

## Comité français de l'arbitrage

Réunion conjointe des Groupes de travail  
« Arbitrage et investissements internationaux » et « Travaux de la CNUDCI »

Jeudi 12 janvier 2012, 147 Avenue de Malakoff 75116 Paris

### Ordre du jour ;

Le Comité français de l'arbitrage (le « CFA ») a créé à la fin de l'année 2010 un groupe *ad hoc* réunissant les deux groupes de travail du CFA intitulés « Arbitrage et investissements internationaux » et « Travaux de la CNUDCI » en vue d'assurer le suivi des travaux en cours du Groupe de travail de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements internationaux.

Le groupe *ad hoc* ayant décidé lors de sa session du jeudi 3 novembre 2011 de soumettre au Groupe de travail de la CNUDCI, au nom du CFA, des « observations », un avis ou des « recommandations » sur la transparence dans l'arbitrage en matière d'investissements internationaux, il a été fixé comme ordre du jour la formulation d'un texte commun.

### Participants :

Étaient présents : les Présidents des deux groupes, Monsieur le Professeur Jean-Michel Jacquet et Monsieur le Président Dominique Hascher, ainsi que, Madame le Professeur Brigitte Stern, Monsieur le Professeur Pierre Mayer, Denis Bensaude et Antoine Romanetti.

Les absents excusés sont : Jean-Jacques Arnaldez, Mathias Audit, Yas Banifatemi, Béatrice Castellane, Walid Ben Hamida, Laurent Jaeger, Gaëlle Le Quillec et Sébastien Manciaux.

---

La réunion est ouverte à 17h30 par Monsieur le Professeur Jean-Michel Jacquet, Président du groupe de travail "Arbitrage et investissements internationaux", et Monsieur le Président Dominique Hascher, Président du groupe « Travaux de la CNUDCI ».

Jean-Michel Jacquet ayant transmis aux membres du groupe *ad hoc* deux documents rédigés par ses soins, intitulés « *Résumé des travaux de la session de Vienne (3-7 octobre 2011) du Groupe de travail II de la CNUDCI* » et « *Proposition d'un canevas pour la réunion du 12/01/2012 des groupes de travail CNUDCI/Investissements en vue de la rédaction des observations du CFA* », les débats ont suivi la structure du canevas proposé, à savoir les divers problèmes qui se posent (et non pas un examen article par article du projet de Règlement préparé par le Groupe de travail de la CNUDCI).

Il apparaît qu'une commission de la CCI travaille également depuis environ deux ans sur cette question de la transparence. Les membres de ladite commission auraient déjà eu une dizaine de réunions, l'idée étant d'adapter le Règlement d'arbitrage CCI, en effectuant des petites adaptations mineures afin de ne pas dissuader les Etats de (ne pas) recourir à l'arbitrage CCI. En réalité, les travaux de cette commission sont plus généraux et ne limitent pas à la question de la transparence.

En pratique, cette commission a élaboré un document marketing afin de montrer aux Etats combien l'arbitrage CCI est adapté ... Selon Denis Bensaude, qui a bien résumé l'esprit de ce document, « Ce qui inquiète les Etats ne devrait pas les inquiéter » !

A titre préliminaire, Jean-Michel Jacquet, en sa qualité de représentant de la France à la CNUDCI, évoque les tendances les plus récentes à la CNUDCI. Le mouvement général est très favorable à la transparence, à l'exception de certains Etats européens qui résistent, tels par exemple les Etats de l'Europe de l'Est qui font partie de l'Union Européenne (la Pologne et la République Tchèque) et curieusement l'Allemagne. Jusqu'à présent, la France et l'Allemagne avaient des positions très proches, mais désormais les Allemands sont devenus très réticents. Le représentant de la Chine n'est pas très enthousiaste non plus. Les Etats qui « mènent le jeu » sont les Etats-Unis et le Canada. Le Royaume-Uni est parfois très favorable à la transparence, et parfois effectue des reculs étonnants. La France a décidé d'être très favorable à la transparence, pour des raisons purement utilitaristes.

Sur le principe même de la formulation d'un avis, des « observations » ou des « recommandations » par le CFA, Jean-Michel Jacquet rappelle que les membres du groupe *ad hoc* sont tombés d'accord lors de la dernière session du 3 novembre 2011 sur le fait qu'il était nécessaire de ne pas se prononcer sur l'opportunité pour la CNUDCI d'adopter un Règlement sur la transparence.

Jean-Michel Jacquet rappelle que les représentants des divers pays représentés ne se sont pas encore mis d'accord sur la question centrale du champ d'application du Règlement (Art. 1). Partant, le groupe *ad hoc* a décidé, lors de sa dernière session, de ne pas prendre parti sur cette question, car elle apparaît étroitement liée à la politique de la CNUDCI, non encore réglée (voir le résumé de la 3<sup>ème</sup> session du groupe *ad hoc*).

A cet égard, Pierre Mayer regrette que la CNUDCI ait mis en quelque sorte la « locomotive » à la fin du « train », et donc implicitement indique qu'il aurait été utile que la CNUDCI définisse dans un premier temps ce champ d'application. Jean-Michel Jacquet lui répond que les membres du groupe de travail de la CNUDCI ont bien tenté au début de se mettre d'accord sur ce point, mais devant les « ratés » du moteur, il a été décidé de mettre cette question de côté. Brigitte Stern fait remarquer que cela est surprenant, car le contenu des règles sur la transparence va dépendre du champ d'application du Règlement.

Pierre Mayer s'interroge sur les intentions des promoteurs du Règlement d'arbitrage CNUDCI. Ces derniers devraient en principe avoir à cœur le succès dudit Règlement, à savoir qu'il soit choisi le plus souvent possible par les parties. Il ajoute que les règles sur la transparence pourraient faire peur aux utilisateurs.

Brigitte Stern fait allusion à des affaires récentes en matière d'arbitrage d'investissement et compare la transparence à une sorte de « mythe » ; « la transparence est ardemment désirée lorsque l'on ne l'a pas, et désintéresse immédiatement lorsqu'on l'obtient ». En particulier, elle évoque une affaire dans laquelle des ONG ont mené une campagne de presse virulente sur Internet. Le Tribunal arbitral a fini par autoriser ces ONG à soumettre des *amicus curiae*. Cependant, en pratique aucune ONG n'a soumis d'observations. Pierre Mayer fait quant à lui allusion à une affaire concernant un contrat de concession de service public de l'eau dans laquelle le tribunal arbitral a autorisé la soumission d'un mémoire *amicus curiae* par une tierce partie sous réserve que ce mémoire ne fasse pas plus de 30 pages, double interligne, ne contienne pas d'annexes et que les parties n'aient pas accès au dossier pour sa préparation !

Denis Bensaude observe qu'il existe deux types de transparence : la transparence que les ONG réclament et que les institutions et les parties veulent bien leur donner pour les satisfaire, et la

transparence consistant à faire en sorte que les arbitrages CNUDCI fassent l'objet d'autant de publicité que celle des arbitrages CIRDI. Lorsqu'un conseil représente un investisseur étranger qui hésite à intenter un arbitrage d'investissement fondé sur un traité, l'investisseur peut s'interroger sur la voie à choisir en fonction de la publicité qu'il souhaite donner au dossier. Le but véritable de la réforme du Règlement CNUDCI serait ainsi en quelque sorte d'assurer une publicité minimale aux arbitrages CNUDCI en matière d'investissement.

Jean-Michel Jacquet indique qu'il semble utile de se souvenir que la CNUDCI est un organe de l'ONU et en tant que tel, elle est très influencée par la philosophie onusienne. L'ONU étant souvent favorable aux pays en voie de développement, le Secrétariat de la CNUDCI conçoit sa mission dans ce sens. Ainsi, le Président actuel du Groupe de travail, Salim Moollan, oriente les travaux vers la transparence. Il est permis de se demander dans quelle mesure le Secrétariat de la CNUDCI est conscient du fait que si le Groupe de travail va trop loin vers la transparence, le Règlement CNUDCI ne présentera plus cette alternative très intéressante pour les investisseurs par rapport au Règlement d'arbitrage CIRDI. Il existe en effet une possibilité que le Règlement d'arbitrage CNUDCI présente une transparence plus contraignante que le Règlement d'arbitrage CIRDI. Pierre Mayer intervient et dit (de manière ironique) que peut-être que les Etats vont dire dans les traités qu'ils ne veulent plus de l'arbitrage CIRDI, et qu'ils veulent uniquement que les investisseurs aient la possibilité de recourir à des arbitrages CNUDCI. Brigitte Stern observe que les Etats veulent la transparence.

Dominique Hascher rappelle que la question s'était posée de savoir si le CFA devait vraiment se prononcer et s'il ne serait pas plus sage de conserver le silence. Jean-Michel Jacquet rappelle que la question a en effet été posée et qu'il lui semble que le groupe avait considéré qu'il était opportun de formuler des observations. En tout état de cause, le contenu précis du Règlement n'étant pas encore connu, nous ne pouvons nous prononcer que sur le principe.

Pierre Mayer, revenant sur la question du champ d'application du projet de Règlement, répète qu'il serait important de savoir à quoi le Règlement s'applique et surtout de réfléchir à l'impact d'un tel Règlement auprès des Etats et des investisseurs. Il ne doit pas y avoir que de l'idéologie mais également du réalisme. Si les recommandations du CFA sont trop favorables à la transparence, il existe un risque que le résultat soit contre-productif. Jean-Michel Jacquet précise qu'il n'imagine pas que le CFA puisse émettre des recommandations en faveur de la transparence sans assortir son opinion de certaines mises en garde ou réserves.

Sur question de Jean-Michel Jacquet sur le point de savoir si les membres du groupe *ad hoc* présents sont d'accord pour que le CFA se prononce au moins sur le principe de la transparence lorsque l'intérêt général, les intérêts publics ou le pouvoir normatif de l'Etat est en jeu, les réponses ne sont pas très claires.

Il s'engage ensuite une discussion sur la définition et les interfaces existant entre ces trois notions : l'intérêt général, les intérêts publics, et le pouvoir normatif de l'Etat (c'est-à-dire, lorsque l'investisseur se plaint non pas forcément d'une mesure individuelle mais d'une réglementation d'ordre général qui touche toute une catégorie de personnes). Brigitte Stern considère dans un premier temps que la notion d'« intérêt général » englobe ces deux notions d'« intérêts publics » et de « pouvoir normatif de l'Etat ». Pierre Mayer quant à lui se demande si la notion la plus pertinente ne serait pas les « intérêts locaux », des catégories de personnes que l'Etat ne défend pas et qui voudraient se faire entendre. Par exemple, les citoyens d'une ville qui paient trop cher l'eau à la suite de l'augmentation autorisée par l'Etat des tarifs de l'eau, et qui en pratique ne peuvent plus avoir accès à l'eau. Reconnaissant que la notion d'intérêt général à elle seule pourrait être insuffisante, les membres du groupe proposent de retenir la notion des « intérêts collectifs généraux ou particuliers ». Ainsi, par exemple, dans l'affaire Glamis, les communautés locales ont protesté

contre le projet d'une société minière de développer une mine d'or sur des terres sacrées. Alors que l'Etat n'y voyait aucun inconvénient, la tribu des Quéchua a obtenu du Tribunal arbitral l'autorisation de soumettre de nombreux *amicus curiae*. Il faut donc également favoriser la transparence lorsque des intérêts collectifs particuliers sont touchés par un investissement.

Sur la question de la publication des sentences CNUDCI rendues sur le fondement d'un traité, Pierre Mayer indique d'emblée qu'il n'est pas favorable à une telle publication. De plus en plus, les parties invoquent chacune au soutien de leurs positions respectives les sentences No 1, No. 2, No. 3 etc... pour l'une ; les sentences No. 4, No. 5 et No. 6 etc... pour l'autre. Et l'on arrive parfois à un résultat un peu absurde intellectuellement. S'il y avait plus de sentences, ceci compliquerait encore davantage la tâche des arbitres !

Jean-Michel Jacquet intervient alors en faisant remarquer que nous avons suffisamment d'éléments sur le fondement de la transparence, et qu'il convient de passer désormais à l'examen des questions substantielles.

#### Trois stades dans la transparence :

- la transparence sur l'existence même de la procédure ;
- la gestion de la publicité et la gestion de l'intervention de tiers dans la procédure ;
- la publicité des sentences CNUDCI.

##### 1) La transparence sur l'existence même de la procédure d'arbitrage CNUDCI

La question se pose de savoir quels éléments de l'arbitrage vont être divulgués dès qu'une demande d'arbitrage est formée.

Brigitte Stern se demande pour quelle raison il faudrait divulguer des éléments quelconques autres que l'existence même de la procédure. En particulier, il apparaît inutile, selon elle, de mettre en ligne une copie de la requête d'arbitrage. Jean-Michel Jacquet fait remarquer que le CIRDI publie des éléments d'information, tels le nom des parties et la date de l'enregistrement de la requête, et s'interroge sur la nécessité d'aller plus loin en matière d'arbitrage CNUDCI (comme par exemple, en matière d'arbitrages conduits sous l'égide de l'ALENA où de très nombreux documents sont publiés par les gouvernements américains et canadiens sur leur site Internet respectif).

Les délégués des pays représentés au Groupe de travail se disputent beaucoup sur le moment de la publication. Pierre Mayer pense que ce n'est certainement pas au tribunal arbitral de l'ordonner, ce n'est pas son rôle. Jean-Michel Jacquet indique que certains délégués considèrent que cette responsabilité incombe au demandeur.

Tous les éléments sont actuellement discutés par les délégués. La position qui semble l'emporter pour l'instant est qu'aucune publication sur l'existence de l'arbitrage ne doit avoir lieu avant la constitution du tribunal arbitral. Toutefois, il existe un fort courant en faveur de la publication dès qu'une demande d'arbitrage est reçue par une partie. Il y aurait donc dès le départ publication de l'identité des parties et de l'objet du litige. Les délégués discutent encore à propos de la publication ou non de la requête d'arbitrage. On va pour l'instant beaucoup plus loin que le CIRDI.

Dans l'hypothèse où le Règlement imposerait la publication des mémoires, Pierre Mayer et d'autres s'interrogent sur le point de savoir si les investisseurs et les Etats accepteraient une telle mesure. Le sentiment de la majorité des participants présents est que la réponse des investisseurs serait négative. Jean-Michel Jacquet précise toutefois que si ce système sur la transparence se mettait en place, les investisseurs ne pourraient pas refuser de publier leurs mémoires, car le système d'opting

out ne pourrait être exercé que par les Etats (et non par les investisseurs). Un participant souligne qu'une telle réforme serait une faveur énorme faite à la Chambre de commerce de Stockholm.

La transparence, en portant le litige sur la place publique peut conduire les parties à raidir leurs positions et à faire échec aux tentatives de conciliation et de règlement à l'amiable du litige.

Selon Jean-Michel Jacquet, le Groupe de travail de la CNUDCI est intraitable sur la nécessité de rendre public les éléments suivants : l'identité des parties, leur nationalité (même si cela n'est pas toujours très facile), et le secteur économique en cause. Les membres s'interrogent encore sur la nécessité de publier ou non la requête d'arbitrage elle-même.

## 2) La publicité des documents et l'intervention des tierces parties

Selon le projet de Règlement actuel qui pourrait s'imposer, il y aurait des documents dont la publicité serait de principe, tels que :

- la requête d'arbitrage,
- la réponse à la requête d'arbitrage,
- les rapports des experts,
- la sentence,
- les communications écrites des Etats membres du traité en question.

Après consultation des parties, le tribunal arbitral disposerait du pouvoir d'ordonner la publication de tous les documents, sous réserve des exceptions prévues à l'article 7 du projet de Règlement.

Les tiers disposeraient du droit de demander au tribunal arbitral d'avoir accès à des documents, et le tribunal aurait l'obligation de se prononcer sur une telle demande. Pierre Mayer trouve dommage que le tribunal ait l'obligation de trancher le litige. Jean-Michel Jacquet fait remarquer que de toute manière la publicité de principe des documents mentionnés ci-dessus réduirait de manière significative le pouvoir discrétionnaire des arbitres.

L'élément le plus novateur est que la publication des sentences arbitrales CNUDCI deviendrait obligatoire en matière d'arbitrage d'investissement.

En ce qui concerne les interventions des tiers, il apparaît nécessaire de distinguer les *amicus curiae* (désormais appelés par le Groupe de travail, les « observations des tiers »), et celles de l'Etat partie au litige. En réalité, le Groupe de travail de la CNUDCI s'est fortement inspiré du régime des *amicus curiae* prévu dans le Règlement d'arbitrage CIRDI. Ainsi, le tribunal arbitral devra se prononcer sur l'admission ou non des « observations des tiers » en tenant compte notamment de :

- l'intérêt de l'intervention et de l'objectif poursuivi ;
- la qualité de la personne ou de l'organisation souhaitant intervenir.

Le droit d'intervention de ces tiers serait sévèrement encadré et le tribunal arbitral aurait le droit de s'y opposer.

En ce qui concerne le régime de l'intervention d'un Etat partie au litige, les travaux du Groupe de travail sont toujours en cours.

Le Groupe de travail de la CNUDCI a également prévu des garde-fous généraux. Ainsi, en cas de menace de l'intégrité de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral pourrait se fonder sur ces

principes pour s'opposer à la communication des documents.

Enfin, la question de la publicité des documents risque de poser de lourdes difficultés pratiques aux tribunaux arbitraux.

Il est question que tous les documents soient transmis à un registre qui serait soit tenu par la Cour Permanente d'Arbitrage à La Haye, soit par une institution créée à cet effet. Jean-Michel Jacquet indique que la création d'une institution permettrait de pallier à de nombreuses difficultés pratiques.

Si en matière d'arbitrage CIRDI, les tiers n'ont pas accès en principe aux documents, il semblerait que si le Règlement CNUDCI sur la transparence était adopté et appliqué, les tiers n'auraient qu'à aller se servir dans ce registre.

Le fait d'instaurer la transparence va créer un appel d'air dans un premier temps. Cela va conduire beaucoup de personnes à vouloir intervenir.

Enfin, les participants évoquent une nouvelle fois la question du champ d'application du Règlement. Jean-Michel Jacquet souligne qu'il lui semble important d'éviter le risque politique de se prononcer sur ledit champ d'application. En définitive, le groupe *ad hoc* est confronté à un double risque : soit nous nous prononçons en faveur de la transparence et nous courons le risque de décevoir les membres du CFA, habitués à la confidentialité, soit nous nous montrons timides, voire hostiles à la transparence, et nous risquons de décevoir les membres du Groupe de travail de la CNUDCI qui pourraient croire que nous sommes réactionnaires.

Conclusion :

En raison du nombre limité des participants à la présente réunion et du défaut d'accord sur un texte commun, l'intervention du CFA auprès du Groupe de travail de la CNUDCI visant à émettre des « recommandations » est reportée à une réunion ultérieure du groupe *ad hoc*.

La prochaine session du Groupe de travail de la CNUDCI aura lieu à Vienne la première semaine de février 2012.

Aucune autre question n'étant formulée, la réunion est levée à 19h30.

\* \* \*

Le 3 février 2012