne représentera toutefois qu'une fraction du total des coûts de

<sup>13</sup> Accord entre la Confédération suisse et la Géorgie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements (RS **0.975.236.0**).

l'arbitrage entre investisseurs et Etats. Le Conseil fédéral sait aussi que l'application des règles sur la transparence est susceptible de modifier en profondeur la dynamique d'un arbitrage. On peut imaginer notamment que les compromis seront moins fréquents. Ces aspects sont contrebalancés par le gain de transparence et par la sécurité du droit et la légitimité de l'arbitrage qui en découlent. Dans l'appréciation générale, le fait que la convention des Nations Unies sur la transparence mette en œuvre un postulat politique important, également formulé à plusieurs reprises en Suisse dans la discussion sur les APPI au cours des dernières années, est prépondérant. Dans l'ensemble, le résultat des négociations doit être considéré comme très satisfaisant.

## 1.5 Versions linguistiques de l'accord

Conformément à l'art. 13, al. 2, de la loi du 5 octobre 2007 sur les langues<sup>14</sup>, une des versions authentiques de la convention des Nations Unies sur la transparence a été établie en français, une des langues officielles de la Confédération.

## 2 Commentaire des dispositions

### *Art. 1* Champ d'application

L'art. 1 décrit le champ d'application matériel de la convention et précise l'expression «traité d'investissement».

*Par. 1:* la convention des Nations Unies sur la transparence s'applique aux arbitrages entre un investisseur et un État ou une organisation régionale d'intégration économique conduit sur le fondement d'un traité d'investissement conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014. Elle met à la disposition des Etats qui entendent appliquer le règlement de la CNUDCI sur la transparence aux arbitrages entre investisseurs et Etats conduits sur la base d'APPI existants un mécanisme efficace dans le sens où ces APPI ne doivent pas être adaptés un à un. La convention concrétise ainsi le mandat de la CNUDCI d'encourager la transparence dans les arbitrages entre investisseurs et Etats. Les négociateurs se sont entendus sur une définition très large du champ d'application sachant que les Parties ont la possibilité de limiter ledit champ en apportant des réserves au sens de l'art. 3.

*Par. 2:* la convention se sert d'une définition matérielle du traité d'investissement, englobant outre les APPI les accords d'intégration économique et de libre-échange dans la mesure où ils contiennent des dispositions sur la protection des investissements et prévoient le droit pour les investisseurs de recourir à l'arbitrage contre l'État dans lequel l'investissement est réalisé. La Suisse a signé des accords de libre-échange contenant des chapitres détaillés sur les investissements avec Singapour<sup>15</sup>

<sup>14</sup> RS 441.1

<sup>15</sup> Accord de libre-échange du 26 juin 2002 entre les Etats de l'AELE et la République de Singapour (RS 0.632.316.891.1).

(2002) et la Corée du Sud<sup>16</sup> (2005) dans le cadre de l'AELE et bilatéralement avec le Japon<sup>17</sup> (2009).

## Art. 2 Application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence

*L'art. 2* définit les obligations matérielles des Parties. Il engage en principe les Parties à la convention à appliquer le règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les arbitrages entre investisseurs et Etats, qu'ils soient soumis au règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou à un autre règlement d'arbitrage. L'art. 2 partage les cas de figure dans lesquels la convention doit faire appliquer le règlement de la CNUDCI sur la transparence en deux groupes (par. 1 et 2).

*Le par. 1 (application bilatérale ou multilatérale)* couvre le cas où l'État de l'investisseur comme l'État défendeur sont Parties à la convention. Cette disposition reflète la conception selon laquelle la convention sur la transparence doit être appliquée entre les Parties sur la base de la réciprocité. La condition de l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à un arbitrage entre investisseur et État est, dans pareil cas, qu'aussi bien l'État de l'investisseur que l'État défendeur soient Parties à la convention sur la transparence et qu'aucun de ces deux Etats n'ait exclu l'APPI auquel l'atteinte fondant un droit a été portée par une réserve au sens de l'art. 3, par. 1, let. a, de la convention. Lorsque cette condition est donnée, le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique pour autant que l'État défendeur n'ait pas exclu le règlement d'arbitrage en vertu duquel l'arbitrage est demandé par une réserve au sens de l'art. 3, par. 1, let. b. Voir le commentaire de l'art. 3 au sujet des réserves.

*Le par. 2 (offre unilatérale d'application)* couvre le cas où il n'y a pas réciprocité. Autrement dit où l'État de l'investisseur n'est pas Partie à la convention ou a formulé une réserve qui affecte le différend en question. Si, dans ce cas, l'État défendeur est Partie à la convention et qu'il n'a pas formulé de réserve en vertu de l'art. 3, par. 1, le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique à l'arbitrage concret entre investisseur et État si l'investisseur demandeur l'accepte.

*Le par. 3 (version applicable du règlement de la CNUDCI sur la transparence)* relie la disposition sur le champ d'application à la possibilité de formuler une réserve envers la version révisée du règlement de la CNUDCI sur la transparence au sens de l'art. 3, par. 2. Il prévoit que lorsque le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique en vertu du par. 1 ou 2, c'est la version la plus récente qui est appliquée, envers laquelle l'État défendeur n'a pas formulé de réserve au sens de l'art. 3, par. 2.

*Par. 4 (art. 1 à 7 du règlement de la CNUDCI sur la transparence)*: la dernière phrase de l'art. 1, par. 7, du règlement de la CNUDCI sur la transparence (cf. annexe) prévoit qu'en cas de conflit entre le règlement de la CNUDCI sur la transparence et les dispositions du traité d'investissement, les dispositions de ce dernier prévalent. Si le règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique en vertu de

<sup>16</sup> Accord sur l'investissement du 15 décembre 2005 entre la République d'Islande, la Principauté du Liechtenstein, la Confédération suisse et la République de Corée (RS 0.975.228.1).

<sup>17</sup> Accord du 19 février 2009 de libre-échange et de partenariat économique entre la Confédération suisse et le Japon (RS 0.946.294.632).

la convention, il a lui-même valeur de traité international et ses dispositions sont considérées comme celles d'un «traité successif portant sur la même matière» au sens de l'art. 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités<sup>18</sup> et priment les dispositions contraires du traité d'investissement. Associée à la convention sur la transparence, la dernière phrase de l'art. 1, par. 7, du règlement de la CNUDCI sur la transparence est donc source de confusion et l'art. 2, par. 4, de la convention la déclare inapplicable.

*Par. 5 (clause de la nation la plus favorisée dans un traité d'investissement):* un engagement central auquel les États souscrivent dans le cadre de traités d'investissement concerne la non-discrimination d'investisseurs de la Partie par rapport aux investisseurs d'États tiers. Ils conviennent à cette fin de clauses dites de la nation la plus favorisée. Depuis la décision *Maffezini*<sup>19</sup> rendue par un tribunal arbitral du CIRDI en l'an 2000, la question de savoir si pareille clause peut avoir des conséquences sur les dispositions d'un traité d'investissement concernant le règlement de différends et, le cas échéant, lesquelles, fait l'objet d'âpres discussions. Dans le contexte de la transparence des arbitrages entre investisseurs et États, la question de savoir si un arbitrage confidentiel est plus ou moins favorable à un investisseur qu'un arbitrage transparent pourrait notamment se poser. Pour prévenir les incertitudes de cette nature, le par. 5 énonce clairement qu'un demandeur ne peut invoquer une clause de la nation la plus favorisée pour chercher à faire appliquer le règlement de la CNUDCI sur la transparence ou en éviter l'application.

### Art. 3 Réserves

L'art. 2, par. 1, let. d, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités définit le terme réserve par une déclaration unilatérale faite par un État, «par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État». L'art. 3 limite la possibilité d'apporter des réserves à quatre points (par. 1, let. a à c, et par. 2). Cette limitation est acceptable en vertu de l'art. 19, let. b, de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

*Par. 1:* une Partie peut tout d'abord déclarer qu'elle n'appliquera pas la convention à des APPI spécifiques conclus avant le 1<sup>er</sup> avril 2014 (let. a). La déclaration en question n'est pas forcément l'expression d'une attitude critique sur la transparence. Certains États voudront plutôt exclure les APPI qui prévoient déjà des mécanismes de transparence. Il est ensuite possible à une Partie d'apporter une réserve sur l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence aux arbitrages conduits sur la base d'autres règles que le règlement d'arbitrage de la CNUDCI et dans lesquelles elle est défenderesse (let. b). Enfin, par une réserve une Partie peut exclure l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence dans le cadre d'une offre unilatérale d'application au sens de l'art. 2, al. 2, let. c.

*Par. 2:* le renvoi au règlement de la CNUDCI sur la transparence est en principe dynamique et met en application la dernière version dudit règlement. Lorsque le

<sup>18</sup> RS 0.111.

<sup>19</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 25 janvier 2000.

règlement de la CNUDCI sur la transparence fait l'objet d'une révision, une Partie peut, dans les six mois suivant l'adoption de cette révision, déclarer qu'elle n'appliquera pas cette version révisée du règlement de la CNUDCI. Cette solution est un compromis entre deux propositions opposées, dont l'une prévoyait un renvoi statique au règlement de la CNUDCI sur la transparence de 2013, l'autre un renvoi dynamique au règlement de la CNUDCI sur la transparence sans possibilité de réserve.

*Le par. 3* énonce clairement que les réserves ne perdent pas leur autonomie juridique du fait qu'un État les formule dans un seul instrument. Chaque réserve peut notamment être retirée séparément.

*Le par. 4* prévoit explicitement que les réserves ne sont acceptables que sur les objets énumérés de manière exhaustive aux par. 1 et 2<sup>20</sup>.

#### *Art. 4* Formulation de réserves

*L'art. 4* règle la procédure à suivre pour apporter des réserves. Son *par. 1* permet d'en formuler à tout moment: la seule exception concerne les réserves formulées au sujet d'une version révisée du règlement de la CNUDCI sur la transparence, dont l'art. 3, par. 2, prévoit qu'elles doivent l'être dans les six mois suivant l'adoption de cette révision. Le par. 4 énonce que les réserves apportées par une Partie après l'entrée en vigueur de la convention ne prennent effet que 12 mois après la date de leur dépôt; la seule exception concerne les réserves formulées en vertu de l'art. 3, par. 2, qui prennent effet immédiatement. Cette disposition vise à empêcher qu'un État défendeur formule une réserve *a posteriori*, en réaction à une notification d'arbitrage, et puisse ainsi faire obstacle à l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à un arbitrage spécifique. Le délai de 12 mois s'explique par le fait que de nombreux traités d'investissement soumettent l'ouverture d'une procédure arbitrale à un délai de consultation de 6 à 12 mois (*cooling off*). Les réserves formulées au moment de la signature doivent être confirmées lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation et prennent effet pour la Partie concernée à la date de l'entrée en vigueur de la convention (*par. 2*). Les réserves formulées au moment de ratifier, d'accepter ou d'approuver la convention ou d'y adhérer prennent également effet à la date de son entrée en vigueur (*par. 3*). Les réserves sont déposées auprès du dépositaire et peuvent à tout moment être retirées (*par. 5 et 6*). Pour le reste, les effets et la procédure obéissent aux art. 19 à 23 de la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités.

La Suisse s'engage en faveur d'une application aussi large que possible du règlement de la CNUDCI sur la transparence. Elle n'a par conséquent formulé aucune réserve lors de la signature de la convention. Le Conseil fédéral propose également de renoncer à toute réserve lors de sa ratification. La Suisse conserve toutefois la possibilité, comme toutes les autres Parties, de formuler des réserves à tout moment après la ratification – en vertu de l'art. 3, par. 1, let. a à c, mais pas de l'art. 3, par. 2 – conformément à l'art. 4, par. 1.

<sup>20</sup> A/CN.9/799 n° 55 et A/CN.9/794 n° 147.

*Art. 5* Application aux arbitrages entre investisseurs et États

La Convention sur la transparence, les réserves formulées à son sujet et le retrait de ces réserves ne s'appliquent qu'aux procédures d'arbitrage entre investisseurs et États qui ont été introduites après la date à laquelle la convention, les réserves ou leur retrait sont entrées en vigueur ou ont pris effet pour les Parties concernées.

*Art. 6* Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est le dépositaire de la Convention.

*Art. 7* Signature, ratification, acceptation, approbation, adhésion

La convention sur la transparence a été ouverte à la signature à Port-Louis (Maurice) le 17 mars 2015 et, depuis cette date, elle l'est au Siège de l'ONU à New York. Elle est ouverte à la signature de tout État ou de toute organisation régionale d'intégration économique qui est constituée d'États (notamment l'UE) et qui est partie contractante à un traité d'investissement (*par. 1*). La convention est soumise à ratification, acceptation ou approbation des signataires (*par. 2*). Tous les États ou organisations régionales d'intégration économique visés au *par. 1* non signataires peuvent adhérer à la convention à compter de la date à laquelle celle-ci a été ouverte à la signature (*par. 3*). Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du dépositaire (*par. 4*).

*Art. 8* Participation d'organisations régionales d'intégration économique

*L'art. 8* prévoit qu'au moment de l'adoption ou de l'adhésion une organisation régionale d'intégration économique doit informer le dépositaire de tout traité d'investissement auquel elle est partie (*par. 1*). Lorsque le nombre de Parties est pertinent pour l'application de la convention, une organisation régionale d'intégration économique ne compte pas comme Partie en sus de ses États membres qui sont Parties (*par. 2*).

*Art. 9* Entrée en vigueur

Selon *l'art. 9*, la 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 (*par. 1*). Une fois que le délai d'entrée en vigueur indiqué au *par. 1* a déjà commencé à courir, la convention entre en vigueur à l'égard de l'État ou organisation régionale d'intégration économique déposant son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion six mois après la date de dépôt de celui-ci (*par. 2*).

*Art. 10* Amendement

Cet article prévoit que toute Partie peut proposer un amendement à la convention, en le soumettant au Secrétaire général de l'ONU. Celui-ci communique l'amendement proposé aux Parties en leur demandant d'indiquer si elles sont favorables à la tenue d'une conférence des Parties chargée d'examiner la proposition et de la mettre aux

voix. Le Secrétaire général convoque une conférence si, dans un délai de quatre mois, un tiers au moins des Parties répondent favorablement (*par. 1*). Si la conférence des Parties ne parvient pas à un consensus, pour que l'amendement soit adopté il faut un vote à la majorité des deux tiers des Parties présentes à la conférence et exprimant leur vote (*par. 2*). Une fois adopté, un amendement est soumis à la ratification, à l'acceptation ou à l'approbation de toutes les Parties (*par. 3*). Pour l'entrée en vigueur d'un amendement, l'art. 10 suit les règles posées par l'art. 9 concernant l'entrée en vigueur de la convention. Un amendement entré en vigueur a force obligatoire à l'égard des Parties qui ont exprimé leur consentement à être liées par lui (*par. 4 et 5*). De plus, tout État ou toute organisation régionale d'intégration économique qui devient Partie à la convention après l'entrée en vigueur de l'amendement est réputé Partie à la convention telle qu'amendée (*par. 6*).

#### *Art. 11*                    Dénonciation de la présente Convention

La convention est dénonçable à tout moment par une Partie, par voie de notification formelle adressée au dépositaire. La dénonciation prend effet 12 mois après la réception de la notification par le dépositaire (*par. 1*). La convention continue de s'appliquer aux arbitrages entre investisseurs et États engagés avant que la dénonciation n'ait pris effet (*par. 2*).

### **3**                                **Conséquences de l'accord**

#### **3.1**                              **Conséquences pour la Confédération**

##### **3.1.1**                           **Conséquences financières**

L'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence que prévoit la convention est susceptible d'alourdir l'arbitrage entre investisseurs et États. Il n'est pas impossible que les parties à la procédure aient à endosser davantage de frais. On ne peut exclure que la Suisse soit impliquée dans pareille procédure en vertu d'un APPI. L'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence pourrait donc avoir des conséquences financières pour la Confédération, mais elles devraient être relativement faibles.

##### **3.1.2**                           **Conséquences sur l'état du personnel**

La ratification du présent accord n'a pas de conséquences sur l'état du personnel de la Confédération.

#### **3.2**                              **Conséquences pour les cantons et communes**

La ratification de la convention des Nations Unies sur la transparence n'a pas de conséquences pour les cantons et communes, notamment ni en matière de finances, ni de personnel.

### 3.3 Conséquences économiques

L'importance des APPI pour l'économie réside dans le fait qu'ils donnent un fondement juridique international aux relations d'investissement que la Suisse entretient avec ses partenaires. La sécurité du droit s'en trouve renforcée en faveur des investissements engagés dans d'autres pays. Le poids de ces accords ne cesse d'augmenter avec la mondialisation. La chose est d'autant plus vraie dans le cas de la Suisse, pays au marché intérieur limité. Les APPI, en aidant nos entreprises – et en particulier les PME – à affirmer leur présence dans la compétition internationale par des investissements à l'étranger, renforcent aussi la compétitivité de la place économique suisse.

La convention contribue à améliorer la transparence des arbitrages entre investisseurs et Etats, concrétisant une exigence politique souvent formulée depuis des années au sujet des APPI. Elle renforce ainsi l'acceptation politique des APPI, avec leurs conséquences positives pour la place économique suisse.

### 3.4 Conséquences sociales et environnementales

Le concept de durabilité exige une prise en compte équilibrée des trois dimensions que sont la «capacité économique», la «responsabilité écologique» et la «solidarité sociale»<sup>21</sup>. Bien que le but premier des APPI, en tant qu'instrument de politique extérieure, réside dans leur dimension économique, ces accords tiennent aussi compte des aspects écologiques et sociaux et par là même des exigences de la durabilité.

L'État dans lequel l'investisseur étranger a réalisé son investissement étant partie à la procédure dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats, il est possible que des intérêts publics, par ex. dans les domaines de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, soient soumis à l'appréciation du tribunal arbitral en même temps que la protection des investissements. La convention, qui prévoit l'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence, rend en principe toutes les étapes de la procédure accessible au public. De plus, les observations de parties non concernées par le différend, telles qu'organisations non gouvernementales ou associations environnementales, sont aussi possibles (on les appelle *amicus curiae briefs*). La convention contribue de ce fait à ce que l'arbitrage prenne dûment compte des aspects écologiques et sociaux.

<sup>21</sup> Rapport du 13 janvier 2010 sur la politique économique extérieure 2009, ch. 1.5; FF 2010 453

## **4 Relation avec le programme de la législature et avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

### **4.1 Relation avec le programme de la législature**

Le projet n'a pas été annoncé dans le message du 27 janvier 2016 sur le programme de la législature 2015 à 2019<sup>22</sup>. Comme nous l'avons mentionné aux ch. 1.1 et 1.3, il est néanmoins important de ratifier la Convention des Nations Unies sur la transparence, afin de permettre l'extension du champ d'application du règlement de la CNUDCI sur la transparence à tous les APPI déjà existants entre les États parties.

### **4.2 Relation avec les stratégies nationales du Conseil fédéral**

La présente convention n'est en rapport direct avec aucune des stratégies nationales du Conseil fédéral.

## **5 Aspects juridiques**

### **5.1 Constitutionnalité**

Le projet se fonde sur l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.)<sup>23</sup>, qui dispose que les affaires étrangères relèvent de la compétence de la Confédération. D'autre part, l'art. 184, al. 2, Cst. confère au Conseil fédéral la compétence de signer des traités internationaux et de les ratifier. Enfin, l'art 166, al. 2, Cst., confère à l'Assemblée fédérale la compétence de les approuver, sauf si leur conclusion relève de la seule compétence du Conseil fédéral en vertu d'une loi ou d'un traité international, ce qui n'est pas le cas pour le présent accord (voir aussi les art. 24, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement<sup>24</sup>, et 7a, al. 1, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration<sup>25</sup>).

### **5.2 Forme de l'acte à adopter**

En vertu de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 et 2, Cst., un traité international est sujet au référendum lorsqu'il est d'une durée indéterminée et qu'il n'est pas dénonçable (ch. 1) ou qu'il prévoit l'adhésion à une organisation internationale (ch. 2). L'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., dispose qu'un traité international est sujet au référendum lorsqu'il contient des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales. D'autre part, l'art. 22, al. 4, de la loi sur le Parlement dispose que sont réputées fixer des règles de droit les

<sup>22</sup> FF 2016 981

<sup>23</sup> RS 101

<sup>24</sup> RS 171.10

<sup>25</sup> RS 172.010

dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences. Enfin, on entend par dispositions importantes celles qui, en vertu de l'art. 164, al. 1, Cst., devraient en droit interne être édictées sous la forme d'une loi fédérale.

En vertu de son art. 11, al. 1, la présente convention est dénonçable à tout moment par une Partie, par voie de notification formelle adressée au dépositaire. Elle ne prévoit en outre pas l'adhésion à une organisation internationale. Elle ne remplit donc pas les conditions de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 et 2, Cst.

La convention contribue à la mise en place d'un cadre juridique harmonisé propice au règlement équitable et efficace des litiges internationaux relatifs aux investissements. Comme cela ressort notamment de l'analyse des dispositions de la convention (cf. ch. 2), celle-ci est essentiellement de nature technique. La convention ne modifie pas les accords (principalement APPI) préexistants en soi. Néanmoins, par son art. 2, elle impose aux Parties l'application du règlement sur la transparence dans les éventuelles procédures d'arbitrage entre investisseurs et État fondées sur ces accords préexistants. De ce fait, l'application du règlement entraîne des conséquences procédurales sensibles pour les parties à un tel arbitrage. En effet, comme l'application du règlement sur la transparence est obligatoire selon la convention, et ce indépendamment du règlement d'arbitrage choisi par les parties, celles-ci sont tenues de s'y conformer. Leur autonomie est donc, dans cette mesure, limitée. Dans ce sens, la convention contient des dispositions importantes fixant des règles de droit selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.

Il y a lieu en conséquence de prévoir le référendum pour l'arrêté fédéral d'approbation.

### 5.3 Renonciation à une procédure de consultation

Aux termes de l'art. 3, al. 1, let. c, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation (LCo)<sup>26</sup>, les traités internationaux doivent faire l'objet d'une procédure de consultation lorsqu'ils sont sujets au référendum prévu à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3 Cst. Cependant, une procédure de consultation n'est nécessaire que lorsqu'elle répond au but décrit à l'art. 2 LCo. Un traité n'est pas soumis à la procédure de consultation lorsqu'il est politiquement incontesté et ne présente pas de contenu essentiel nouveau, ou qu'il n'a aucune incidence ou des incidences mineures sur le droit national<sup>27</sup>.

Comme mentionné au ch. 5.2, aussi bien le champ d'application de la convention que les implications pratiques de celle-ci sont limités. Cet accord ne va toucher que les traités bilatéraux dont les deux parties auront ratifié cette convention. Le contenu de la convention ne diffère par ailleurs pas dans son essence de la solution concernant la transparence dans les procédures d'arbitrage entre investisseurs et États

<sup>26</sup> RS 172.061

<sup>27</sup> Pour un cas similaire dans lequel on a renoncé à une procédure de consultation, voir le message du 14 janvier 2015 concernant l'approbation de l'accord de l'OMC sur la facilitation des échanges; FF 2015 1483.



## CNUDCI

### Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

#### Art. 1 Champ d'application

##### *Applicabilité du Règlement*

1. Le Règlement sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le «Règlement sur la transparence») s'applique à l'arbitrage entre investisseurs et États engagé conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs (le «traité»)\* conclu le 1<sup>er</sup> avril 2014 ou après cette date, à moins que les parties au traité\*\* n'en décident autrement.

2. Dans le cas d'arbitrages entre investisseurs et États engagés conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en vertu d'un traité conclu avant le 1<sup>er</sup> avril 2014, le présent Règlement s'applique uniquement lorsque:

- a) Les parties à l'arbitrage (les «parties au litige») conviennent de son application à l'arbitrage; ou
- b) Les parties au traité ou, dans le cas d'un traité multilatéral, l'État du demandeur et l'État défendeur sont convenus après le 1<sup>er</sup> avril 2014 de son application.

##### *Application du Règlement*

3. Dans tout arbitrage auquel le Règlement sur la transparence s'applique en vertu d'un traité ou d'un accord conclu par les parties à ce traité:

- a) Les parties au litige ne peuvent déroger au présent Règlement, ni par accord ni d'une autre manière, à moins que le traité ne les y autorise;
- b) Le tribunal arbitral a, outre le pouvoir discrétionnaire que lui confèrent certaines dispositions du présent Règlement, celui d'adapter les exigences de toute disposition précise de celui-ci aux circonstances particulières de l'espèce, après consultation des parties au litige, si une telle adaptation est nécessaire pour conduire l'arbitrage de manière pratique et conforme à l'objectif de transparence du Règlement.

##### *Pouvoir discrétionnaire et autorité du tribunal arbitral*

4. Lorsque le Règlement sur la transparence confère un pouvoir discrétionnaire au tribunal arbitral, celui-ci en l'exerçant tient compte:

- a) De l'intérêt que le public porte à la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités et de la procédure arbitrale en question; et
- b) De l'intérêt qu'ont les parties au litige de voir ce dernier réglé équitablement et efficacement.

5. Le présent Règlement n'affecte en rien le pouvoir que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI peut de toute autre manière conférer au tribunal arbitral de conduire l'arbitrage de manière à promouvoir la transparence, par exemple en acceptant des communications de tiers.

6. Face à tout comportement, mesure ou autre action ayant pour effet de compromettre entièrement les objectifs de transparence du présent Règlement, le tribunal arbitral veille à ce que ces objectifs priment.

*Instrument applicable en cas de conflit*

7. Lorsque le Règlement sur la transparence s'applique, il complète tout règlement d'arbitrage applicable. En cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et le règlement d'arbitrage applicable, le Règlement sur la transparence prévaut. Nonobstant toute disposition du présent Règlement, en cas de conflit entre le Règlement sur la transparence et le traité, les dispositions du traité prévalent.

8. En cas de conflit entre une des dispositions du présent Règlement et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties au litige ne peuvent déroger, cette dernière prévaut.

*Application aux arbitrages non régis par le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

9. Le présent Règlement peut être utilisé pour les arbitrages entre investisseurs et États engagés en vertu de tout règlement autre que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou pour des procédures ad hoc.

*Notes accompagnant le par. 1 de l'art. 1:*

- \* Aux fins du Règlement sur la transparence, le mot «traité» s'entend au sens large comme englobant tout traité bilatéral ou multilatéral contenant des dispositions sur la protection des investissements ou des investisseurs et prévoyant le droit pour ces derniers de recourir à l'arbitrage contre ses parties, notamment tout traité généralement appelé accord de libre-échange, accord d'intégration économique, accord-cadre ou accord de coopération en matière de commerce et d'investissement ou traité bilatéral d'investissement.
- \*\* Aux fins du Règlement sur la transparence, toute référence à une «partie au traité» ou à un «État» inclut, par exemple, une organisation d'intégration économique régionale partie au traité.

**Art. 2** Publication d'informations à l'ouverture de la procédure arbitrale

Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur, chacune des parties au litige en communique sans tarder une copie au dépositaire visé à l'art. 8. Dès que la notification d'arbitrage a été reçue par le défendeur ou qu'elle a été reçue et que sa transmission au défendeur a été consignée, le dépositaire met sans tarder à la disposition du public des informations concernant le nom des parties au litige, le secteur économique en cause et le traité en vertu duquel est faite la demande.

**Art. 3** Publication de documents

1. Sous réserve de l'art. 7, les documents suivants sont mis à la disposition du public: la notification d'arbitrage, la réponse à la notification d'arbitrage, le mémoire en demande, le mémoire en défense et toutes autres déclarations ou conclusions écrites de l'une ou l'autre des parties au litige; un tableau énumérant toutes les pièces afférentes aux documents susmentionnés et aux rapports d'experts et déclarations de témoins, si un tel tableau a été établi pour la procédure, mais non ces pièces afférentes elles-mêmes; toutes observations écrites d'une partie (ou de parties) au traité non parties au litige et de tiers, les transcriptions d'audiences, si elles sont disponibles; et les ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral.
2. Sous réserve de l'art. 7, les rapports d'experts et déclarations de témoins, à l'exclusion des pièces afférentes, sont mis à la disposition du public sur demande de toute personne au tribunal arbitral.
3. Sous réserve de l'art. 7, le tribunal arbitral peut décider de sa propre initiative ou à la demande de toute personne et après consultation avec les parties au litige s'il convient de mettre à disposition les pièces et tous autres documents qu'il reçoit ou délivre et qui ne relèvent pas des par. 1 et 2 ci-dessus, et selon quelles modalités. Il peut s'agir, par exemple, de mettre ces documents à disposition en un lieu précis.
4. Les documents à mettre à la disposition du public conformément aux par. 1 et 2 sont communiqués par le tribunal arbitral au dépositaire visé à l'art. 8 dès que possible, sous réserve des dispositions ou délais appropriés pour la protection des informations confidentielles ou protégées prévus à l'art. 7. Les documents à mettre à disposition conformément au par. 3 peuvent être communiqués par le tribunal arbitral au dépositaire visé à l'art. 8 à mesure qu'ils deviennent disponibles et, le cas échéant, dans leur version expurgée comme le prévoit l'art. 7. Le dépositaire met tous ces documents à disposition en temps utile, sous la forme et dans la langue dans lesquelles il les reçoit.
5. Une personne recevant l'accès à des documents en vertu du par. 3 supporte les coûts administratifs de la mise à disposition de ces documents à cette personne, tels que le coût de la photocopie ou les frais d'envoi, mais non les frais de la mise à disposition de ces documents au public par le dépositaire.

**Art. 4** Observations présentées par des tiers

1. Après 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 sur une question s'inscrivant dans le cadre du litige.
2. Un tiers souhaitant présenter des observations adresse au tribunal une requête concise, écrite dans une langue de l'arbitrage et ne dépassant pas le nombre de pages fixé par le tribunal, dans laquelle:
  - a) Il se présente, décrivant, le cas échéant, sa composition et son statut juridique (par exemple, association professionnelle ou autre organisation non gouvernementale), ses objectifs généraux et la nature de ses activités, et

- mentionne toute organisation mère (notamment toute organisation le contrôlant directement ou indirectement);
- b) Il déclare 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.
3. Pour déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral examine, entre autres facteurs qu'il juge pertinents:
- a) Si le tiers a un intérêt important dans la procédure arbitrale; et
  - b) Dans 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.
4. Les 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.
5. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas indûment la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.
6. Le tribunal arbitral s'assure que les parties au litige ont une possibilité raisonnable de présenter leurs observations sur toute observation présentée par le tiers.

**Art. 5** Observations présentées par une partie au traité non partie au litige

1. Le tribunal arbitral autorise, sous réserve du paragraphe 4, qu'une partie au traité non partie au litige présente des observations sur des questions d'interprétation du traité ou, après consultation des parties au litige, peut l'inviter à le faire.
2. Le tribunal arbitral peut, après consultation des parties au litige, autoriser une partie au traité non partie au litige à présenter des observations sur d'autres questions s'inscrivant dans le cadre du litige. Pour déterminer s'il autorise de telles observations, le tribunal arbitral prend en considération, entre autres éléments qu'il juge pertinents, ceux visés au par. 3 de l'art. 4 et, pour plus de certitude, la nécessité

d'éviter des observations appuyant la demande de l'investisseur de telle manière que cela équivaudrait à de la protection diplomatique.

3. Le tribunal arbitral ne tire aucune conclusion de l'absence d'observations ou de réponse à une invitation formulée conformément au par. 1 ou 2.
4. Le tribunal arbitral s'assure que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas indûment la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige.
5. Le tribunal arbitral s'assure que les parties au litige ont une possibilité raisonnable de présenter leurs observations sur toute observation présentée par une partie au traité non partie au litige.

#### **Art. 6** Audiences

1. Sous réserve des par. 2 et 3, les audiences consacrées à la production de preuves ou à l'exposé oral des arguments («audiences») sont publiques.
2. Lorsqu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'art. 7, le tribunal arbitral prend des dispositions pour tenir à huis clos la partie de l'audience appelant une telle protection.
3. Le tribunal arbitral prend des dispositions logistiques pour faciliter l'accès du public aux audiences (y compris, le cas échéant, en lui permettant d'y assister par liaison vidéo ou par d'autres moyens qu'il juge appropriés). Cependant, il peut, après consultation des parties au litige, décider de tenir tout ou partie des audiences à huis clos si une telle mesure devient nécessaire pour des motifs logistiques, notamment si les circonstances rendent impossible toute disposition prévue aux fins de l'accès du public à une audience.

#### **Art. 7** Exceptions à la transparence

##### *Informations confidentielles ou protégées*

1. Les informations confidentielles ou protégées, définies au par. 2 et identifiées conformément aux modalités visées aux par. 3 et 4, ne sont pas mises à la disposition du public conformément aux art. 2 à 6. 2. Sont considérées comme informations confidentielles ou protégées:
  - a) Les informations commerciales confidentielles;
  - b) Les informations protégées contre la divulgation en vertu du traité;
  - c) Les informations protégées contre la divulgation, celles de l'État défendeur en vertu de sa législation et les autres en vertu de toute loi ou règlement que le tribunal arbitral juge applicable à la divulgation de telles informations; ou
  - d) Les informations dont la divulgation compromettrait l'application des lois.
3. Le tribunal arbitral, après consultation des parties au litige, prend des dispositions pour prévenir la mise à disposition du public de toute information confidentielle ou protégée, notamment en prévoyant, selon qu'il convient:

- a) Un délai pendant lequel une partie au litige, une partie au traité non partie au litige ou un tiers doit notifier qu'il demande la protection de telles informations dans un document;
- b) Des procédures pour désigner et supprimer promptement les informations confidentielles ou protégées de ces documents; et
- c) Des procédures pour tenir des audiences à huis clos dans la mesure exigée par le par. 2 de l'art. 6.

C'est lui qui décide après consultation des parties si des informations sont confidentielles ou protégées.

4. Si le tribunal arbitral décide que des informations ne devraient pas être supprimées d'un document ou qu'il n'y a pas lieu d'empêcher la divulgation d'un document, toute partie au litige, partie au traité non partie au litige ou tiers ayant volontairement versé le document au dossier de la procédure arbitrale peut l'en retirer intégralement ou en partie.

5. Rien dans le présent Règlement n'oblige un État défendeur à mettre à la disposition du public des informations dont il considère que la divulgation irait à l'encontre de ses intérêts essentiels de sécurité.

#### *Intégrité du processus arbitral*

6. Une information n'est pas mise à la disposition du public en application des art. 2 à 6 dans les cas où cette divulgation compromettrait l'intégrité du processus arbitral au sens du par. 7.

7. Le tribunal arbitral peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie au litige, après consultation des parties au litige si cela est possible, prendre des mesures appropriées pour restreindre ou retarder la publication d'informations lorsque celle-ci compromettrait l'intégrité du processus arbitral du fait qu'elle pourrait entraver la collecte ou la production d'éléments de preuve ou entraîner l'intimidation de témoins, d'avocats agissant pour les parties au litige ou de membres du tribunal arbitral, ou dans des circonstances exceptionnelles comparables.

#### **Art. 8** Dépositaire des informations publiées

Le dépositaire des informations publiées en vertu du Règlement sur la transparence est le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ou une institution désignée par la CNUDCI.

**Modification de l'art. 1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI**

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (avec nouveau par. 4 à l'art. 1, adopté en 2013)

*Champ d'application**Art. 1*

4. Pour l'arbitrage entre investisseurs et États engagé en vertu d'un traité prévoyant la protection des investissements ou des investisseurs, le présent Règlement inclut le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (le «Règlement sur la transparence»), sous réserve de l'article premier de ce dernier.