

Arbitrage commercial et arbitrage d'investissement

Le principe de confidentialité a-t-il toujours sa place au sein du procédé arbitral ?

Mémoire réalisé par
Céline Vignoble

Promoteur
Yannick Radi

Année académique 2017-2018
Master en droit

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.

REMERCIEMENTS

Il est tout d'abord indispensable de remercier le Professeur Jean-François VAN DROOGHENBROECK qui, le premier, a fait naître mon intérêt pour la matière, ainsi que le Professeur Jarod WONG de l'Université de McGeorge qui m'a enseigné les concepts fondamentaux du droit de l'arbitrage international et a suscité mon engouement pour cette thématique.

Il faut ensuite remercier mon promoteur, Yannick RADI, pour son investissement, sa disponibilité, ses conseils ainsi que pour avoir encadré mes recherches tout au long de cette étude.

Je remercie également Julie CROISIER et Guido VANGEEM pour avoir pris le temps de soigner la formulation et la rédaction du texte.

Aussi et surtout, je remercie mes parents pour m'avoir accompagnée lors de l'élaboration de ce travail de longue haleine et pour avoir apaisé mes doutes lorsque j'en avais besoin. Bien plus, c'est tout au long de mes études universitaires que leur soutien m'a été précieux. Je voulais ici leur exprimer mon infinie reconnaissance.

Enfin, je remercie tous ceux dont le nom n'apparaît pas mais qui m'ont accompagnée dans la rédaction de ce mémoire.

Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion, and the surest of all guards against improbity.

(Jeremy BENTHAM, 1843)

INDEX DES ABRÉVIATIONS

ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CCI	Chambre de commerce internationale
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations-Unies pour le droit commercial international
CEPANI	Centre belge d'arbitrage et de médiation
EAA	English arbitration act
FAA	Federal arbitration act
LCIA	London court of international arbitration
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
TBI(s)	Traité(s) bilatéral(aux) d'investissement

Table des matières

Introduction	1
Chapitre I. Contexte de l'arbitrage international	5
<i>Section I. L'arbitrage commercial</i>	<i>5</i>
§1 ^{er} . Les caractéristiques essentielles de l'arbitrage	5
§2. Les avantages du recours à l'arbitrage.....	6
<i>Section II. L'arbitrage d'investissement.....</i>	<i>8</i>
§1 ^{er} . Historique.....	8
§2. Mode privilégié pour la résolution des conflits en lien avec un investissement	9
§3. Nature hybride de l'arbitrage d'investissement et enjeu d'intérêt public.....	10
<i>Section III. L'arbitrage interétatique.....</i>	<i>11</i>
Chapitre II. La confidentialité dans le système arbitral traditionnel	12
<i>Section I. La confidentialité et le caractère privé de la procédure arbitrale perçus comme l'un des atouts majeurs de l'arbitrage commercial.....</i>	<i>12</i>
<i>Section II. La confidentialité dans l'arbitrage d'investissement.....</i>	<i>14</i>
§1 ^{er} . Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.....	14
§2. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI.....	16
§3. L'ALENA.....	16
<i>Section III. La confidentialité dans l'arbitrage commercial international.....</i>	<i>17</i>
§1 ^{er} . Examen du cadre légal gouvernant l'arbitrage commercial international	18
A. Les règlements d'arbitrage institutionnels	18
B. Les législations nationales.....	19
C. L'autonomie procédurale des parties	19
a. Le principe	19
b. Les limites.....	21
§2. Etat des jurisprudences nationales sur le principe de confidentialité.....	22
A. Reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité	22
a. Angleterre.....	23
b. Singapour.....	23
B. Refus de reconnaître une obligation implicite de confidentialité	24
a. Australie	24
b. France	25
C. Le cas de la Belgique	26
Chapitre III. La remise en cause du principe de confidentialité.....	27
<i>Section I. L'origine du mouvement en faveur de la transparence</i>	<i>27</i>
<i>Section II. La transparence comme manière de contribuer au développement de l'arbitrage.....</i>	<i>28</i>
§1 ^{er} . Amélioration de la prévisibilité et de la cohérence du système arbitral.....	29
§2. Amélioration de la qualité des sentences arbitrales rendues.....	30
§3. Accélération de la vitesse décisionnelle.....	30
§4. Développement des valeurs démocratiques	31

§5. Évitement de l'effet « Repeat Player »	31
§6. Meilleure désignation des arbitres par les parties.....	32
<i>Section III. La transparence comme manière de résoudre la crise de légitimité dans l'arbitrage d'investissement</i>	33
<i>Section IV. Critiques et risques liés à la promotion de la transparence</i>	33
Chapitre IV. Conséquences de la remise en cause du système arbitral traditionnel basé sur le principe de confidentialité	36
<i>Section I. La transparence dans l'arbitrage d'investissement</i>	36
§1 ^{er} . Mesures progressives adoptées dans le cadre de l'ALENA.....	37
§2. Amendement du Règlement d'arbitrage du CIRDI.....	40
§3. Adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI	41
A. Contexte de l'adoption du Règlement sur la transparence.....	42
B. Champ d'application du Règlement sur la transparence.....	43
a. L'article premier du Règlement sur la transparence.....	43
b. La Convention de Maurice sur la transparence.....	45
C. Contenu matériel du Règlement sur la transparence.....	46
a. Dispositions promouvant la transparence.....	47
b. Exceptions à la transparence.....	49
D. Forces du Règlement sur la transparence	50
E. Faiblesses du Règlement sur la transparence	51
<i>Section II. La transparence dans l'arbitrage commercial</i>	53
§1. Raisons soutenant la remise en cause du principe de confidentialité	53
§2. Pistes à envisager pour mettre en œuvre la réforme	55
A. Difficultés liées à la mise en œuvre de la réforme.....	55
a. Délimitation de l'intérêt public.....	55
b. Une réforme suffisamment précise	56
c. Une réforme adoptée au niveau international	56
d. Le problème lié à l'autonomie des parties	57
e. Nécessité de créer un incitant	57
B. Une réforme inspirée par le Règlement sur la transparence de la CNUDCI	58
C. D'autres développements	60
Conclusion	63
BIBLIOGRAPHIE	65

Introduction

L'arbitrage est un mode alternatif de résolution des conflits à la justice étatique auquel on recourt de plus en plus afin de procéder au règlement des différends, que ceux-ci mettent aux prises deux parties privées (arbitrage commercial) ou un investisseur et un Etat (arbitrage d'investissement). L'une des raisons fondamentales pour laquelle les parties se dirigent traditionnellement vers ce type de règlement des conflits tient, ou plutôt tenait, dans son caractère confidentiel et privé, au contraire du fonctionnement de la justice étatique où tout est mis en œuvre pour garantir l'ouverture des portes du tribunal et l'accès aux jugements.

L'on constate cependant, depuis une vingtaine d'années pour l'arbitrage d'investissement et plus récemment pour l'arbitrage commercial, une remise en cause du principe de confidentialité dans ces matières : la confidentialité ne s'impose plus d'elle-même. Si cette remise en cause peut être aisément comprise dans l'arbitrage d'investissement où la simple présence d'un Etat comme partie au conflit semble être une raison suffisante pour susciter l'intérêt du public, il n'en va pas de même pour ce qui concerne l'arbitrage commercial qui, dans la majorité des cas, se déroule entre deux entreprises privées. Quelles sont, dès lors, les raisons qui permettent de justifier ce changement de perspective uniformément admis dans l'arbitrage d'investissement ? Pourquoi et comment la transparence est-elle aussi devenue une préoccupation dans le domaine de l'arbitrage commercial ? Comment peut-on justifier l'immixtion du public dans la résolution d'un conflit qui ne regarde que deux personnes privées ? Plus fondamentalement, le principe de confidentialité a-t-il toujours sa place au sein du procédé arbitral ?

Pour répondre à ces questions, nous examinerons, dans le cadre de ce mémoire, les avancées effectuées en matière de promotion de la transparence dans l'arbitrage d'investissement, avancées qui ont mené à l'adoption de nouvelles normes en la matière. Nous insisterons également sur les bienfaits engendrés par ce changement de perspective. L'accent sera aussi mis sur l'arbitrage commercial et nous soutiendrons, dans le cadre de ce mémoire, que la confidentialité absolue qui caractérisait traditionnellement ce procédé est à présent dépassée et doit pouvoir dans certains cas se retirer pour laisser plus de place à la transparence et à l'information du public. Si nous sommes convaincus que la transparence percera un jour la sphère de l'arbitrage commercial, des interrogations subsistent toutefois sur la manière dont il conviendrait de l'intégrer dans le procédé.

Avant de commencer, il est d'abord essentiel de bien s'entendre sur l'étendue des notions clés de cette étude, à savoir les notions de confidentialité et de transparence, notions toutes deux utilisées dans le but de décrire la mesure dans laquelle les informations sont disponibles et accessibles au public¹.

En ce qui concerne la confidentialité, il est important, d'un point de vue terminologique, de bien distinguer ce concept du caractère privé de la procédure arbitrale. Si les auteurs ont souvent débattu sur les définitions à donner à ces deux notions, une manière sensée de les distinguer est de se concentrer sur les personnes auxquelles s'adresse la restriction². Le caractère privé de la procédure arbitrale, garanti dans pratiquement toutes les lois d'arbitrage et règlements d'institutions, restreint l'accès général du public aux audiences de sorte que les seules personnes autorisées à y assister et participer sont les parties à la clause d'arbitrage, leur conseil et les arbitres³. En d'autres termes, l'audience arbitrale se déroule traditionnellement à huis clos. La notion de confidentialité, quant à elle, restreint ce que les parties au litige, le tribunal et l'institution arbitrale peuvent révéler aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui n'étaient pas impliquées dans l'arbitrage⁴. L'obligation de confidentialité empêche donc les parties de révéler aux tiers les informations relatives à l'arbitrage, comme les procès-verbaux d'audience, les mémoires écrits ou encore les sentences arbitrales⁵. Si certains défenseurs de la confidentialité dans l'arbitrage sont d'avis que le caractère privé de la procédure (quasiment uniformément accepté) entraîne nécessairement une obligation de confidentialité, sauf accord contraire des parties⁶, pour les partisans de la transparence, il est, au contraire, préférable de voir le caractère privé des audiences comme un concept relativement étroit qui ne va pas nécessairement de pair avec une obligation plus large de confidentialité⁷. Ce mémoire ayant entre autres pour but d'insister sur l'importance de la transparence dans l'arbitrage, c'est de cette dernière façon qu'il conviendra d'appréhender la notion.

¹ A. ASTERITI et C. J. TAMS, « Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration », in *International Investment Law and Comparative Public Law*, Forthcoming, 2010, p. 1.

² R. D. ARGENT, « Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration », in *BROOK. J. INT'L L.*, vol. 40, 2014, p. 215.

³ M. PRYLES, « Chapter 24: Confidentiality », in *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (sous la dir. de L. W. NEWMAN et R. D. HILL), New York, Juris Publishing Inc., 2014, p. 505.

⁴ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 215 (« [...] such a distinction is intuitive because speaking "in private" means no one else is around, while being told something "in confidence" means that the recipient of the information is expected to keep it secret »).

⁵ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, 2^e éd., Pays-Bas, Kluwer Law International, 2016, p. 201.

⁶ Selon les défenseurs du principe de confidentialité, il n'y aurait en effet aucun sens dans le fait de dire que les audiences arbitrales sont privées tout en permettant ensuite aux parties de publier les détails de ces audiences à des tiers. À ce titre, Yves FORTIER avait déclaré : « [...] the concept of privacy would have no meaning if participants were required to arbitrate privately by day while being free to pontificate publicly by night ». Voir Y. FORTIER, « The occasionally unwarranted assumption of confidentiality », in *Arbitration International*, vol. 15, Issue 2, p. 132.

⁷ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 202.

La transparence non plus n'a pas toujours été un concept clairement défini, de sorte qu'il existe différentes approches sur la question dans la littérature⁸. Dans le passé, certains auteurs⁹ définissaient le concept de transparence de manière (trop) étroite, comme englobant essentiellement la question de savoir si les parties en conflit étaient suffisamment informées des règles de procédure qui gouvernaient la conduite du tribunal arbitral¹⁰. Il s'agissait alors essentiellement d'une question de transparence procédurale qui n'indiquait rien de la mesure dans laquelle la transparence affectait ou non la substance même du litige¹¹. Finalement, les auteurs partisans de cette définition concluaient que la transparence existait déjà dans une large mesure au sein de l'arbitrage international¹².

Afin de poser un vrai regard sur la mesure dans laquelle la transparence existe, il semble toutefois plus prudent de définir cette notion de manière plus large, comme englobant non seulement la transparence procédurale, mais également trois autres aspects fondamentaux que sont l'accès du public aux audiences arbitrales, la publication d'informations en lien avec l'arbitrage et la participation de tiers à la procédure au moyen de soumissions écrites (*amici curiae* briefs)¹³. Cette approche plus étendue est par ailleurs celle suivie actuellement par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (ci-après, la CNUDCI)¹⁴ ainsi que par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ci-après, le CIRDI) dans leur règlement respectif et, plus généralement, par les auteurs qui défendent la promotion de la transparence dans l'arbitrage¹⁵. Pour résumer, la tendance vers plus de transparence dans l'arbitrage international se préoccupe principalement de l'accès du public aux audiences arbitrales, de la publication des documents en lien avec l'arbitrage, en ce compris les sentences, et de la participation des tiers à la procédure¹⁶. C'est de cette manière qu'il conviendra donc de comprendre ce terme dans la suite de cette étude.

⁸ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 218 ; C. A. ROGERS, « Transparency in International Commercial Arbitration », in *U. Kan. L. Rev.*, vol. 54, 2006, p. 1303.

⁹ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1303.

¹⁰ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 218.

¹¹ *Ibid.*

¹² C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1303.

¹³ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 218 ; P. COATES, « The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State arbitration: continuing the evolution of investment treaty arbitration », in *International Arbitration Law Review*, vol. 17 (6), 2014, p. 114.

¹⁴ En effet, la CNUDCI, dans son Règlement sur la transparence, a adopté des dispositions renvoyant à la publicité des audiences, à la publication des documents en lien avec l'arbitrage, et à la possibilité pour des tiers de présenter au tribunal des observations. Voir ég. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 44^e sess., 27 juin-15 juillet 2011, doc. A/CN.9/712, p. 10 (« Il a été généralement convenu que les questions de fond à examiner [au sujet de la transparence] seraient les suivantes : publicité de l'ouverture des procédures arbitrales ; documents à publier (tels que les actes de procédure, les ordonnances de procédure et les pièces justificatives) ; documents soumis par des tiers ("amici curiae") durant les procédures ; publicité des audiences ; publication des sentences arbitrales ; [...] »).

¹⁵ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 219.

¹⁶ *Ibid.*, p. 220.

Le premier chapitre introductif de ce travail se penchera essentiellement sur les notions et concepts essentiels de l'arbitrage commercial et de l'arbitrage d'investissement afin de bien cerner l'étendue de ce mémoire.

Le deuxième chapitre consistera en une analyse du système arbitral traditionnel, c'est-à-dire en une description du système arbitral tel qu'il était envisagé avant la remise en cause du caractère confidentiel de l'arbitrage. Pour ce faire, l'attention du lecteur sera attirée sur le fait et les raisons pour lesquelles la confidentialité et le caractère privé de la procédure arbitrale ont depuis toujours été des facteurs déterminants dans la décision de recourir à l'arbitrage plutôt qu'à la justice étatique. Ensuite, nous procéderons à un examen des dispositions liées à la question de la confidentialité entourant généralement l'arbitrage d'investissement, en évoquant successivement les Règlements d'arbitrage de la CNUDCI et du CIRDI, ainsi que des règles en vigueur au sein de l'ALENA. Le parallèle sera fait avec l'arbitrage commercial en évoquant les règles en vigueur ainsi que les jurisprudences sur le sujet de la confidentialité mais également la possibilité laissée aux parties de rédiger une clause de confidentialité. Cette analyse aura pour but de démontrer que si la confidentialité est souvent présentée comme une valeur essentielle de l'arbitrage, celle-ci est cependant loin d'être unanimement consacrée par ces différentes autorités.

L'objet du troisième chapitre consistera à remettre en cause le principe de confidentialité et le caractère privé de la procédure au profit d'une nouvelle optique nettement plus centrée sur la transparence. L'origine du mouvement en faveur de la transparence sera abordée et l'accent sera également mis sur les avantages engendrés par une procédure arbitrale plus accessible et ouverte au public. Nonobstant le fait que certains sont d'avis que la promotion de la transparence pourrait engendrer différents risques tels que, par exemple, une perte d'efficacité du processus arbitral, nous soutiendrons, dans le cadre de ce mémoire, que ces risques devront être minimisés au vu des bienfaits dérivant de la transparence.

Dans une dernière partie, les conséquences pratiques de cette remise en cause de la confidentialité seront détaillées. Il sera fait mention des mesures et dispositions qui ont été adoptées dans le but de promouvoir la transparence dans l'arbitrage d'investissement, au sein de la CNUDCI, du CIRDI et de l'ALENA. Nous évoquerons également les différentes pistes envisageables pour améliorer la transparence au sein cette fois de l'arbitrage commercial. Parmi celles-ci, nous soutiendrons qu'une réforme inspirée du Règlement sur la transparence de la CNUDCI semble actuellement être la solution la plus efficace, même si certains problèmes liés à la mise en œuvre de celle-ci devront préalablement être examinés et résolus. Enfin, et avant de conclure, des développements alternatifs ou complémentaires à la réforme de la transparence abordée ci-dessus seront envisagés.

Chapitre I. Contexte de l'arbitrage international

Au sein de cette première partie, les caractéristiques essentielles de l'arbitrage commercial ainsi que les avantages du procédé arbitral par rapport à la justice étatique seront détaillés. Ensuite, les facteurs qui permettent de différencier l'arbitrage d'investissement de l'arbitrage commercial seront évoqués avant d'aborder brièvement les contours de l'arbitrage interétatique sans s'y attarder puisque ce mémoire est centré sur l'arbitrage commercial et d'investissement.

Section I. L'arbitrage commercial

L'arbitrage commercial est un mode alternatif de résolution des conflits. Plus précisément, il s'agit d'un procédé par lequel les parties soumettent leur litige, de manière consensuelle, à un ou plusieurs décideurs non étatiques, sélectionnés par les parties afin de rendre une décision contraignante sur l'issue de leur litige¹⁷. Pour mieux comprendre son fonctionnement, l'on abordera dans cette section ses caractéristiques essentielles ainsi que les avantages du recours à cette méthode de résolution des conflits.

§1^{er}. Les caractéristiques essentielles de l'arbitrage

L'arbitrage, qu'il soit d'ailleurs commercial ou d'investissement, présente plusieurs caractéristiques majeures qui le distinguent de la justice étatique.

Premièrement, l'arbitrage est un procédé consensuel ou volontaire de résolution des conflits. Cela signifie qu'il faut nécessairement, pour y recourir, que les parties aient préalablement marqué leur accord étant donné que le pouvoir de l'arbitre dérive directement et uniquement de la convention d'arbitrage¹⁸, au contraire du fonctionnement de la justice étatique¹⁹. La convention d'arbitrage a également pour effet de limiter le pouvoir des arbitres car ceux-ci pourront uniquement trancher les questions qui tombent dans le champ d'application de celle-ci²⁰.

¹⁷ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 2.

¹⁸ M. L. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^e éd., États-Unis, Cambridge University Press, 2017, p. 2. Voir aussi art. 7, § 1^{er}, de la Loi type de la CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) : « Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends [...] » ; art. II de la Convention de New-York qui ne s'applique qu'à « la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage [...] ».

¹⁹ Attirer une personne devant les tribunaux étatiques ne nécessite en effet aucun accord préalable des parties, puisque l'administration de la justice est l'une des prérogatives traditionnellement reconnues à l'Etat. Voir A. BERNARD, *L'arbitrage volontaire en droit privé : l'arbitrage en droit interne belge et français*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1937, p. 5.

²⁰ M. L. MOSES, op. cit., p. 2.

Deuxièmement, les arbitres sont des personnes privées qui ne sont, en aucune manière, liées à l'Etat²¹. Par ailleurs, ils sont choisis par ou pour les parties²² principalement en raison de leur expertise et compétence dans le domaine litigieux²³. *A contrario*, devant les cours et tribunaux, les parties n'ont pas voix au chapitre quant à la désignation du juge compétent pour trancher leur conflit.

Enfin, la sentence arbitrale revêt un caractère contraignant et est définitive. La sentence arbitrale est contraignante en ce sens qu'elle ne fait pas office de simple recommandation que les parties seraient libres ou non de suivre²⁴. Bien au contraire, en concluant la convention d'arbitrage, les parties s'engagent à respecter les termes de la sentence rédigée par les arbitres. Par ailleurs, dans le cas où l'une des parties manquerait aux obligations qui sont les siennes en vertu de la sentence arbitrale, l'autre a la possibilité de faire exécuter la sentence devant les cours nationales du lieu où se trouvent les biens de la partie succombante, grâce aux dispositions prévues dans la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (ci-après, la Convention de New-York)²⁵. La sentence, alors revêtue de la formule exécutoire, pourra faire l'objet d'une exécution forcée. La sentence est également finale et définitive car elle ne pourra pas faire l'objet d'une révision au fond par les cours nationales²⁶. Si un recours en annulation est possible dans la plupart des juridictions, celui-ci ne pourra être accordé que sur base de motifs limitativement énumérés.

§2. Les avantages du recours à l'arbitrage

L'arbitrage est généralement vu comme étant le mode de résolution des conflits préféré afin de résoudre des litiges commerciaux internationaux car il présente de nombreux atouts par rapport à la justice étatique²⁷.

²¹ M. L. MOSES, *op. cit.*, p. 2.

²² Dans le cas où la convention d'arbitrage prévoit que trois arbitres doivent être nommés par les parties et que l'une d'entre elles manque à son obligation de le désigner dans un certain délai, la plupart des règlements institutionnels prévoient que l'institution ou le tribunal étatique procèdera à la nomination de l'arbitre de la partie défaillante, afin d'éviter que cette dernière ne puisse retarder la mise en route de l'arbitrage de manière indéfinie. Voir art. 12, § 4, du Règlement d'arbitrage de la CCI (2017), et art. 11, § 3, a), de la Loi type de la CNUDCI (telle qu'amendée en 2006).

²³ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 3.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (« Convention de New-York »), signée à New-York le 10 juin 1958, approuvée par la loi du 5 juin 1975, *M.B.*, 15 novembre 1975, p. 14410 ; G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 3.

²⁶ En principe, la sentence arbitrale ne pourra jamais faire l'objet d'une révision au fond. Cela signifie que même si les arbitres ont commis des erreurs dans l'application du droit ou dans l'appréciation des faits, la sentence pourra toujours être exécutée. Voir M. L. MOSES, *op. cit.*, p. 3.

²⁷ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 7.

Premièrement, l'arbitrage présente l'avantage non négligeable d'offrir aux parties un forum neutre²⁸, c'est-à-dire dénué de toute appartenance au gouvernement de l'une des deux parties²⁹. Par conséquent, et au contraire de ce qui se passe lorsque les parties recourent au juge étatique pour résoudre leur conflit, les deux parties ont la possibilité de présenter leur affaire devant un tribunal arbitral réellement neutre et impartial³⁰.

Deuxièmement, la Convention de New-York³¹ garantit, de manière quasiment systématique, l'exécution des conventions d'arbitrage et des sentences arbitrales³² en mettant en place un régime qualifié de « *pro-enforcement* »³³ avec des procédures accélérées de reconnaissance et des motifs limitativement énumérés pouvant justifier de refuser l'exécution de celles-ci³⁴. Il s'agit d'un avantage considérable car il n'existe pas à ce jour une telle convention internationale sur l'exécution des clauses d'élection de for, ni sur celle des jugements étrangers³⁵.

Un troisième avantage de l'arbitrage consiste en l'expertise et la compétence des arbitres désignés par les parties pour résoudre le litige³⁶, au contraire des juges étatiques qui sont non seulement sélectionnés au hasard mais également bien souvent peu préparés pour résoudre les questions techniques qui se posent dans les litiges internationaux³⁷.

Un dernier avantage consiste en le fait que la sentence arbitrale est en principe définitive, c'est-à-dire que le fond de la décision n'est en général pas susceptible de faire l'objet d'une révision devant les cours et tribunaux³⁸. Cela a pour conséquence de réduire considérablement les couts et les lenteurs généralement associés à la justice étatique³⁹.

²⁸ J. LEE, « UNCITRAL's Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations », in *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, vol. 33, 2013, p. 441.

²⁹ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 8.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Cette Convention regroupe cent cinquante-neuf Etats parties au 26 juin 2018, soit la quasi-totalité des Etats du monde. Voir http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html (26 juin 2018).

³² M. L. MOSES, op. cit., p. 4.

³³ *Ibid.*

³⁴ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 9.

³⁵ A noter qu'il existe tout de même certains accords régionaux (et non internationaux) qui cherchent à établir un régime d'exécution des clauses d'élection de for et des jugements internationaux, tel que par exemple, le Règlement Bruxelles I bis (Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012).

³⁶ M. L. MOSES, op. cit., p. 4.

³⁷ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 10.

³⁸ Toutefois, lorsque le siège de l'arbitrage est situé en Belgique, les parties peuvent prévoir dans leur convention arbitrale la possibilité d'interjeter appel de la sentence arbitrale rendue grâce à l'article 1716 du Code judiciaire qui prévoit « [i]l ne peut être interjeté appel contre une sentence arbitrale que si les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage ». L'appel se fera alors devant un autre tribunal arbitral que celui qui a rendu la première sentence. Par ailleurs, lorsque le siège de l'arbitrage se situe en Angleterre et que la loi applicable à l'arbitrage est l'*English Arbitration Act*, et à moins que les parties y aient expressément renoncé, celles-ci auront la possibilité d'interjeter appel de la sentence arbitrale, en vertu de la section 69 de cette loi (« *Unless otherwise agreed by the parties, a party to arbitral proceedings may [...] appeal to the court on a question of law arising out of an award made in the proceedings* »). Cette fois, l'appel se fera devant les cours et tribunaux anglais qui pourront alors revoir le fond de la sentence.

³⁹ A contrario, l'absence de mécanisme de révision du fond a également pour conséquence que des sentences arbitrales rendues à tort ne peuvent le plus souvent pas faire l'objet de révision. Voir G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 11.

Section II. L'arbitrage d'investissement

L'arbitrage d'investissement se distingue à plusieurs niveaux de l'arbitrage commercial. Au niveau *ratione personae*, il diffère de l'arbitrage commercial par l'identité des parties au conflit : l'arbitrage commercial met généralement⁴⁰ aux prises deux ou plusieurs parties privées, tandis que l'arbitrage d'investissement oppose un investisseur privé et un Etat ou une entreprise fournissant des services publics⁴¹. Ensuite, les deux types d'arbitrage international n'ont, par ailleurs, pas le même champ d'application *ratione materiae*, puisque le droit des investissements a pour objet la protection de la propriété de l'investisseur étranger par le gouvernement de l'Etat dans laquelle celle-ci se trouve (aussi appelé Etat d'accueil)⁴², alors que l'arbitrage commercial concerne la défense d'un intérêt commercial individuel ou privé découlant d'une transaction commerciale⁴³.

Après un bref historique permettant de comprendre le développement substantiel qu'a connu l'arbitrage d'investissement jusqu'à nos jours, un mot sera consacré aux raisons pour lesquelles l'arbitrage est apparu, pour les litiges en lien avec un investissement, comme le mode favori de résolution des conflits. Aussi, il sera nécessaire d'insister sur le caractère hybride ou mixte de l'arbitrage d'investissement et sur les enjeux d'intérêt public généralement sous-jacents au litige.

§1^{er}. Historique

L'arbitrage d'investissement s'est essentiellement développé au XX^{ème} siècle pour permettre aux investisseurs étrangers de faire directement respecter les droits qui leur étaient reconnus en vertu d'un contrat (principalement des contrats de concession dans le domaine minier et ensuite des contrats d'Etat⁴⁴) contre l'Etat d'accueil sur le territoire duquel ils avaient investi⁴⁵. Les clauses compromissoires⁴⁶ insérées dans ces contrats permettaient alors à l'investisseur d'attirer directement l'Etat devant les tribunaux

⁴⁰ Il se pourrait cependant que l'une des parties à l'arbitrage commercial soit un Etat, lorsque celui-ci agit en tant qu'acteur commercial. Voir Chapitre IV, Section II, § 1^{er}.

⁴¹ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 207 ; M. CARMODY, *op. cit.*, p. 100.

⁴² K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *International Investment Law: Texts, Cases and Materials*, 2^e éd., Etats-Unis, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 2.

⁴³ F. P. FELICIANO, « The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration », *in Phil. L.J.* 1, vol. 87, 2012, p. 12.

⁴⁴ Le contrat d'Etat est une forme de contrat d'investissement conclu entre une partie privée et un Etat qui se caractérise par « des clauses compromissoires qui font échapper les litiges à la compétence des tribunaux étatiques et des clauses d'opinio juris qui font référence aux principes du droit international ou alors au droit de l'Etat mais stabilisé ». Ainsi, des contrats conclus non pas entre deux Etats mais entre un Etat et une personne privée pouvaient dorénavant être régis par le droit international. Voir C. LEBEN, « L'Evolution du Droit International des Investissements : un Rapide Survol », *in Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l'Investissement : Nouveaux Développements* (sous la dir. de C. LEBEN), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006, p. 12.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Il faut souligner que dans certains cas, le consentement de l'Etat de recourir à l'arbitrage se trouvait non pas dans une clause compromissoire intégrée dans le contrat entre l'Etat et l'investisseur, mais directement dans un compromis conclu entre ceux-ci en dehors de tout contrat. Voir C. LEBEN, *op. cit.*, p. 12.

arbitraux⁴⁷. Ensuite, vers la fin des années quatre-vingt, deux décisions (l'affaire *SPP c. Égypte*⁴⁸ et l'affaire *AAPL c. Sri Lanka*⁴⁹) ont grandement contribué au développement du droit des investissements en considérant que le consentement d'un Etat de recourir à l'arbitrage pouvait s'exprimer non plus dans un contrat, mais dans un acte de portée générale comme une loi nationale ou un traité⁵⁰. En d'autres termes, le consentement de l'Etat pouvait dorénavant prendre la forme « d'une offre publique d'arbitrage exprimée erga omnes »⁵¹. En combinant ces deux décisions, tous les litiges en lien avec un investissement pouvaient à présent être soumis à une instance arbitrale internationale, et ce, que le consentement de l'Etat à l'arbitrage revête une forme contractuelle ou non⁵². Avec l'augmentation du nombre de traités bilatéraux d'investissement (ci-après, TBIs) conclus à partir de la fin des années quatre-vingt, on constate que c'est nettement moins des litiges à propos d'un contrat qui sont présentés aux arbitres (« *contract claims* ») que des litiges sur la question de l'application d'un traité international (« *treaty claims* »)⁵³.

§2. Mode privilégié pour la résolution des conflits en lien avec un investissement

L'arbitrage s'est rapidement imposé comme étant la méthode préférée pour le règlement des litiges d'investissement, notamment en raison du fait qu'il présentait une alternative nettement plus efficace à la résolution de ces conflits par les cours nationales ou par le mécanisme de la protection diplomatique⁵⁴. En effet, les cours nationales de l'Etat d'accueil n'apparaissaient pas, aux yeux de l'investisseur étranger, comme étant suffisamment impartiales⁵⁵ et indépendantes⁵⁶. Quant au système de la protection diplomatique, il ne permettait pas non plus de résoudre efficacement les litiges entre Etat et investisseur. En effet, la protection diplomatique n'est pas un droit dont l'investisseur peut se prévaloir à tout moment mais uniquement un pouvoir discrétionnaire⁵⁷ accordé à l'Etat d'origine de celui-ci. Par conséquent, l'investisseur ne pouvait pas réellement compter sur ce mécanisme pour la défense effective de ses droits puisqu'il était dépendant

⁴⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁸ *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. Egypte*, (ARB/84/3), sentence du 14 avril 1988, *ILM*, 1993, p. 986 et s.

⁴⁹ *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka*, (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990, *ILM*, 1990, p. 580.

⁵⁰ O. DIALLO, *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Institute Publications, 2010, pp. 171-259.

⁵¹ W. BEN HAMIDA, « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in *Annuaire de droit international*, vol. 51, 2005, p. 564.

⁵² C. LEBEN, *op. cit.*, p. 18 (« On va passer d'une situation où l'arbitrage est limité à un nombre réduit de litiges portant sur des contrats que l'Etat a lui-même signés, à une situation où n'importe quel investisseur relevant d'un Etat ayant conclu un TBI avec l'Etat d'accueil pourra attirer celui-ci devant un tribunal arbitral »).

⁵³ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁴ J. LEE, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, *op. cit.*, p. 428.

⁵⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v. Spain)*, judgment (5 February 1970), [1970] ICJ Rep 44, para 79, cité dans I. BANTEKAS, *An Introduction to International Arbitration*, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015, p. 276.

du bon vouloir de son Etat d'origine⁵⁸. L'on comprend alors mieux le rapide développement qu'a connu l'arbitrage d'investissement.

A la différence de l'arbitrage commercial où la convention d'arbitrage est insérée dans un contrat commercial signé entre deux parties privées, la clause de règlement des différends est, en matière d'arbitrage d'investissement, le plus souvent contenue dans un traité entre deux ou plusieurs Etats souverains⁵⁹. Insérer une clause d'arbitrage dans le traité d'investissement permet ainsi à l'investisseur étranger de résoudre les conflits qui en découleraient par la voie de l'arbitrage⁶⁰, ce qui implique également la renonciation de l'Etat d'accueil à ce que le litige soit résolu devant ses juridictions nationales et ce, dans le but d'attirer des investisseurs étrangers⁶¹. Actuellement, plus de trois mille traités d'investissement bilatéraux ont déjà été conclus partout dans le monde⁶².

§3. Nature hybride de l'arbitrage d'investissement et enjeu d'intérêt public

Pour bien comprendre l'existence du débat sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement, il est important de souligner que, contrairement à l'arbitrage commercial international, l'arbitrage d'investissement est de nature hybride⁶³. D'une part, il peut apparaître comme étant un mécanisme de droit international public, non seulement parce qu'il implique nécessairement le gouvernement d'un Etat⁶⁴ mais aussi parce que la clause de règlement des différends et les droits reconnus à l'investisseur sont généralement contenus dans un instrument de droit international public, à savoir le traité d'investissement⁶⁵. Par ailleurs, les litiges basés sur des traités d'investissement sont résolus selon les règles de droit international, ce qui a pour effet de renforcer le caractère public de l'arbitrage d'investissement⁶⁶. D'un autre côté, il s'agit d'une technique de règlement des différends orchestrée par des personnes privées qui se déroule en vertu de

⁵⁸ J. LEE, *op. cit.*, p. 445. D'autres critiques peuvent également être adressées au mécanisme de la protection diplomatique, comme le fait qu'il fallait, avant de pouvoir y recourir, avoir épuisé les voies de recours internes ou encore le fait que le litige entre les deux Etats n'était jamais exactement le même que le litige entre l'investisseur étranger et l'Etat d'accueil. Voir C. LEBEN, *op. cit.*, p. 9. Par ailleurs, même dans le cas où l'Etat d'origine de l'investisseur acceptait de prendre faits et cause pour ce dernier, et dans le cas où la Cour Internationale de Justice confirmait la violation du droit international, il y avait encore deux inconvénients avec ce système. Premièrement, rien n'obligeait l'Etat d'origine de l'investisseur à verser le montant de l'indemnisation à l'investisseur. Et deuxièmement, le seul mécanisme d'exécution disponible était l'adoption d'une résolution du Conseil de Sécurité, ce qui n'était pas vraiment utile dans le cas où l'investisseur cherchait à obtenir une indemnisation financière. Voir S. D. FRANCK, « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », in *Fordham L. Rev.*, vol. 73, 2005, p. 1537.

⁵⁹ C. REITH, « The New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula », in *Y.B. on Int'l Arb.*, vol. 4, 2015, p. 123.

⁶⁰ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 102.

⁶¹ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *Transparency in International Investment Arbitration – A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 7.

⁶² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 101.

⁶³ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁴ A. ASTERITI et C. J. TAMS, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 2 ; C. REITH, *op. cit.*, p. 123.

⁶⁶ C. LEBEN, *op. cit.*, p. 19.

règles rédigées et choisies directement par l'Etat d'accueil (lorsqu'il négocie les termes du traité avec l'Etat d'origine de l'investisseur) et indirectement par l'investisseur (au moment où celui-ci décide de déclencher la clause arbitrale)⁶⁷.

L'on mentionnera encore que lorsqu'un litige éclate en matière d'arbitrage d'investissement, il implique bien souvent des enjeux d'intérêt public⁶⁸, c'est-à-dire des problèmes qui concernent une part plus large de la population que les seules parties directement impliquées dans le conflit⁶⁹, ce qui renforce encore le caractère public de l'arbitrage d'investissement⁷⁰. En effet, la mésentente entre l'Etat et l'investisseur trouve généralement sa source dans une politique menée par le gouvernement de l'Etat d'accueil afin de promouvoir le bien-être général et public⁷¹ (que celle-ci soit centrée sur l'environnement, l'énergie, la santé, le travail ou d'autres préoccupations d'intérêt général⁷²), qui affecte de manière négative l'investisseur étranger⁷³. Par conséquent, le résultat de l'arbitrage entre ces deux acteurs affecte généralement une abondante majorité de citoyens ainsi que l'économie générale de l'Etat d'accueil⁷⁴. Ces considérations centrées sur la dimension de droit public qu'emprunte l'arbitrage d'investissement ont provoqué un changement dans la manière dont on percevait ce type d'arbitrage : celui-ci n'est plus vu comme le frère ou la sœur de l'arbitrage commercial, mais de plus en plus comme une forme de contrôle judiciaire internationalisé des actions gouvernementales⁷⁵.

Section III. L'arbitrage interétatique

Bien que nettement moins répandu de nos jours que l'arbitrage commercial ou d'investissement, il arrive également qu'un arbitrage se déroule entre deux Etats (on parle alors d'arbitrage interétatique ou d'arbitrage international). Ce type de résolution des conflits s'est développé avant tout comme un moyen de résoudre les litiges entre Etats de manière pacifique⁷⁶ et d'entretenir ainsi la paix et la sécurité internationales⁷⁷. Si les premiers signes de l'arbitrage commercial remontent au Moyen-Âge, la naissance de l'arbitrage interétatique moderne tel que nous le connaissons aujourd'hui remonte au dix-

⁶⁷ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁸ S. LEVANDER, « Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency », in *Colum. J. Transnat'L.*, vol. 52, 2014, p. 513.

⁶⁹ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 131.

⁷⁰ A. ASTERITI et C. J. TAMS, *op. cit.*, p. 5.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, « Toward a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », in *N.I.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 48, 2016, p. 804.

⁷³ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 513.

⁷⁴ M. CARMODY, *op. cit.*, pp. 144-145.

⁷⁵ A. ASTERITI et C. J. TAMS, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁶ M. INDLEKOFER, *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, London, Kluwer Law International, 2013, p. 10.

⁷⁷ S. TORRES BERNARDEZ, « L'arbitrage interétatique », in *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe : Perspective d'Avenir* (sous la dir. de D. BARDONNET), Pays-Bas, Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 207.

huitième siècle⁷⁸, même s'il a depuis lors subi de nombreuses transformations. La définition qu'on en donne généralement est inscrite à l'article 37 de la Convention de La Haye de 1907 : « [l']*arbitrage international a pour objet le règlement de litiges entre les Etats par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit. Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi à la sentence* »⁷⁹. Ici aussi, le consentement des Etats demeure le fondement de l'arbitrage. Ainsi, les Etats peuvent prévoir de soumettre les différends qui surviendraient entre eux à l'arbitrage, que ceux-ci soient déjà nés ou à naître. Cette possibilité est par ailleurs confirmée par la Convention de La Haye de 1907⁸⁰. Aujourd'hui, les traités bilatéraux ou multilatéraux mentionnent habituellement, dans leur clause relative au règlement des différends, plusieurs moyens pacifiques, parmi lesquels l'arbitrage, afin de résoudre les contestations qui surviendraient entre ces Etats contractants⁸¹.

Chapitre II. La confidentialité dans le système arbitral traditionnel

Afin de se rendre compte de l'évolution accomplie dans le domaine de la transparence, il est nécessaire, dans un premier temps, de réaliser à quel point la confidentialité et le caractère privé des audiences arbitrales étaient vus comme des caractéristiques essentielles de la procédure arbitrale commerciale. Ensuite, les règles régissant traditionnellement la question de la confidentialité seront examinées, d'abord dans l'arbitrage d'investissement, et ensuite dans l'arbitrage commercial.

Section I. La confidentialité et le caractère privé de la procédure arbitrale perçus comme l'un des atouts majeurs de l'arbitrage commercial

L'un des principaux atouts de l'arbitrage commercial régulièrement avancé par les utilisateurs du système par rapport à la justice étatique tient dans sa confidentialité et dans le caractère privé de la procédure arbitrale⁸². Dans une procédure judiciaire classique,

⁷⁸ M. INDLEKOFER, *op. cit.*, pp. 9-23.

⁷⁹ Art. 37 de la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (« Convention de La Haye de 1907 »), signée à La Haye le 18 octobre 1907, approuvée par la loi du 25 mai 1910, *M.B.*, 6 novembre 1910, p. 6620, cité dans S. TORRES BERNARDEZ, *op. cit.*, p. 205.

⁸⁰ Art. 39 de la Convention de La Haye de 1907 : « *La convention d'arbitrage est conclue pour des contestations déjà nées ou pour des contestations éventuelles* », cité dans S. TORRES BERNARDEZ, *op. cit.*, p. 214.

⁸¹ S. TORRES BERNARDEZ, *op. cit.*, p. 214.

⁸² M. PRYLES, *op. cit.*, p. 516. Cependant, une étude de 2003 menée par Richard NAIMARK et Stéphanie KEER révèle que le caractère confidentiel ou privé de l'arbitrage ne serait pas un facteur aussi décisif que ce que l'on croit dans le choix de recourir à l'arbitrage. En effet, d'après cette étude, moins de dix pourcents seulement des

les audiences des tribunaux nationaux ne sont pas privées. Au contraire, elles sont ouvertes au public, en ce compris aux concurrents et aux médias⁸³. Cet accès du public au procès a pour conséquence non négligeable de rendre les concessions plus difficiles à atteindre et, de manière plus générale, d'aggraver le litige entre parties⁸⁴. De plus, bien que cela soit souvent nécessaire pour avoir une compréhension globale du litige, les parties sont généralement réticentes à révéler leurs stratégies commerciales dans de telles conditions⁸⁵. *A contrario*, l'arbitrage permet de pallier ces difficultés en mettant en place une technique de résolution des conflits nettement plus secrète : l'existence du litige en lui-même est méconnue du public⁸⁶, les portes du tribunal arbitral restent fermées à tous et les sentences arbitrales demeurent le plus souvent confidentielles car leur publication est généralement soumise à l'accord des parties⁸⁷. C'est la raison pour laquelle de nombreuses entreprises préfèrent recourir à l'arbitrage, parce qu'elles ne souhaitent pas que des informations liées à l'entreprise ou à ses activités commerciales deviennent publiques⁸⁸.

Cette confidentialité du processus présente de nombreux avantages pour les parties. Premièrement, elle permet à celles-ci de ne pas divulguer au public certaines accusations dont elles font l'objet pendant la procédure arbitrale (des accusations de mauvaise foi, de fraude, de manque de ressources financières, ...) et peuvent ainsi préserver leur réputation sans que cette dernière ne soit entachée par la procédure arbitrale en cours⁸⁹. Deuxièmement, le caractère confidentiel de la procédure donne la possibilité aux parties d'adopter un comportement en privé qu'elles n'auraient pas nécessairement osé adopter si elles savaient qu'il pourrait être relayé par les médias présents lors de l'audience⁹⁰. Troisièmement, la confidentialité protège toutes les informations commerciales sensibles et les secrets d'affaires⁹¹. Enfin, la probabilité est grande que la partie n'ayant pas obtenu gain de cause ne désire pas ébruiter cette « défaite », d'autant plus lorsqu'elle est partie à d'autres arbitrages en cours qui portent sur des questions similaires⁹². Comme le soutient fermement Serge LAZAREFF dans son plaidoyer en faveur de la confidentialité : « *What an absurdity to postulate that*

participants sont d'avis que la confidentialité est la caractéristique la plus déterminante dans la décision de se tourner vers l'arbitrage. En effet, d'autres caractéristiques ont été jugées plus essentielles aux yeux de ces participants, telles qu'un résultat juste et équitable, la finalité de la sentence et l'expertise des arbitres. Voir R. W. NAIMARK et S. E. KEER, « What Do Parties Really Want From International Commercial Arbitration? », in *AAA Dispute Resolution Journal* 78 (Nov. 2002/Jan. 2003), cité dans C. G. BUYS, « The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration », in *American Review of International Arbitration*, vol. 14, n° 121, 2003, p. 122.

⁸³ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 13.

⁸⁴ *Ibid.*; F. P. FELICIANO, op. cit., p. 4.

⁸⁵ R. D. ARGENT, op. cit., p. 217.

⁸⁶ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, op. cit., p. 8.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ M. L. MOSES, op. cit., p. 4.

⁸⁹ C. G. BUYS, op. cit., p. 123.

⁹⁰ *Ibid.*; Florentino P. FELICIANO, op. cit., p. 2.

⁹¹ C. G. BUYS, op. cit., p. 123.

⁹² *Ibid.*

*confidentiality is not part and parcel of commercial arbitration. [...] The inseparable link between arbitration and confidentiality derives from the very origins of arbitration as a method of dispute resolution, from its raison d'être and the manner in which it has been practiced over the centuries »*⁹³.

L'arbitrage d'investissement s'est, quant à lui, développé sur la base des règles applicables à l'arbitrage commercial⁹⁴. Il n'est donc pas étonnant de constater que, dans un premier temps, l'arbitrage entre Etat et investisseur était, au même titre que l'arbitrage commercial, gouverné par la confidentialité et le caractère privé des audiences.

Section II. La confidentialité dans l'arbitrage d'investissement

Comme mentionné plus haut, c'est d'abord dans l'arbitrage d'investissement que s'est développée la tendance vers plus de transparence, notamment en raison de l'intérêt public suscité par celui-ci. Traditionnellement cependant, étant donné que l'arbitrage d'investissement s'est développé sur base des règles existantes au sein de l'arbitrage commercial et en raison de la place importante accordée à la confidentialité au sein de ce type d'arbitrage, quasiment aucune norme ne prônait la transparence au sein des trois corps de règles les plus utilisés dans l'arbitrage d'investissement que sont le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, celui du CIRDI et l'ALENA.

§1^{er}. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (ci-après, la CNUDCI) a été fondée en 1966 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, avec pour objectif de « *promouvoir l'efficacité, l'uniformité et la cohérence de la modernisation et de l'harmonisation du droit commercial international* »⁹⁵. Bien que la transparence soit une valeur typiquement onusienne, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI est resté longtemps silencieux sur la question⁹⁶.

C'est en 1976 que la CNUDCI a adopté son Règlement d'arbitrage⁹⁷ qui s'applique à une gamme relativement vaste de litiges⁹⁸, que ceux-ci se déroulent entre parties

⁹³ S. LAZAREFF, « Confidentiality and Arbitration – Theoretical and Philosophical Reflections », in *Confidentiality in Arbitration*, 2009 special supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin, p. 81, cité dans J.-F. TOSSENS, « La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ? », in *Arbitrage et confidentialité / Arbitrage en vertrouwelijkheid*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 24.

⁹⁴ P. COATES, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁵ www.uncitral.org (21 mars 2018).

⁹⁶ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 107.

⁹⁷ J. LEE, *op. cit.*, p. 441 (« *the development of the UNCITRAL Rules is a success story in itself. Since their adoption in 1976, they have been hailed as 'one of the most widely recognized sets of rules for the settlement of disputes arising in the context of international commerce'* »).

⁹⁸ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 522.

commerciales privées, entre Etats et investisseurs ou entre Etats⁹⁹. De même, le Règlement peut s'appliquer tant aux arbitrages *ad hoc* qu'aux arbitrages institutionnels¹⁰⁰. En raison du fait que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avait été adopté dans un premier temps principalement dans le but de convenir aux arbitrages commerciaux, il n'est pas étonnant de constater qu'aucune de ses dispositions ne promeut la transparence¹⁰¹. Par la suite cependant, le Règlement a aussi été utilisé dans de nombreux arbitrages émanant de traités bilatéraux d'investissement¹⁰² et c'est pour cette raison que la question de la transparence a commencé à se manifester¹⁰³.

L'Assemblée Générale des Nations Unies a adopté en 2010 une révision du règlement d'arbitrage qui visait essentiellement à moderniser la procédure arbitrale mais qui, à nouveau, ne disait mot sur la question de la transparence¹⁰⁴, avec pour conséquence que les arbitrages entre Etats et investisseurs demeuraient typiquement privés et confidentiels¹⁰⁵. Néanmoins, dès le début des négociations qui ont mené à la version de 2010 du Règlement, la Commission avait déjà décidé « *que la question de la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités méritait d'être examinée à l'avenir et devrait être traitée en priorité, immédiatement après l'achèvement de la révision en cours du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* »¹⁰⁶. Toujours est-il que dans les versions de 1976 et de 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI « *la transparence était l'exception plutôt que la règle* »¹⁰⁷.

⁹⁹ Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI n'était cependant pas initialement conçu pour convenir aux arbitrages d'investissement, étant donné que ceux-ci étaient, lors de l'adoption du Règlement d'arbitrage, nettement plus rares qu'aujourd'hui. Il reste que la majorité des arbitrages qui se déroulent sous l'auspice du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concerne les matières commerciales. Voir J. LEE, *op. cit.*, p. 442.

¹⁰⁰ L'un des choix que les parties doivent faire lorsqu'elles décident de recourir à l'arbitrage est de décider si elles veulent que leur arbitrage soit administré par une institution arbitrale telle que la CCI ou le LCIA (on parle alors d'arbitrage institutionnel), ou si elles veulent que leur arbitrage soit *ad hoc*, c'est-à-dire qu'il se déroule sans le soutien d'une institution arbitrale. Il existe des avantages et des inconvénients pour chacune de ces options. Voir M. L. MOSES, *op. cit.*, p. 10 ; S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 522.

¹⁰¹ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰² Une étude a démontré qu'environ 30% de la totalité des arbitrages entre Etats et investisseurs étaient conduits en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (ce qui fait de ce Règlement le second corps de règle le plus utilisé dans l'arbitrage d'investissement, juste après le Règlement d'arbitrage du CIRDI). Voir United Nations Conference on Trade and Development: Investor-State disputes arising from investment treaties: a review, 2005.

¹⁰³ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 523.

¹⁰⁴ L'article 28, § 3, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI tel que révisé en 2010 garantissait cependant, tout comme sa version antérieure (art. 25, § 4, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976), le caractère privé de la procédure en affirmant que, sauf accord des parties, l'audience se déroule à huis clos. De même, les articles 32, § 4 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 et 34, § 5, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 prévoient que la sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.

¹⁰⁵ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁶ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41^e sess., 16 juin-3 juillet 2008, doc. A/63/17, p. 64.

¹⁰⁷ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 517 (« [...] *transparency was the exception rather than the rule* »).

§2. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI

Le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (ci-après, le CIRDI) a été créé en 1966 au sein de la Banque Mondiale¹⁰⁸ en vertu de la Convention du CIRDI¹⁰⁹. Cette Convention met en place un système de règlement des différends entre Etats parties à la Convention et ressortissants d'autres Etats par la conciliation et l'arbitrage¹¹⁰. Le Règlement d'arbitrage du CIRDI est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1968 et a par la suite été modifié à trois reprises : en 1984, 2003 et 2006¹¹¹. Il représente l'unique corps de règles dédié entièrement et exclusivement aux litiges entre Etats et investisseurs¹¹². Il s'agit également de la source la plus utilisée pour régler les différends liés aux investissements¹¹³, suivie immédiatement par le Règlement de la CNUDCI.

A nouveau et jusqu'à la révision de 2006, on ne trouve aucune disposition en faveur de la transparence de la procédure. La publication des sentences arbitrales ne pouvait à cette époque se faire qu'avec l'accord des parties, même si le Centre se réservait tout de même le droit « *d'inclure dans ses publications des extraits des règles juridiques appliquées par le Tribunal* »¹¹⁴. Par ailleurs, le caractère privé de la procédure était généralement assuré car le tribunal ne pouvait décider d'ouvrir les portes des audiences à d'autres personnes que « *les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal* »¹¹⁵ qu'avec le consentement des deux parties et celles-ci étaient généralement peu disposées à le donner. C'est principalement pour répondre à ce besoin de transparence dans les litiges entre Etats et investisseurs que le Règlement d'arbitrage a été amendé en 2006.

§3. L'ALENA

A la différence du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de celui du CIRDI, l'Accord de Libre-Échange Nord-Américain (ci-après, l'ALENA) est un traité d'investissement trilatéral entre Etats souverains, à savoir les États-Unis, le Canada et le Mexique¹¹⁶. Le Chapitre 11 de l'ALENA traite spécifiquement des traités d'investissement et de la possibilité pour un investisseur de poursuivre l'un des Etats parties à l'ALENA lorsqu'une

¹⁰⁸ Y. KRYVOI, *International Centre for settlement of Investment Disputes (ICSID)*, London, Kluwer Law International, 2016, p. 5.

¹⁰⁹ Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965, approuvée par la loi du 17 juillet 1970, *M.B.*, 24 septembre 1970, p. 9548.

¹¹⁰ H. VERBIST, « The 2013 UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration », in *b-Arbitra*, vol. 2, 2013, p. 305.

¹¹¹ www.icsid.worldbank.org (22 mars 2018).

¹¹² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 111.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Art. 48, § 4, du Règlement d'arbitrage du CIRDI, version de 2003.

¹¹⁵ Art. 32, § 2, du Règlement d'arbitrage du CIRDI, version de 2003.

¹¹⁶ Mathew CARMODY, *op. cit.*, p. 114.

politique menée par l'un de ceux-ci affecte négativement ses investissements¹¹⁷. Selon l'article 1120 de l'ALENA, un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu du Règlement d'arbitrage du CIRDI, du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ou en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹¹⁸. Par conséquent, les tribunaux arbitraux établis en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA doivent, afin de se prononcer sur la mesure dans laquelle le principe de confidentialité s'applique lors d'un arbitrage donné, consulter à la fois les dispositions du Règlement choisi par l'investisseur ainsi que celles de l'ALENA en lui-même¹¹⁹. En cas de conflit entre les dispositions contenues dans un règlement d'arbitrage choisi par l'investisseur et les règles de l'ALENA, ces dernières prévalent¹²⁰.

Pendant longtemps cependant, l'ALENA, comme la plupart des traités d'investissement, n'adressait ni la question de la confidentialité ni celle de la transparence¹²¹. En effet, la tendance vers plus de transparence a officiellement démarré grâce à une note interprétative de 2001 émise par la Commission du libre-échange¹²² de l'ALENA (ci-après, la Commission). Si, comme on le verra plus loin¹²³, la note de 2001 de la Commission n'a eu que très peu d'impact en pratique, elle a néanmoins permis de lancer véritablement le mouvement en faveur de la transparence¹²⁴.

Section III. La confidentialité dans l'arbitrage commercial international

Examiner le cadre légal qui gouverne l'arbitrage commercial international ainsi que les jurisprudences nationales qui traitent de la matière permet de se rendre compte que malgré le grand intérêt que semble revêtir la confidentialité pour les utilisateurs du système, ce principe est cependant loin d'être unanimement consacré et a fait l'objet de

¹¹⁷ J. LEE, *op. cit.*, p. 449.

¹¹⁸ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 518. Seuls les États-Unis et le Canada sont membres de la Convention du CIRDI. Bien que le Mexique l'ait signée le 11 janvier 2018, il ne l'a toutefois pas encore ratifiée. Par conséquent, lorsque le Mexique est l'une des deux parties au différend d'investissement, que ce soit en tant qu'État d'origine de l'investisseur ou en tant qu'État d'accueil, c'est le Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI qu'il conviendra d'appliquer, et non le Règlement d'arbitrage du CIRDI. Voir <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/Liste%20des%20Etats%20Contractants%20et%20Signataires%20de%20la%20Convention%20-%20Latest.pdf> (25 juillet 2018).

¹¹⁹ A. KAUSHAL, « Reconciling the public interest: third-party participation, confidentiality and privacy in NAFTA Chapter 11 arbitrations », in *International Arbitration Law Review*, vol. 9 (6), 2006, p. 176.

¹²⁰ Voir art. 1120, § 2 de l'ALENA (« *The applicable arbitration rules shall govern the arbitration except to the extent modified by this section* »).

¹²¹ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 206.

¹²² La Commission du libre-échange est composée de ministres du commerce de chacun des trois gouvernements des États membres de l'ALENA.

¹²³ Voir Chapitre IV, Section I, § 1^{er}.

¹²⁴ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 114.

nombreux débats¹²⁵. Dès lors, peut-on encore soutenir que « *the issue of confidentiality is key to the successful practice of international commercial arbitration* »¹²⁶ ?

§1^{er}. Examen du cadre légal gouvernant l'arbitrage commercial international

Les règlements d'arbitrage institutionnels et les législations nationales n'étant pas toujours clairs et précis sur l'existence et l'étendue d'une obligation de confidentialité, l'autonomie procédurale permet alors aux parties d'être rassurées sur la question.

A. Les règlements d'arbitrage institutionnels

Les différents règlements d'arbitrage institutionnels varient quant à l'étendue de l'obligation de confidentialité à respecter. L'on peut les classer en deux grandes catégories¹²⁷. Certains règlements contiennent des obligations plutôt larges en matière de confidentialité, ce principe étant applicable à de nombreux aspects de la procédure arbitrale¹²⁸. Tel est le cas par exemple de l'article 30, § 1^{er} du Règlement de la London Court of International Arbitration (LCIA)¹²⁹. *A contrario*, certains règlements institutionnels mettent en place une obligation de confidentialité étroite qui ne s'applique qu'à certains aspects spécifiques de la procédure arbitrale¹³⁰. Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI traite uniquement de la publication des sentences et prévoit que celles-ci ne peuvent être publiées qu'avec l'accord de toutes les parties ou lorsque la publication « *est requise d'une partie en vertu d'une obligation légale* »¹³¹, sans pour autant mettre en place d'obligation générale de confidentialité. Il faut toutefois préciser que ce Règlement prévoit que les audiences se déroulent à huis clos, à moins que les parties n'en disposent autrement¹³².

¹²⁵ Cette absence de consensus est d'ailleurs utilisée tant par les défenseurs de la confidentialité que par ses détracteurs pour parvenir à des conclusions différentes. En effet, les premiers avancent que cette lacune est le signe que la confidentialité doit être considérée comme acquise et allant de soi, et les seconds estiment que ce manquement renforce l'idée selon laquelle, si ce principe existait réellement, il y aurait certainement une abondance d'autorités qui le soutiendraient. Voir Y. FORTIER, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁶ L. H. TRACKMAN, « Confidentiality in International Commercial Arbitration », in *Arbitration International*, 2002/1, vol. 18, 2002, p. 1, cité dans J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 23.

¹²⁷ M. PRYLES, *op. cit.*, p. 540.

¹²⁸ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 205.

¹²⁹ Art. 30, § 1^{er}, du Règlement LCIA (« *The parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in the arbitration, together with all materials in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty [...]* »), cité dans M. PRYLES, *op. cit.*, p. 516.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 540 ; G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, *op. cit.*, p. 205.

¹³¹ Art. 34, § 5, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2013).

¹³² Voir art. 28, § 3, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2013).

B. Les législations nationales

La plupart des législations nationales relatives à la procédure arbitrale n'évoquent pas la question de la confidentialité car la majeure partie d'entre elles est le reflet de la Loi type de la CNUDCI qui, elle non plus, ne dit mot sur le sujet¹³³. Les rédacteurs de la Loi type ont en effet préféré laisser aux parties la liberté de conclure ou non une clause de confidentialité, sans rien leur imposer¹³⁴. D'autres juridictions, bien que ne s'étant pas inspirées de la Loi type de la CNUDCI pour rédiger leurs lois d'arbitrage nationales, ont également décidé de ne pas s'exprimer sur le sujet de la confidentialité, telles que les États-Unis avec le Federal Arbitration Act (FAA), ou l'Angleterre avec l'English Arbitration Act (EAA)¹³⁵. Ainsi, l'on constate que dans la plupart des cas, les législateurs ont préféré ne pas se pencher sur la question, soit en transposant mot pour mot la Loi type de la CNUDCI, soit en adoptant leurs propres règles¹³⁶.

C. L'autonomie procédurale des parties

Vu que la reconnaissance explicite d'un principe de confidentialité est plus aléatoire que ce à quoi on pourrait s'attendre d'un principe considéré comme fondamental, la prudence requiert que les parties rédigent une clause de confidentialité pour sécuriser leurs attentes. En effet, en dehors des exigences légales de confidentialité s'imposant à certaines personnes en raison de leur profession, mission ou état¹³⁷, la confidentialité ne devient une obligation pour les parties que lorsqu'elles se sont contractuellement engagées à la respecter¹³⁸. Toutefois, il faudra être attentif aux circonstances qui peuvent venir limiter ou anéantir la possibilité de rédiger une clause de confidentialité.

a. Le principe

Malgré le silence de la plupart des législations nationales, la majorité des régimes juridiques reconnaissent aux parties une autonomie procédurale englobant la faculté pour

¹³³ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 202.

¹³⁴ Report of the Secretary-General on the Possible Features of A Model Law on International Commercial Arbitration, XII Y.B. UNCITRAL 75, 1981, p. 90, concernant la publication des sentences arbitrales : « *Although it is controversial, since there are good reasons for and against such publication, the decision may be left to the agreement of the parties or the arbitration rules chosen by them* », cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2787.

¹³⁵ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 202.

¹³⁶ Il est utile de préciser que certains États ont, en adoptant leur propre version de la Loi type de la CNUDCI, ajouté une disposition obligeant le respect de la confidentialité, à moins que les parties n'en aient convenu autrement. Il en va ainsi par exemple pour la Nouvelle-Zélande (New Zealand Arbitration Act, § 14B(1)) et de l'Espagne (Spanish Arbitration Act, 2011, art. 24, § 2). Voir dans G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 202.

¹³⁷ Voir par exemple l'article 458 du Code pénal belge qui sanctionne pénalement la violation du secret professionnel.

¹³⁸ E. LOQUIN, « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », in *Revue de l'Arbitrage*, 2006, p. 334.

celles-ci de rédiger des clauses de confidentialité dans leurs conventions arbitrales¹³⁹. En respectant ces clauses, les juridictions ne font qu'appliquer le principe de l'autonomie procédurale reconnu par la plupart des régimes arbitraux modernes¹⁴⁰ aux parties, en ce compris par la Convention de New-York¹⁴¹. En effet, l'article V, (1), (d), de la Convention de New-York¹⁴² impose de respecter l'autonomie des parties en vertu de laquelle celles-ci sont libres de décider de la procédure arbitrale interne, même dans le cas où les règles choisies venaient à être incompatibles avec les dispositions de la loi procédurale du lieu de l'arbitrage. Cette faculté reconnue aux parties de rédiger une clause de confidentialité est par ailleurs soutenue par la Loi type de la CNUDCI¹⁴³. En outre, des décisions rendues par des juridictions qui appliquent une loi d'arbitrage non représentative de la Loi type de la CNUDCI vont également dans ce sens¹⁴⁴. Par conséquent, dans le cas où le tribunal arbitral venait à ne pas respecter la clause de confidentialité sur laquelle les parties se seraient mises d'accord, le juge de l'exécution pourrait refuser d'exécuter la sentence étrangère en invoquant l'article V, (1), (d), de la Convention de New-York¹⁴⁵. Par ailleurs, la partie n'ayant pas obtenu gain de cause pourrait également demander l'annulation de la sentence en Belgique sur base de l'article 1717, §3, a), v) du Code judiciaire¹⁴⁶, à condition, d'une part, que la partie qui se prévaut de cette méconnaissance l'ait invoqué en temps utile au cours de la procédure arbitrale¹⁴⁷ et d'autre part, que le non-respect par l'un des arbitres de la clause de confidentialité ait eu une incidence sur la sentence¹⁴⁸.

¹³⁹ G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 203.

¹⁴⁰ S. A. FAGBEMI, « The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality? », in *J. of Sust. Dev. Law & Policy*, vol. 6, 2015, p. 228.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Art. V, 1, d), de la Convention de New-York : « La reconnaissance et l'exécution de la sentence ne seront refusées, sur requête de la partie contre laquelle elle est invoquée, que si cette partie fournit à l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont demandées la preuve : [...] Que la constitution du tribunal arbitral ou la procédure d'arbitrage n'a pas été conforme à la convention des parties, ou, à défaut de convention, qu'elle n'a pas été conforme à la loi du pays où l'arbitrage a eu lieu [...] ».

¹⁴³ Art. 19, § 1^{er}, de la Loi type de la CNUDCI (telle qu'amendée en 2006) (« [...] les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral »).

¹⁴⁴ Voir par exemple l'arrêt *Esso Australia Res. Ltd v. Plowman*, XXI Y.B. Comm. Arb. 137, 151 (Australian High Ct. 1995), dans lequel la Haute Cour Australienne déclara : « If the parties wished to secure the confidentiality of the materials prepared for or used in the arbitration and of the transcripts and notes of evidence given, they could insert a provision to that effect in their arbitration agreement ».

¹⁴⁵ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013, p. 727 ; S. A. FAGBEMI, op. cit., p. 229.

¹⁴⁶ C. jud., art. 1717, § 3, a), v. (« La sentence arbitrale ne peut être annulée que si la partie en faisant la demande apporte la preuve que [...] la procédure arbitrale n'a pas été conforme à la convention des parties [...] ; [...] ces irrégularités ne peuvent toutefois donner lieu à annulation de la sentence arbitrale s'il est établi qu'elles n'ont pas eu d'incidence sur la sentence [...] »).

¹⁴⁷ C. jud., art. 1717, § 5 (« Ne sont pas retenues comme cause d'annulation de la sentence arbitrale les cas prévus au § 3, a) [...] v., lorsque la partie qui s'en prévaut en a eu connaissance au cours de la procédure arbitrale et ne les a pas alors invoquées »).

¹⁴⁸ C. SERAGLINI et J. ORTSCHIEDT, op. cit., p. 727.

b. Les limites

L'autonomie dont disposent les parties connaît de nombreuses limitations¹⁴⁹, de sorte que l'obligation de confidentialité contractuellement convenue par les parties devra parfois céder le pas devant des normes impératives, que celles-ci protègent l'ordre public de fond ou l'ordre public procédural¹⁵⁰.

Tout d'abord, la nature contractuelle de l'obligation de confidentialité a pour effet de considérablement limiter son champ d'application¹⁵¹. Les clauses de confidentialité ne sont en effet contraignantes que pour les parties elles-mêmes¹⁵². Il en découle que les tiers (et donc les témoins et experts y compris) ne sont pas soumis au respect de cette clause et demeurent donc libres de révéler les documents en lien avec la procédure arbitrale qui auraient été portés à leur connaissance et dont la divulgation n'aurait pas été empêchée par un accord de confidentialité additionnel les visant expressément¹⁵³.

Par ailleurs, il peut arriver qu'il ne soit pas donné effet à la clause de confidentialité lorsqu'une loi impose aux parties des obligations d'ordre public de transparence et de divulgation¹⁵⁴. Il en va par exemple ainsi des textes relatifs au droit financier ou boursier, qui exigent la publication de tout fait susceptible d'avoir un impact sur le cours de la bourse¹⁵⁵. L'obligation se centre tantôt sur la publication des procédures arbitrales en cours, tantôt sur celle des sentences arbitrales, et donc également des éventuelles condamnations qu'elles contiennent¹⁵⁶. Dans ce cas, l'intérêt consistant à protéger l'épargne publique l'emporte sur le principe de confidentialité qui demeure d'intérêt privé¹⁵⁷. Par ailleurs, certaines lois fiscales ou pénales peuvent imposer la divulgation de documents ou informations qui tombaient pourtant sous le champ d'application de la clause de confidentialité¹⁵⁸.

Enfin, concernant l'ordre public procédural, la clause de confidentialité pourrait également ne pas être respectée dans le cas où une partie viendrait à contester la sentence arbitrale rendue. En effet, il n'existe aucune interdiction à ce que les cours nationales divulguent des éléments de la procédure arbitrale (tels que la sentence en elle-même) dans le cadre d'un recours effectué contre cette sentence devant un tribunal étatique, qu'il

¹⁴⁹ O. CAPRASSE, « Les conventions relatives à la confidentialité en arbitrage », in *Arbitrage et confidentialité / Arbitrage and vertrouwelijkheid*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 135.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ O. CAPRASSE et R. ZIADE, « La confidentialité dans la procédure arbitrale », in *Revue de l'Arbitrage*, 2014, p. 598.

¹⁵² E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 339.

¹⁵³ M. PRYLES, *op. cit.*, p. 538.

¹⁵⁴ E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 344.

¹⁵⁵ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *L'arbitrage en droit belge et international – Tome I : Le droit belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 444.

¹⁵⁶ F. FAGES, « La Confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », in *Revue de l'arbitrage*, 2003, p. 5 et s.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 14.

¹⁵⁸ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 444.

s'agisse d'une procédure en reconnaissance, en exécution ou en annulation de la sentence¹⁵⁹. De telles procédures ont pour effet de convertir une sentence arbitrale en un jugement national avec pour conséquence quasi automatique de rendre la sentence publique¹⁶⁰. C'est pourquoi les cours nationales ont toujours admis qu'une obligation de confidentialité contenue dans une convention arbitrale n'avait pas pour conséquence d'empêcher l'exécution ou la reconnaissance d'une sentence arbitrale¹⁶¹. On voit donc qu'en principe, la volonté de l'une des parties de reconnaître, d'exécuter ou d'annuler la sentence arbitrale devant les cours nationales ne donnera pas lieu à un constat de violation de la clause de confidentialité, même si, dans les faits, il s'en agit bien d'une¹⁶².

§2. Etat des jurisprudences nationales sur le principe de confidentialité

Si le recours à l'autonomie procédurale permet de manière relativement efficace de pallier les incertitudes dues à la variété de règlements institutionnels et de lois applicables à l'arbitrage, les parties auront cependant rarement pris la peine de consolider leurs attentes en matière de confidentialité dans une clause prévue à cet effet. Les cours nationales de différentes juridictions se sont alors penchées sur la question de savoir si une obligation de confidentialité devait être considérée comme inhérente au processus arbitral (on parle alors d'obligation implicite de confidentialité), de sorte que cette obligation devrait être respectée même en l'absence de clause explicite¹⁶³. Comme on pouvait s'y attendre, l'approche des cours nationales diverge sur la question¹⁶⁴.

A. Reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité

Les juridictions anglaises et singapouriennes se sont prononcées en faveur de la reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité lorsque l'une des parties à la convention arbitrale désirait divulguer des documents produits pendant la procédure arbitrale ou bien des documents en lien avec celle-ci¹⁶⁵.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 443.

¹⁶⁰ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 208.

¹⁶¹ A ce sujet, un arrêt suisse déclara : « La confidentialité caractéristique de la procédure arbitrale procède exclusivement de l'intérêt individuel des parties. Elle ne saurait justifier de faire exception au principe de la publicité de l'administration de la justice et notamment d'exclure la consultation publique et la publication de la décision du Tribunal fédéral rendue sur recours contre une sentence arbitrale », cité dans G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 445.

¹⁶² Il faut néanmoins observer que la majorité des sentences arbitrales sont exécutées de manière volontaire par la partie n'ayant pas obtenu gain de cause. Voir R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 245.

¹⁶³ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2791.

¹⁶⁴ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 159 ; voir aussi M. PONGRACIC-SPEIER, « Confidentiality and the Public Interest Exception – Considerations for Mixed International Arbitration », in *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, p. 235.

¹⁶⁵ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2791.

a. Angleterre

De longue date, les cours anglaises ont reconnu à plusieurs reprises, une obligation implicite de confidentialité. En effet, en 1880, la High Court anglaise soulignait déjà l'importance de la confidentialité pour le bon fonctionnement du procédé arbitral en déclarant : « [a]s a rule, people enter into these contracts with an express view of keeping their quarrels from the public eyes, and of avoiding discussion in public, which must be a painful one, and which surely might be an injury even to the successful party in the litigation, and must surely would be to the unsuccessful »¹⁶⁶. Plus récemment, les cours anglaises ont, pour la première fois, pris position sur la question de l'existence ou non d'une obligation de confidentialité, en soulignant notamment l'importance du caractère privé de l'arbitrage¹⁶⁷ : « As between parties to an arbitration, although the proceedings are consensual and may thus be regarded as wholly voluntary, their very nature is such that there must [...] be some implied obligation on both parties not to disclose or use for any other purpose any documents prepared for and used in the arbitration, [...] save with the consent of the other party, or pursuant to an order or leave of court [...]. It is a question of implied obligation arising out of the nature of the arbitration itself »¹⁶⁸. Cette présomption de confidentialité est cependant réfragable et peut être renversée par un ordre de la Cour dans le cas où la divulgation s'avérerait être nécessaire pour la préservation des droits reconnus à l'une des parties¹⁶⁹.

b. Singapour

Les décisions des cours nationales singapouriennes indiquent également un biais en faveur d'une obligation implicite de confidentialité¹⁷⁰. En effet, une décision de la High Court de Singapour a déclaré : « While parties anticipating international arbitration would remain well advised to agree prospectively on the obligation of confidentiality, there is no need to do so where Singapore is to be the seat of the arbitration because confidentiality will apply as a substantive rule of arbitration law, not through Singapore's arbitration legislation, but from the common law »¹⁷¹. Par ailleurs, cette obligation implicite de

¹⁶⁶ *Russel v. Russel* (1880) 14 Ch.D. 471, 471 (Ch) (English High Ct.), cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2792.

¹⁶⁷ A. POOROYE et R. FEEHILY, « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance », in *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 22, 2017, p. 287.

¹⁶⁸ *Dolling-Baker v. Merrett* [1991] 2 All ER 891, 896 (English Ct. App.), cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2792. Le principe selon lequel les documents produits et utilisés pendant la procédure arbitrale sont implicitement confidentiels a ultérieurement été confirmé dans d'autres décisions, telles que : *Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir* [1998] 2 All ER 136 (English Ct. App.) ; *Ins. Co. v. Lloyd's Rep.* (1995) 272 (QB) (English High Ct.), cité dans E. LOQUIN, op. cit., p. 327.

¹⁶⁹ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2793.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 2794.

¹⁷¹ *AAY v. AAZ*, [2011] 1 SRL 1093, ¶55 (Singapore High Ct.), cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2794. Voir ég. « Rather than to say there is nothing inherently confidential in the arbitration process, it is more in keeping with the parties' expectations to take the position that the proceedings are

confidentialité a été consolidée par la loi singapourienne sur l'arbitrage international de 2012 qui prévoit que chaque partie peut demander la confidentialité de la procédure¹⁷². En outre, en adoptant la section 23(4) de cette même loi, le législateur singapourien a autorisé la publication de versions éditées des sentences à des fins de contribution au développement de la loi, tout en voulant s'assurer du respect de la nature privée et confidentielle de l'arbitrage en permettant aux parties de dissimuler certains points de la décision¹⁷³. L'équilibre ainsi atteint démontre que confidentialité et transparence peuvent coexister et ne doivent pas être nécessairement vues comme des intérêts opposés¹⁷⁴.

B. Refus de reconnaître une obligation implicite de confidentialité

D'autres juridictions, comme l'Australie et la France ont cependant refusé de reconnaître qu'une obligation de confidentialité allait nécessairement de pair avec le procédé arbitral¹⁷⁵.

a. Australie

Dans son affaire *Esso Australia Resources Ltd. v. Plowman*¹⁷⁶ de 1995, l'Australie s'est prononcée en faveur du refus de la reconnaissance d'une obligation implicite de confidentialité¹⁷⁷. Dans cette affaire, la High Court australienne a contraint l'une des parties à un arbitrage à divulguer des documents relatifs à celui-ci à la demande d'un tiers en précisant qu'une obligation générale de confidentialité n'était pas sous-entendue dans une convention arbitrale¹⁷⁸. Par ailleurs, si la High Court a reconnu le caractère privé des audiences arbitrales¹⁷⁹, elle a toutefois précisé que le fait que les audiences ne soient pas

confidential and that disclosures can be made in the accepted circumstances », cité dans G. B. BORN, *International Arbitration: Law and Practice*, op. cit., p. 204.

¹⁷² Singapore International Arbitration Act, 2012, §§ 22-23 (« *Proceedings under this Act in any court shall, on the application of any party to the proceedings, be heard otherwise than in open court* »), cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2794. Voir ég. *AAY v. AAZ*, [2009] SGHC 142, ¶56 (Singapore High Ct.) « *Sections 22 and 23 confer on parties the power to ensure and maintain confidentiality over challenges in court as of right, and reflect the underlying general principle in Singapore's arbitration law that arbitrations are not only private but also confidential* », cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2795.

¹⁷³ A. POOROOYE et R. FEEHILY, op. cit., p. 296.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, op. cit., p. 2795.

¹⁷⁶ *Esso Australia Res. Ltd v. Plowman*, XXI Y.B. Comm Arb. 137, 151 (Australian High Ct. 1995) (1996), cité dans M. CARMODY, op. cit., p. 160.

¹⁷⁷ M. CARMODY, op. cit., p. 160.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Voir *Esso* (1995), 183 C.L.R. 10, § 25 : « *Subject to any manifestation of a contrary intention arising from the arbitration, the arbitration [...] is private in the sense that it is not open to the public [...] the arbitration will exclude strangers from the hearing unless the parties consent to attendance by a stranger* », cité dans M. STOJCEVSKI et B. ZELLER, « Confidentiality and privacy revisited », in *Arbitration*, vol. 78(4), 2012, p. 333.

ouvertes au public n'impliquait pas que le processus arbitral était nécessairement « confidentiel »¹⁸⁰.

A la suite de la décision *Esso*, la Loi australienne sur l'arbitrage a fait l'objet de deux importantes modifications sur la question de la confidentialité. La première a eu lieu en 2011 pour instaurer une obligation légale de confidentialité en ce qui concerne les arbitrages commerciaux internationaux¹⁸¹. En effet, la disposition prévoit que les parties et le tribunal arbitral ne peuvent divulguer aucune information confidentielle, à moins que cette divulgation ne soit autorisée par les articles 23D à 23G¹⁸². Toutefois, il est important de préciser que la version de 2011 de la Loi australienne prévoyait que ce régime de confidentialité n'opérait que sur une base « opt-in »¹⁸³. Dans le cas où les parties n'avaient rien prévu à ce sujet, c'est donc la jurisprudence *Esso* qui refuse de reconnaître une obligation implicite de confidentialité qu'il convenait d'appliquer. En 2015, la Loi australienne a à nouveau été amendée et l'approche inverse a cette fois été retenue. On voit donc que le législateur australien a décidé de se départir de l'approche suivie dans la jurisprudence *Esso*, puisqu'actuellement, l'obligation légale de confidentialité s'applique par défaut aux arbitrages commerciaux internationaux, sauf dans le cas où les parties ont convenu dans leur convention d'arbitrage ou autrement par écrit que celle-ci ne s'appliquerait pas¹⁸⁴.

b. France

En France, la tendance des juridictions avait toujours été de reconnaître une obligation implicite de confidentialité, découlant de l'existence même d'une convention arbitrale¹⁸⁵. Cependant, le décret du 13 janvier 2011¹⁸⁶ prévoit dorénavant une approche

¹⁸⁰ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 293 (« [...] *absent an explicit confidentiality contract, the private nature of arbitral proceedings does not on its own establish that confidentiality is an indispensable trait of the arbitration process. The High Court reasoned that if confidentiality can be explicitly agreed upon by the parties, then there is no basis for a presumption of confidentiality. Therefore, if there is no presumption of confidentiality, then confidentiality cannot be indispensable* »).

¹⁸¹ Art. 23C, Australian International Arbitration Act, 2011, cité dans G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2797.

¹⁸² Ces articles prévoient toute une série de circonstances dans lesquelles la divulgation d'informations confidentielles est autorisée, comme par exemple lorsque la divulgation est nécessaire pour préserver les droits d'une partie ou lorsque la divulgation est requise en vertu d'une assignation ou d'une réglementation. Voir art. 23D à 23G de l'Australian International Arbitration Act, 2015. Voir G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2797.

¹⁸³ En d'autres mots, l'obligation légale de confidentialité prévue à l'article 23C ne s'appliquait que pour autant que les parties l'aient expressément prévu dans leur convention arbitrale ou autrement par écrit. Voir art. 22, (3), Australian International Arbitration Act, 2011 ; M. CARMODY, *op. cit.*, p. 160.

¹⁸⁴ Art. 22, (2), Australian International Arbitration Act, 2015.

¹⁸⁵ E. LOQUIN, *op. cit.*, p. 327.

¹⁸⁶ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF*, n° 0011, 14 janvier 2011, p. 777, texte n°9, disponible à <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>

hybride¹⁸⁷ : les arbitrages nationaux¹⁸⁸ uniquement¹⁸⁹, sont soumis à une obligation légale expresse de confidentialité par défaut¹⁹⁰, contrairement aux arbitrages internationaux qui ne sont pas confidentiels sauf accord explicite des parties¹⁹¹. Dès lors, les parties à un arbitrage commercial international qui souhaitent profiter des avantages de la confidentialité devront nécessairement sécuriser leurs attentes dans leur convention d'arbitrage, dans un acte de mission, ou dans tout accord expressément prévu à cet effet¹⁹².

C. Le cas de la Belgique

Comme c'est le cas pour la plupart des lois d'arbitrage nationales basées sur la Loi type de la CNUDCI, la partie VI du Code judiciaire belge, entièrement consacrée à l'arbitrage, est silencieuse sur la question de la confidentialité¹⁹³. En revanche, le Règlement d'arbitrage du Centre belge d'arbitrage et de médiation (ci-après, le CEPANI) se distingue des autres règlements d'institution et se penche expressément sur les questions de publication des sentences et de confidentialité de la procédure. En effet, ce Règlement prévoit que « *les sentences ne peuvent être publiées que de manière anonyme et moyennant l'accord exprès des parties* »¹⁹⁴, et précise que cette règle s'applique « *tant aux arbitres, qu'aux parties et à leurs conseils* »¹⁹⁵. Il dispose également plus généralement qu'« [à] moins qu'il n'en ait été convenu autrement par les parties ou sauf obligation légale de publicité, la procédure arbitrale est confidentielle »¹⁹⁶. Pour éviter toute contestation sur le sujet, la prudence requiert cependant que les parties insèrent une clause de confidentialité¹⁹⁷ soit directement dans la convention d'arbitrage, soit dans un acte

¹⁸⁷ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁸⁸ La raison pour laquelle le législateur français a décidé de limiter le champ d'application de l'obligation de confidentialité aux arbitrages nationaux réside dans le fait que la tendance dans l'arbitrage international d'investissement se tourne de plus en plus vers la transparence de la procédure. En ce faisant, le législateur a voulu éviter d'imposer des règles nationales contraires à cette tendance internationale en restreignant l'obligation de confidentialité aux arbitrages nationaux. Voir G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2799.

¹⁸⁹ L'article 1506 du Code de Procédure Civile Français indique quelles dispositions applicables aux arbitrages domestiques le sont également aux arbitrages internationaux. Malgré le fait que l'article 1506 reprenne la quasi-totalité des dispositions applicables aux arbitrages nationaux, l'article 1464, al. 4, établissant l'obligation légale de confidentialité n'est cependant pas mentionné. Il en découle que l'obligation légale expresse de confidentialité ne s'applique qu'aux arbitrages domestiques. Voir G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2799.

¹⁹⁰ Art. 1464, al. 4 du Code de Procédure Civile Français (2011) (« *Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité* »).

¹⁹¹ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 30.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 438.

¹⁹⁴ Règlement d'arbitrage du CEPANI, Annexe III : Bonne conduite pour les procédures d'arbitrage à l'intervention du CEPANI, point 10.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ Art. 25, du Règlement d'arbitrage du CEPANI.

¹⁹⁷ G. KEUTGEN et G.-A. DAL, *op. cit.*, p. 438.

ultérieur, tel l'acte de mission¹⁹⁸. Enfin, l'article 23.6 du Règlement assure par défaut le caractère privé de la procédure¹⁹⁹.

Quant à la question de savoir si la Belgique est l'une de ces juridictions qui reconnaissent une obligation implicite de confidentialité, il semblerait que ce soit le cas. En Belgique, il est donc généralement accepté que si les parties veulent résoudre leur différend par la voie de l'arbitrage, elles sont présumées avoir par-là accepté le principe de confidentialité²⁰⁰. Cette approche traditionnelle n'est cependant fondée sur aucun texte législatif ou jurisprudence et « *relève toutefois plutôt d'un consensus mou* »²⁰¹.

Chapitre III. La remise en cause du principe de confidentialité

Depuis quelques années, cette vision traditionnelle de l'arbitrage centrée sur la confidentialité a fait l'objet de nombreuses critiques partout dans le monde. En effet, de multiples raisons permettent de penser qu'un système plus transparent serait bénéfique non seulement au développement de l'arbitrage d'investissement mais aussi à celui de l'arbitrage commercial. Il serait également un moyen d'augmenter la légitimité de l'arbitrage d'investissement aux yeux des citoyens. Bien que la remise en cause du principe de confidentialité peut également soulever certaines critiques, celles-ci doivent néanmoins être nuancées à la vue des nombreux avantages engendrés par une procédure plus transparente.

Section I. L'origine du mouvement en faveur de la transparence

La confidentialité présentée plus haut comme étant l'emblème de l'arbitrage international a été récemment remise en cause par les auteurs qui soutiennent qu'une plus grande transparence pourrait bénéficier au système arbitral tout entier²⁰². Comme brièvement expliqué plus haut, la tendance vers plus de transparence trouve son origine dans l'arbitrage d'investissement, principalement en raison du fait qu'un Etat (ou une entité publique) intervient nécessairement dans le conflit mais aussi en raison de la nature

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 369 (« L'acte de mission est un document contractuel, dont la rédaction n'est pas imposée par la loi, qui lie les parties et les arbitres, permettant de fixer, au début de l'instruction de la cause, diverses règles applicables à la procédure ou au fond, susceptibles de faciliter ou d'accélérer le déroulement de la procédure »).

¹⁹⁹ Art. 23.6 du Règlement d'arbitrage du CEPANI : « Les audiences ne sont pas publiques. Sauf accord du tribunal arbitral et des parties, elles ne sont pas ouvertes aux personnes étrangères à la procédure ». Voir J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 26.

²⁰⁰ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 25.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 510.

hybride, et donc, en bien des égards, publique, du conflit²⁰³. De cette implication de l'Etat dans le conflit découle l'intérêt des citoyens de découvrir ce qui se passe derrière les portes le plus souvent closes du tribunal arbitral²⁰⁴. Les citoyens sont en effet souvent intéressés par l'issue de la sentence arbitrale, ne fut-ce que parce que les sentences prononcées à charge de l'Etat d'accueil de l'investisseur sont payées grâce aux contributions des concitoyens²⁰⁵. Ces considérations ont d'ailleurs abouti à l'adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI en 2013 qui a considérablement accru la transparence mais dont le champ d'application a toutefois été limité aux arbitrages d'investissement²⁰⁶.

À la suite des changements de perspective opérés dans la matière de l'arbitrage d'investissement, la tendance vers plus de transparence a également démarré dans l'arbitrage commercial. En effet, vu que l'on s'accorde de plus en plus à dire que l'arbitrage commercial peut, au même titre que l'arbitrage d'investissement, soulever dans certains cas des enjeux qui intéressent le public²⁰⁷, il devient difficilement justifiable de limiter les progrès accomplis en termes de transparence à la seule sphère de l'arbitrage d'investissement. Dès lors, il apparaît nécessaire de modifier la conception traditionnelle encore trop ancrée selon laquelle l'arbitrage commercial est nécessairement confidentiel au profit d'une approche nettement plus nuancée cherchant à établir un équilibre entre transparence et confidentialité. D'ailleurs, même les plus fervents défenseurs de la confidentialité tels que Serge LAZAREFF admettent que ce principe doit savoir céder le pas devant l'intérêt public supérieur²⁰⁸.

Section II. La transparence comme manière de contribuer au développement de l'arbitrage

Les raisons avancées ci-dessous sont autant de facteurs qui permettent de comprendre en quoi la mise en œuvre d'une procédure plus transparente contribuera au développement de l'arbitrage international, qu'il s'agisse de l'arbitrage d'investissement ou de l'arbitrage commercial. Déjà en 2005, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (ci-après, OCDE) avait souligné l'importance que représente la transparence afin d'améliorer l'efficacité du système ainsi que pour contribuer au développement ultérieur d'un corps de jurisprudence cohérent²⁰⁹. Si cette affirmation de

²⁰³ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 218.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 135.

²⁰⁶ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 7.

²⁰⁷ Voir Chapitre IV, Section II, § 1^{er}.

²⁰⁸ S. LAZAREFF, *op. cit.*, p. 81, cité dans J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 24 (« *I am utterly convinced that confidentiality is an inherent part of international commercial arbitration, subject to the sole exception of absolute and overriding public interest* »).

²⁰⁹ OCDE (2005), « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », in *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, no. 2005/01,

l'OCDE visait uniquement l'arbitrage d'investissement, nous soutenons dans le cadre de ce mémoire qu'un accès plus large au processus arbitral serait également bénéfique au développement de l'arbitrage commercial²¹⁰. C'est pourquoi les avantages de la transparence développés ci-dessous sont pertinents indépendamment de la question de savoir si l'arbitrage porte sur un conflit en matière commerciale ou d'investissement.

§1^{er}. Amélioration de la prévisibilité et de la cohérence du système arbitral

Mettre l'accent sur la transparence, particulièrement au travers de la publication des sentences arbitrales, permettra, à terme, d'augmenter à la fois la prévisibilité et la cohérence du système arbitral²¹¹, au bénéfice non seulement du tribunal arbitral mais aussi des parties²¹². S'il est vrai qu'il n'existe pas à proprement parler de « *stare decisis doctrine* » dans l'arbitrage international²¹³, les sentences arbitrales disposent tout de même d'une certaine valeur persuasive²¹⁴ menant à la formation d'une jurisprudence *de facto*²¹⁵ et au développement d'un ensemble de décisions arbitrales cohérent²¹⁶. Les arbitres auront ainsi à leur disposition des sentences précédemment rendues sur le sujet et pourront donc s'y référer pour trancher leur litige²¹⁷, de la même manière que les décisions judiciaires guident les juges impliqués dans des affaires subséquentes²¹⁸.

Par ailleurs, essentiellement dans l'arbitrage commercial et dans une moindre mesure dans l'arbitrage d'investissement, une publication systématique des sentences arbitrales pourra avoir pour fonction d'informer les parties²¹⁹. S'il leur est possible de prendre connaissance des précédentes sentences rendues sur des problématiques similaires, les parties seront en effet plus à même d'envisager de recourir ou non au processus arbitral²²⁰ en ayant déjà à l'esprit une indication sur la manière dont les arbitres

éditions OCDE, Paris, disponible à <http://dx.doi.org/10.1787/613762812565> (« Les membres du Comité de l'investissement sont d'avis général qu'une transparence supplémentaire, en particulier concernant la publication des sentences arbitrales, [...], 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, [...] »), cité dans H. VERBIST, *op. cit.*, p. 312.

²¹⁰ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 228 et s. ; M. CARMODY, *op. cit.*, p. 135 et s. ; G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2828 et s.

²¹¹ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 136.

²¹² G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 9.

²¹³ Étant donné que les sentences arbitrales ne sont contraignantes que pour les parties au litige, il n'existe pas à proprement parler de doctrine du précédent (que l'on retrouve principalement dans les pays de Common Law) dans l'arbitrage international. Voir M. CARMODY, *op. cit.*, p. 172 ; G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 12 (« *In international arbitration, as in international law, there is no directly or indirectly obligation to follow legal precedent* »).

²¹⁴ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 512 ; C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 136.

²¹⁵ G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 12.

²¹⁶ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 512.

²¹⁷ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 171.

²¹⁸ G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 2822.

²¹⁹ E. ZLATANSKA, « To Publish, or Not to Publish Arbitral Awards: That is the Question... », in *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 81, 2015, p. 28.

²²⁰ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 136 (« *better avoidance of future dispute* »).

pourraient trancher leur litige²²¹. Avoir accès aux sentences permettra également aux parties de préparer leur défense de manière plus efficace²²² et d'éviter de futurs litiges, en leur permettant d'apprendre des erreurs commises par d'autres²²³. Enfin, cela donnerait également l'opportunité aux praticiens, chercheurs et étudiants de mieux comprendre et analyser le système afin d'améliorer cette méthode de résolution des conflits²²⁴.

§2. Amélioration de la qualité des sentences arbitrales rendues

Encourager la transparence aura également pour conséquence d'améliorer la qualité des sentences arbitrales²²⁵ et augmentera de ce fait le sentiment de responsabilité des arbitres et des institutions pour leurs actions et décisions²²⁶, tant dans l'arbitrage d'investissement que dans l'arbitrage commercial. En effet, en ayant en tête que leurs sentences pourront être lues et critiquées par la communauté arbitrale, les arbitres seront incités à être nettement plus attentifs à la manière dont ils rédigent celles-ci et veilleront à s'assurer de la clarté de leur motivation et raisonnement²²⁷. Le processus de décision sera par ailleurs plus précis, car les arbitres, en sachant que leur décision sera rendue publique, seront plus enclins à mener un examen minutieux et à enquêter avant de parvenir à une conclusion²²⁸. De même, ils auront la responsabilité de rendre une sentence basée sur une application correcte du droit²²⁹. S'ils n'y parvenaient pas ou pas suffisamment, et que leur erreur devenait publique, leur réputation en souffrirait également²³⁰.

§3. Accélération de la vitesse décisionnelle

En étant conscient que leurs sentences seront soumises à un examen public, les arbitres seront plus motivés à rendre celles-ci avec diligence et efficacité, ce qui contribuera à augmenter la vitesse du processus décisionnel²³¹.

²²¹ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 512.

²²² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 171.

²²³ *Ibid.*, p. 172.

²²⁴ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 29.

²²⁵ S. SCHILL, « Transparency as a Global Norm in International Investment Law », in *Kluwer Arbitration Blog*, September 15 2014, disponible à <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/15/transparency-as-a-global-norm-in-international-investment-law/?print=pdf>, cité dans M. CARMODY, *op. cit.*, p. 174.

²²⁶ D. MAGRAW, S. PLAGAKIS et J. SCHIFANO, *Ways and Means of Citizen's Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedure*, Society of International Economic Law, Londres, 2008, p. 4, disponible à https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159770.

²²⁷ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 31.

²²⁸ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 285.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 30.

²³¹ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 173.

§4. Développement des valeurs démocratiques

Plus de transparence dans la procédure arbitrale favorisera également le respect et le développement des principes démocratiques²³² et permettra aux citoyens de constater par eux-mêmes que la justice est rendue²³³. Le public affecté par l'issue d'un arbitrage, à savoir principalement les actionnaires d'une société et les consommateurs de celle-ci, auront alors l'opportunité d'observer et d'évaluer le résultat des affaires soumises à l'arbitrage²³⁴. Dans la même veine, la divulgation des sentences et l'ouverture des audiences donnera l'opportunité aux citoyens intéressés de mieux connaître la position adoptée par les parties dans le conflit²³⁵. Ces dernières ne pourront dès lors plus échapper aux conséquences de leurs actions et seront tenues responsables aux yeux du public²³⁶. En résumé, la transparence aide à garantir le respect des principes démocratiques tels que le droit à l'information²³⁷, l'équité, l'Etat de droit et le droit à un procès équitable²³⁸. Il est dans l'intérêt de l'institution arbitrale de respecter ces principes de bonne administration de la justice, et de montrer par-là aux citoyens qu'elle les observe²³⁹.

§5. Évitement de l'effet « Repeat Player »

L'abandon de la confidentialité dans le système arbitral permettrait également d'éviter le problème du « Repeat Player »²⁴⁰, que l'on retrouve tant dans l'arbitrage commercial que dans l'arbitrage d'investissement. Cette appellation vise le phénomène selon lequel les utilisateurs récurrents du système arbitral disposent d'avantages par rapport à ceux qui ne l'emploieraient jamais ou seulement très peu²⁴¹. En effet, les nouveaux utilisateurs du système disposent, *de facto*, de très peu d'information sur la conduite de l'arbitrage et sur ce à quoi ils doivent s'attendre de celui-ci²⁴².

Parmi les avantages dont bénéficient les utilisateurs habituels du système, on retrouve le bénéfice que constitue l'expérience du recours à l'arbitrage, ou encore l'avantage de se créer une réputation et une crédibilité auprès des arbitres²⁴³. Opter pour

²³² D. MAGRAW, S. PLAGAKIS et J. SCHIFANO, *op. cit.*, p. 4.

²³³ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 30.

²³⁴ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 136.

²³⁵ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 175.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ En 2009, la Cour Européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'affaire *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie*, que le refus des entités publiques de fournir des informations relevant de l'intérêt public était constitutif d'une violation de l'article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme, instituant le droit à la liberté d'expression. Dans le même esprit, la Cour Interaméricaine des droits de l'homme a affirmé que la liberté de penser et d'expression, tel que garantie à l'article 13 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, contenait le droit d'accès à l'information. Voir C. REITH, *op. cit.*, p. 125.

²³⁸ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 285.

²³⁹ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 35.

²⁴⁰ A. H. RAYMOND, « Confidentiality in a Forum of Last Resort: Is the Use of Confidential Arbitration a Good Idea for Business and Society », in *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 16, 2005, pp. 498-501.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 31.

²⁴³ M. CARMODY, *op. cit.*, pp. 175-176.

un système plus transparent permettrait alors de garantir que les informations circulent effectivement parmi tous les utilisateurs du système, et ne soient pas uniquement à la disposition de ceux qui s'engagent à maintes reprises dans le procédé arbitral²⁴⁴.

Dans l'arbitrage d'investissement particulièrement, l'Etat d'accueil adopte souvent le rôle du « *repeat player* » en raison de la promesse qu'il a faite aux différents investisseurs étrangers de résoudre le litige qui surviendrait entre eux par la voie de l'arbitrage²⁴⁵. En effet, vu que les Etats, au contraire des investisseurs, ont accès aux précédentes sentences les impliquant, ils entrent dans le procédé arbitral avec un avantage substantiel par rapport aux investisseurs²⁴⁶. Promouvoir la transparence aurait donc pour conséquence de neutraliser cet avantage du « *repeat player* ».

§6. Meilleure désignation des arbitres par les parties

Comme dit plus haut, l'un des avantages majeurs de l'arbitrage est de permettre aux parties de pouvoir choisir les personnes qui leur conviennent le mieux afin de résoudre un conflit. Cependant, les informations dont disposent les parties à propos des arbitres sont en général très rares et, le plus souvent, c'est l'institution arbitrale qui procédera à la nomination de l'arbitre²⁴⁷. L'accès aux sentences publiées permettrait aux arbitres dont le nom serait divulgué en même temps que la sentence de se construire une réputation sur laquelle les parties pourraient se baser pour désigner la personne la plus apte à résoudre leur conflit²⁴⁸. En d'autres mots, l'augmentation de la transparence donnera la possibilité aux acteurs du système de choisir leurs arbitres de manière plus efficace²⁴⁹ étant donné qu'ils seront plus disposés à savoir si l'arbitre envisagé dispose de la meilleure expertise pour résoudre leur litige²⁵⁰.

²⁴⁴ A. H. RAYMOND, *op. cit.*, pp. 498-501.

²⁴⁵ J. J. Jr. COE, « Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership », in *U. Kan. L. Rev.*, vol. 54, 2006, p. 1358.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 31.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 169 ; Cindy G. BUYS, *op. cit.*, p. 136.

²⁵⁰ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 285.

Section III. La transparence comme manière de résoudre la crise de légitimité dans l'arbitrage d'investissement

La promotion de la transparence présente également l'avantage de rendre le procédé arbitral plus légitime aux yeux des citoyens²⁵¹, notamment en renforçant la confiance et l'acceptation de ceux-ci quant à ce mode de résolution des conflits²⁵².

Ces dernières années, les auteurs et chercheurs²⁵³ ont pointé du doigt la grandissante crise de légitimité qui frappe l'arbitrage d'investissement²⁵⁴. La légitimité du procédé arbitral dépend en effet de la question de savoir si des individus privés (c'est-à-dire les arbitres) peuvent, de manière juste et objective, déterminer les droits des investisseurs par rapport aux intérêts de l'Etat d'accueil²⁵⁵. Il est important de soulever que la légitimité du processus ne repose pas uniquement sur les épaules des détenteurs d'intérêt au litige, mais aussi sur les épaules des citoyens dans une plus large mesure²⁵⁶. En effet, sans un minimum de soutien de la population au regard de ce mode de résolution des conflits, son existence et sa mise en œuvre seraient fortement ébranlées²⁵⁷. C'est la raison pour laquelle promouvoir la transparence au travers notamment de l'accès au public et de la publication des documents en lien avec l'arbitrage d'investissement aura pour effet d'accroître la légitimité de l'arbitrage en renforçant l'idée que les tribunaux arbitraux mettent en œuvre un processus décisionnel juste et honnête²⁵⁸. Par ailleurs, les notions de justice, d'honnêteté, de cohérence et de prévisibilité, qui influencent les conceptions de tout un chacun en termes de légitimité, se trouveront aussi, comme discuté plus haut, consolidées par la mise en œuvre d'une procédure plus transparente²⁵⁹. Enfin, la transparence contribuera à améliorer non seulement la légitimité du processus arbitral, mais aussi celle de l'Etat d'accueil, en faisant ainsi la lumière sur les raisons qui le poussent à adopter telle ou telle politique²⁶⁰.

Section IV. Critiques et risques liés à la promotion de la transparence

Malgré les avantages considérables engendrés par l'amélioration de la transparence, il existe cependant aussi certains motifs pour lesquels les parties à l'arbitrage

²⁵¹ D. MAGRAW, S. PLAGAKIS et J. SCHIFANO, *op. cit.*, p. 4 ; J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 806.

²⁵² A. POOROYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 285.

²⁵³ S. D. FRANCK, *op. cit.*, p. 1521.

²⁵⁴ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 512.

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ S. D. FRANCK, *op. cit.*, p. 1584.

²⁶⁰ J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, pp. 807-808.

pourraient vouloir rester fidèles à la conception traditionnelle selon laquelle l'arbitrage est une méthode de résolution des conflits confidentielle et privée²⁶¹.

Premièrement, l'entreprise ou l'investisseur pourrait être réticent à révéler des informations commerciales confidentielles, certains secrets d'affaires et stratégies d'investissement, car ces informations pourraient être utilisées par des concurrents à leur profit et ainsi entacher le bon déroulement de son business interne²⁶². Cette critique est toutefois à nuancer car tous les systèmes d'arbitrage internes et internationaux encourageant la transparence contiennent des assurances supplémentaires afin de protéger les informations clés comme celles citées ci-dessus, au travers par exemple de l'ordonnance de confidentialité grâce à laquelle les secrets d'affaires resteront dans l'ombre²⁶³. Dans l'arbitrage d'investissement, l'Etat défendeur pourrait être peu enclin à révéler le fonctionnement interne de ses structures administratives craignant que ce faisant, il mette à mal sa réputation d'hôte pour de futurs investissements étrangers²⁶⁴. D'un autre côté, l'amélioration de la transparence pourrait également inciter l'Etat à agir de manière plus responsable en ce qui concerne les investissements étrangers sur son territoire. Et à terme, il se pourrait même que cette visibilité crée un afflux d'investissements étrangers sur le sol de ces Etats plus respectueux des valeurs de la transparence²⁶⁵.

D'autres arguments contre l'amélioration de la transparence ont également été présentés à propos particulièrement de l'arbitrage commercial. Certains ont en effet avancé, de manière toutefois peu convaincante, qu'il n'y avait aucun intérêt à développer un ensemble de règles cohérent et uniforme, étant donné que l'arbitrage commercial, puisqu'il ne gère que des contrats ponctuels et ciblés, ne doit pas s'inquiéter de la problématique de la cohérence²⁶⁶. Par ailleurs, étant donné que les sentences commerciales sont rendues en vertu du droit d'une juridiction en particulier, il a été également soutenu que la plupart des sources étaient déjà suffisamment accessibles aux parties et au tribunal pour que ceux-ci parviennent à s'instruire sur l'état du droit et qu'il n'y avait dès lors pas besoin d'améliorer la cohérence et la prévisibilité du droit de l'arbitrage au travers de plus de transparence²⁶⁷.

²⁶¹ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 514.

²⁶² E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 33.

²⁶³ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 514.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 515.

²⁶⁶ G. KAUFFMAN-KOHLER, « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture », in *Arbitration International*, vol. 23, 2007, p. 375.

²⁶⁷ S. EBERE et B. WHERAJ, « Nine Years Later: Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration », in *American Review of International Arbitration*, vol. 25, 2014, p. 89, cité dans M. CARMODY, *op. cit.*, p. 173.

Enfin, certains ont avancé que la volonté de rendre le procédé plus transparent pourrait également entraîner une perte d'efficacité du système arbitral²⁶⁸. En effet, ils sont d'avis que permettre la participation des tiers à la procédure aurait pour conséquence de faire pression sur les parties les poussant ainsi à avancer des arguments qu'elles auraient autrement gardé pour elles, uniquement pour satisfaire certaines personnes guettant l'issue de l'arbitrage²⁶⁹. Cette situation pourrait en effet affecter l'efficacité du système car les arbitres et la partie opposée se doivent de répondre à ces arguments supplémentaires, ce qui prend un certain temps²⁷⁰. Par ailleurs, certains avancent que la publication des sentences aura pour conséquence d'engendrer des coûts (dus aux honoraires des arbitres et avocats impliqués dans la rédaction de la sentence) et des lenteurs (dus à la rédaction minutieuse de la sentence par les arbitres) additionnels²⁷¹. D'autres sont également d'avis que la publication des sentences pourrait avoir pour effet collatéral d'accroître la pression subie par les arbitres, de sorte que leur rôle ne se limiterait plus uniquement à résoudre le litige commercial devant eux mais consisterait également à continuellement démontrer leurs capacités dans le but d'être à nouveau désigné dans un litige ultérieur²⁷².

S'il est évident que ces considérations doivent être prises en compte pour déterminer où tracer la ligne entre confidentialité et transparence ²⁷³, il semble toutefois que les avantages liés à la promotion de cette dernière soient plus nombreux et substantiels que ses désavantages. Comme l'a très justement dit Alexis MOURRE : « *an award is not only the ultimate product of the parties' arbitration agreement. It is not solely a private document. It is also a judicial decision which may, to a certain extent, affect the public and in which the business community at large has an interest. [...] Likewise, the public interest in the development of arbitral case law, in the enhancement of the quality of arbitration, and in providing transparency and predictability to the business community overrides the principle of confidentiality [...]* »²⁷⁴.

²⁶⁸ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 138.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ E. ZLATANSKA, *op. cit.*, p. 33.

²⁷² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 174.

²⁷³ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 138.

²⁷⁴ A. MOURRE, « Precedent and confidentiality in International Commercial arbitration, The Case for the Publication of Arbitral Award », in *Precedent in International Arbitration*, Juris Publishing Inc., 2008, pp. 64-65, cité dans J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 31.

Chapitre IV. Conséquences de la remise en cause du système arbitral traditionnel basé sur le principe de confidentialité

Au vu des nombreux bienfaits découlant de la transparence dans le déroulement de l'arbitrage, nous constaterons au sein de ce chapitre, que le système traditionnel basé sur le principe de confidentialité a, en ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, déjà été profondément remanié ou sera, en ce qui concerne l'arbitrage commercial, en tout cas certainement prochainement réformé²⁷⁵. En effet, pour que les tribunaux arbitraux deviennent une véritable alternative aux cours étatiques, il est nécessaire de se départir de la confidentialité absolue du processus²⁷⁶.

Section I. La transparence dans l'arbitrage d'investissement

C'est dans la matière de l'arbitrage d'investissement que le mouvement visant à promouvoir la transparence a reçu le plus de support ces dernières décennies, en raison du fait qu'il suscite l'intérêt légitime du public²⁷⁷, au contraire (soi-disant) de l'arbitrage commercial qui se déroule généralement entre deux entreprises privées et qui donc ne soulève jamais de questions d'intérêt général²⁷⁸. Dès lors, l'on s'accordait pour dire qu'il était nécessaire de faire la lumière sur l'arbitrage d'investissement, tandis que l'arbitrage commercial pouvait demeurer dans l'ombre²⁷⁹.

L'arbitrage d'investissement soulève en effet des enjeux d'intérêt public pour plusieurs raisons. Premièrement, ce type d'arbitrage concerne fréquemment des problématiques telles que la santé, la sécurité, l'environnement, les droits de l'homme, ... problématiques qui intéressent directement les citoyens d'un Etat²⁸⁰. De plus, l'arbitrage entre Etat et investisseur implique bien souvent des accusations de fautes et de corruption à l'égard de l'Etat, ce qui entraîne la curiosité légitime de la population locale²⁸¹. Enfin, l'arbitrage entre Etat et investisseur peut s'avérer être très couteux et avoir un sérieux

²⁷⁵ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 35 (« Si l'arbitrage d'investissement fut le premier à subir l'envahissement de la sphère publique, l'arbitrage commercial doit aussi s'y préparer »).

²⁷⁶ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 286.

²⁷⁷ J. LEE, *op. cit.*, p. 448.

²⁷⁸ Voir Chapitre IV, Section II, § 1^{er}.

²⁷⁹ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 208. Voir aussi OCDE (2005), « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », *op. cit.*, (« 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 »).

²⁸⁰ J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 804.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 805.

impact sur l'économie de l'Etat défendeur lorsque celui-ci doit, aux termes de la sentence arbitrale, indemniser l'investisseur étranger²⁸². Par conséquent, l'on a constaté une perte de vitesse du principe de confidentialité tant dans le contexte de l'ALENA que dans celui du CIRDI et de la CNUDCI.

§1^{er}. Mesures progressives adoptées dans le cadre de l'ALENA

L'ALENA représente l'un des efforts les plus aboutis afin d'améliorer la transparence et de réduire, voire d'éliminer, la confidentialité dans les procédures d'arbitrage d'investissement²⁸³. Comme mentionné plus haut, le traité d'investissement trilatéral ne comprend pas d'obligation explicite de confidentialité pour le règlement des conflits en vertu du Chapitre 11²⁸⁴. Seule la question de la publication des sentences a été explicitement adressée à l'annexe 1137.4 de l'ALENA²⁸⁵. A cet égard, les trois Etats parties ne poursuivent pas la même approche. En effet, « [l]orsque le Canada [ou les États-Unis] est la Partie contestante, le Canada [ou les États-Unis] lui-même [ou eux-mêmes] ou un investisseur contestant qui est partie à l'arbitrage pourra publier une sentence »²⁸⁶. En revanche, « [l]orsque le Mexique est la partie contestante, la publication d'une sentence se fera aux termes des règles d'arbitrage applicables »²⁸⁷. Au niveau des autres aspects en lien avec la transparence, la Commission du libre-échange de l'ALENA a joué un rôle important en exprimant les visions communes des trois membres de l'ALENA²⁸⁸ au travers d'interprétations et de recommandations concernant la divulgation de documents, la participation des tiers et l'ouverture au public des audiences.

En 2001, la Commission du libre-échange a émis sa première note interprétative selon laquelle : « [n]othing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality on the disputing parties to a Chapter Eleven arbitration [...] [and] nothing in the NAFTA precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal »²⁸⁹. Cette interprétation de la Commission représente un engagement de la part des trois Etats parties au traité de garantir un accès libre aux documents avec des exceptions limitées. A la suite de l'émission de cette note, des mesures ont été prises pour que l'accès aux documents soit effectif et aujourd'hui, le public a un accès quasiment illimité aux documents pertinents générés pendant la procédure arbitrale²⁹⁰. Bien qu'elle

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ J. LEE, *op. cit.*, p. 449.

²⁸⁴ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 519.

²⁸⁵ J. J. Jr. COE, *op. cit.*, p. 1355.

²⁸⁶ Annexe 1137.4 de l'ALENA.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ J. J. Jr. COE, *op. cit.*, p. 1378.

²⁸⁹ NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 juillet 2001, disponible à <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf> (22 mars 2018).

²⁹⁰ J. LEE, *op. cit.*, p. 450.

ait en principe valeur contraignante pour les tribunaux établis en vertu du chapitre 11²⁹¹, il faut toutefois relativiser l'impact de cette note dans la pratique²⁹². En effet, la plupart des traités d'investissement en vigueur en 2001 prévoyait soit l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI soit celle du Règlement du CIRDI, qui tous les deux contenaient des dispositions permettant de garder les documents en lien avec l'arbitrage confidentiels²⁹³. Vu que les tribunaux établis en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA se doivent de respecter le choix des parties de soumettre leur arbitrage à un règlement d'arbitrage déterminé, les dispositions de ce dernier devront donc être respectées par le tribunal, même si elles venaient contredire la note interprétative émise par la Commission de l'ALENA²⁹⁴. Par conséquent, vu que les règles de procédure choisies par les parties demeurent le point central pour déterminer l'étendue de l'exigence de confidentialité²⁹⁵, cette note interprétative n'a pas eu d'impact fondamental dans la volonté d'améliorer la transparence²⁹⁶.

En ce qui concerne la pratique consistant à admettre des soumissions écrites provenant de tiers, celle-ci était, jusqu'au 7 octobre 2003, accordée de manière ponctuelle par les tribunaux, sans qu'ils n'aient aucune ligne directrice sur lesquelles se baser²⁹⁷. Le 7 octobre 2003, la Commission a émis une Déclaration sur le sujet²⁹⁸ affirmant que les tribunaux établis en vertu du chapitre 11 avaient la discrétion d'accepter les soumissions écrites d'*amici* et recommandant des procédures en vertu desquelles les demandes de participation pouvaient être adressées au tribunal²⁹⁹. Cette déclaration mentionnait : « [n]o provision of the North American Free Trade Agreement [...] limits a Tribunal's discretion to accept written submissions from a person or entity that is not a disputing party »³⁰⁰. Selon cette Déclaration, si les parties ont tout de même l'opportunité de se faire entendre sur la question, c'est au tribunal que revient le dernier mot pour décider si un *amicus* intéressé peut participer ou non à la procédure³⁰¹. Étant donné que l'admission

²⁹¹ Selon l'article 1131(2) de l'ALENA « *An interpretation by the Commission of a provision of this Agreement shall be binding on a Tribunal established under this Section* » ; R. TEITELBAUM, « Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration », in *The law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, p. 255 (« *It appears from the Commission's Note of Interpretation that a general, binding statement on confidentiality in Chapter Eleven arbitration has finally been made* »).

²⁹² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 114 ; R. TEITELBAUM, *op. cit.*, p. 255 (« [...] *the Free Trade Commission's Statement does not go as far as to take away the Tribunal's power and discretion to apply the arbitral rules as it deems appropriate. Moreover, the Free Trade Commission's Statement in no way directs the Tribunal to allow for the release of documents to the public; the Statement, although binding on the Tribunals, is addressed to the Parties in each section* »).

²⁹³ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 114.

²⁹⁴ J. LEE, *op. cit.*, p. 452.

²⁹⁵ A. KAUSHAL, *op. cit.*, p. 177.

²⁹⁶ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 172.

²⁹⁷ S. PUIG et M. KINNEAR, « NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration », in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, 2010, p. 259.

²⁹⁸ *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, NAFTA FREE TRADE COMMISSION (Oct. 7, 2003), disponible à <http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/Nondisputing-en.pdf> (4 avril 2018).

²⁹⁹ S. PUIG et M. KINNEAR, *op. cit.*, p. 260.

³⁰⁰ *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, NAFTA FREE TRADE COMMISSION (Oct. 7, 2003), disponible à <http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/Nondisputing-en.pdf> (4 avril 2018).

³⁰¹ J. LEE, *op. cit.*, p. 451.

des soumissions des tiers peut avoir pour effet de retarder le bon déroulement de la procédure, la Déclaration énonce également une série de lignes directrices non contraignantes afin d'aider le tribunal à apprécier la mesure dans laquelle les demandes d'*amici* doivent ou non être accordées, principalement dans le but d'éviter que la participation de ceux-ci n'en vienne à trop alourdir la procédure en cours³⁰².

Enfin, des initiatives ont également été menées pour permettre l'ouverture des portes des audiences d'arbitrage d'investissement qui se déroulent en vertu du Chapitre 11 de l'ALENA³⁰³. En effet, la Commission, au nom cette fois uniquement des États-Unis et du Canada, a émis une Déclaration sur les audiences publiques en octobre 2003³⁰⁴. Cette Déclaration affirmait : « [The United State] / [Canada] *affirms that it will consent, and will request the consent of disputing investors and, as applicable, tribunals, that hearings in Chapter Eleven disputes to which it is a party to be open to the public, except to ensure the protection of confidential information, including business confidential information [...]* »³⁰⁵. Un an plus tard, la Commission a émis une déclaration indiquant que le Mexique avait rejoint l'approche suivie par les États-Unis et le Canada et promouvrait dorénavant lui aussi la publicité des audiences³⁰⁶. Malgré cette belle avancée, le consentement de l'investisseur demeure cependant toujours nécessaire à l'ouverture des portes des audiences³⁰⁷. Si son consentement a été accordé dans certaines affaires, la plupart du temps, celui-ci a préféré maintenir les portes du tribunal closes³⁰⁸. De la même manière que pour l'accès aux documents, un autre facteur qui explique pourquoi cette mesure n'a eu que peu de portée est le fait que le tribunal arbitral soit contraint de respecter les dispositions du règlement choisi par l'investisseur pour le déroulement de la procédure arbitrale, c'est-à-dire soit les règles du Règlement d'arbitrage du CIRDI, soit celles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, le régime mis en place par l'ALENA est qualifié de pionnier dans la tendance vers l'amélioration de la transparence, et a certainement permis d'influencer la communauté internationale de l'arbitrage d'investissement dans ce sens³¹⁰.

³⁰² L'on citera par exemple le fait que la demande du tiers doit être suffisamment concise, présentée dans la forme écrite et ne pas dépasser vingt pages dactylographiées. Voir J. LEE, *op. cit.*, p. 451.

³⁰³ J. LEE, *op. cit.*, p. 452.

³⁰⁴ *Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations*, U.S. TRADE REPRESENTATIVE (Oct. 7, 2003), disponible à https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf (4 avril 2018).

³⁰⁵ J. LEE, *op. cit.*, p. 452 (« *The Open Hearings Statement recommends several possible arrangements for open hearings, such as closed-circuit television systems and online webcasting* »).

³⁰⁶ K. YANNACA-SMALL, *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, New-York, Oxford University Press, 2010, p. 155.

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 518. Pour rappel, l'article 28, § 3, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoyait, jusqu'en 2010 que l'audience arbitrale avait lieu à huis clos sauf convention contraire des parties. Quant au Règlement d'arbitrage du CIRDI, son article 32, § 2, prévoyait, avant d'être modifié en 2006, que le tribunal arbitral ne pouvait décider d'ouvrir les audiences à des tiers qu'avec le consentement des deux parties.

³¹⁰ J. LEE, *op. cit.*, p. 452.

§2. Amendement du Règlement d'arbitrage du CIRDI

Le règlement d'arbitrage du CIRDI a été amendé en 2006 « *avant tout, pour répondre aux appels au secours afin d'augmenter la transparence dans les arbitrages du CIRDI* »³¹¹. Pour encourager la transparence, le CIRDI a adopté des dispositions concernant la possibilité pour des tiers de déposer une soumission écrite auprès du tribunal, la participation du public aux audiences et la publication des sentences³¹². Si les thèmes abordés sont globalement les mêmes que dans le cadre de l'ALENA, à la différence de l'approche suivie par la Commission du libre-échange qui consistait à émettre des recommandations d'interprétation qui promeuvent la transparence, le CIRDI a, quant à lui, entrepris une révision de son règlement en lui-même, avec pour conséquence que ces règles devront être appliquées et respectées par le tribunal³¹³.

La première mesure adoptée par le CIRDI avait pour objectif de permettre une plus grande participation des tiers dans l'arbitrage d'investissement, en autorisant ceux-ci à déposer une soumission écrite auprès du tribunal³¹⁴. Grâce à cette disposition, des problématiques qui n'ont pas ou qui n'ont pas été adéquatement adressées par les parties peuvent dorénavant trouver écho dans un public plus large, comprenant des personnes privées, des organisations non-gouvernementales, des organisations commerciales ou encore des gouvernements³¹⁵. Si le tribunal doit consulter les deux parties avant de statuer sur la demande du tiers, il peut dans tous les cas admettre la soumission, même si les deux parties s'y opposent³¹⁶, pourvu que cette admission « *ne perturbe pas l'instance, qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice* »³¹⁷.

Deuxièmement, la révision du Règlement donne la possibilité pour le public d'assister aux audiences arbitrales qui se déroulent selon la Convention du CIRDI³¹⁸. Si le tribunal arbitral dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans sa décision d'ouvrir ou non les portes du tribunal à des tiers³¹⁹, ce n'est toutefois que dans la mesure où aucune des parties ne s'y oppose³²⁰. Par ailleurs, cette disposition est également attentive aux

³¹¹ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 139 (« [...] *above all in response to cries for increased transparency in ICSID arbitration* »).

³¹² J. LEE, *op. cit.*, p. 454.

³¹³ *Ibid.*, p. 456.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 454 ; art. 37, § 2 du Règlement du CIRDI (2006) (« *Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend [...] de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend* »).

³¹⁵ J. LEE, *op. cit.*, p. 454.

³¹⁶ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 112.

³¹⁷ Art. 37, § 2, al. 2, du Règlement du CIRDI.

³¹⁸ J. LEE, *op. cit.*, p. 455.

³¹⁹ Art. 32, § 2, du Règlement du CIRDI (2006) (« *Sauf si l'une des parties s'y oppose, le Tribunal, après consultation du Secrétaire général, peut permettre à des personnes, autres que les parties, leurs agents, conseillers et avocats, les témoins et experts au cours de leur déposition, et les fonctionnaires du Tribunal, d'assister aux audiences ou de les observer, en partie ou en leur totalité, sous réserve d'arrangements logistiques appropriés. Le Tribunal définit, dans de tels cas, des procédures pour la protection des informations confidentielles ou protégées* »).

³²⁰ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 111.

questions de confidentialité car elle requiert du tribunal de définir des procédures pour la protection d'informations confidentielles ou protégées³²¹.

La dernière mesure prise lors de la révision de 2006 du Règlement du CIRDI dans concerne l'obligation qu'a le Centre de publier, dans les meilleurs délais, des extraits du raisonnement juridique adopté par le tribunal et ce, même sans le consentement des parties³²². Par conséquent, des extraits de la plupart des sentences arbitrales rendues en vertu du Règlement du CIRDI sont publiés³²³. Le secrétariat du CIRDI enregistre également quotidiennement des affaires en fournissant des informations de base, telles que le nom des parties, la date de l'enregistrement et une brève description du litige³²⁴. Il reste que la publication intégrale des sentences ne peut toutefois être opérée sans le consentement mutuel des parties³²⁵, consentement qui survient toutefois dans la quasi majorité des cas administrés par le CIRDI³²⁶.

Le 7 octobre 2016, le CIRDI a informé ses Etats membres qu'il entamait un nouveau processus de mise à jour des Règlements du CIRDI³²⁷. L'un des domaines susceptibles de faire l'objet d'une modification concerne la publication des décisions et des ordonnances, qui peuvent, au même titre que les sentences, inclure des conclusions substantielles ou procédurales importantes³²⁸. Le CIRDI rédige actuellement des documents de consultation qui serviront de base aux parties pour évaluer la nécessité de procéder aux amendements³²⁹. Si le Centre espérait publier ces documents au début de l'année 2018, rien n'a toutefois encore été divulgué à ce jour.

§3. Adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI

L'adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI représente l'accomplissement le plus récent mais surtout le plus complet parmi les efforts entrepris afin de renforcer la transparence dans les arbitrages entre Etats et investisseurs³³⁰. Après

³²¹ J. LEE, *op. cit.*, p. 455.

³²² Art. 48, § 4, du Règlement du CIRDI (2006) (« *Le Centre ne publie pas la sentence sans le consentement des parties. Toutefois, le Centre inclut dans les meilleurs délais dans ses publications des extraits du raisonnement juridique adopté par le Tribunal* »). La version précédente du Règlement ne faisait qu'autoriser le Centre, sans jamais l'obliger à divulguer des extraits de sentences qui révélaient le raisonnement du tribunal. Par ailleurs, l'ancienne version ne commandait pas la publication « *dans les meilleurs délais* » des passages pertinents afin de connaître le raisonnement du tribunal, de sorte que cette publication prenait parfois plusieurs mois. Voir J. LEE, *op. cit.*, p. 455.

³²³ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 112.

³²⁴ A. ASTERITI et C. J. TAMS, *op. cit.*, p. 4.

³²⁵ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 112.

³²⁶ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 316.

³²⁷ Il s'agit du quatrième processus d'amendement des règlements dans l'évolution du CIRDI. Le premier processus d'amendement a eu lieu en 1984, le deuxième en 2003, et le troisième en 2006. Voir <https://icsid.worldbank.org/fr/Documents/The%20ICSID%20Rules%20Amendment%20Process.FR.pdf> (30 avril 2018).

³²⁸ <https://icsid.worldbank.org/fr/Documents/The%20ICSID%20Rules%20Amendment%20Process.FR.pdf> (30 avril 2018).

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 31.

un examen du contexte d'adoption de ce Règlement, un mot sera consacré à son champ d'application. Ensuite, les obligations contenues dans le Règlement seront passées en revue, avant d'adresser les forces et les faiblesses de celui-ci.

A. Contexte de l'adoption du Règlement sur la transparence

À la suite des avancées accomplies en matière promotion de la transparence dans l'arbitrage d'investissement, au niveau de l'ALENA mais plus encore du CIRDI, il n'est pas surprenant de voir que la CNUDCI, auteur de la deuxième source la plus utilisée pour régler les différends d'investissement, ait également pris la décision d'encourager la transparence au sein de son Règlement d'arbitrage³³¹. L'objectif des différentes délégations lors de l'adoption du Règlement sur la transparence était de rendre obligatoire³³² l'application des normes promouvant la transparence car la « *transparence contribu[e] à promouvoir la primauté du droit, la bonne gouvernance, le respect des garanties procédurales et le droit à l'information* »³³³.

C'est lors des négociations qui ont mené à l'adoption de la version de 2010 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que la question de la transparence et de la mise en œuvre de celle-ci s'est véritablement posée³³⁴. Cependant, la promotion de la transparence dans le cadre de ce règlement ne s'est pas faite sans difficulté. En effet, le Groupe de Travail II en charge de la réforme devait non seulement s'accorder sur le contenu des règles substantielles afin d'encourager la transparence, mais également, et de manière plus problématique, sur le champ d'application de ces règles³³⁵. Ce dernier point a engendré beaucoup de discussions en raison du fait que le Règlement d'arbitrage est applicable non seulement aux arbitrages d'investissement mais également aux arbitrages commerciaux³³⁶. Si le Groupe de Travail II avait « *convenu [...] qu'il était souhaitable de traiter de la transparence dans le cadre de l'arbitrage entre investisseurs et États qui différerait de l'arbitrage purement privé, où la confidentialité était une caractéristique essentielle* »³³⁷, des interrogations demeuraient cependant sur la question de savoir s'il fallait ou non promouvoir la transparence à tout égard et, en ce compris, dans l'arbitrage commercial³³⁸. De peur que cette problématique n'en vienne à retarder l'adoption de la nouvelle version du Règlement, la révision de 2010 n'a finalement pas adressé la question

³³¹ *Ibid.*

³³² C'est la raison pour laquelle le langage du paragraphe premier du premier article du Règlement est clairement contraignant (« *Le Règlement sur la transparence [...] s'applique [...]* »).

³³³ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41^e sess., 16 juin-3 juillet 2008, doc. A/CN.9/646, p. 13.

³³⁴ J. LEE, *op. cit.*, p. 458.

³³⁵ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 32.

³³⁶ J. LEE, *op. cit.*, p. 460.

³³⁷ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41^e sess., 16 juin-3 juillet 2008, doc. A/CN.9/646, p. 13.

³³⁸ J. LEE, *op. cit.*, p. 458.

de la transparence³³⁹ et le Groupe de Travail II a décidé de remettre à plus tard l'adoption de dispositions spécifiques pour les arbitrages basés sur des traités d'investissement³⁴⁰. Après de nombreuses délibérations, c'est finalement en février 2013 que le Groupe de Travail II a trouvé un accord sur la forme, le contenu et le champ d'application des nouveaux standards de transparence³⁴¹ : ceux-ci s'appliqueront de manière autonome uniquement aux arbitrages d'investissement, et le régime général du Règlement d'arbitrage restera ainsi inchangé en ce qui concerne l'arbitrage commercial³⁴². En 2013 également, l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a été amendé pour y insérer un quatrième paragraphe afin d'incorporer directement par référence le Règlement sur la transparence dans le Règlement d'arbitrage³⁴³.

B. Champ d'application du Règlement sur la transparence

Pour appréhender pleinement l'étendue du champ d'application du Règlement sur la transparence, il est nécessaire d'examiner d'une part, son article premier, et d'autre part, la Convention de Maurice³⁴⁴ étant donné qu'elle a pour effet d'étendre considérablement le champ d'application initialement prévu à l'article premier du Règlement.

a. L'article premier du Règlement sur la transparence

Comme dit plus haut, l'aspect le plus controversé des négociations qui ont mené à l'adoption du Règlement sur la transparence concernait son champ d'application³⁴⁵. Le Groupe de Travail II s'est finalement mis d'accord sur la formulation suivante : « *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 [...] conclu le 1^{er} avril 2014 ou après cette date, à moins que les parties au traité n'en décident autrement* »³⁴⁶.

³³⁹ Plus précisément, le Groupe de travail II était réticent à intégrer, dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, des dispositions spécifiques à l'arbitrage entre Etat et investisseur. Bien que conscient du fait que l'arbitrage d'investissement présentait des caractéristiques différentes de l'arbitrage commercial, ce groupe de travail était désireux de voir le Règlement s'appliquer de manière générique et continue tant à l'arbitrage commercial qu'à l'arbitrage d'investissement. Voir J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 828.

³⁴⁰ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41^e sess., 16 juin-3 juillet 2008, doc. A/CN.9/646, p. 13 (« *le Groupe de travail a décidé de poursuivre la révision du Règlement d'arbitrage sous sa forme générique et de demander à la Commission si, une fois cette tâche terminée, il devrait examiner plus avant la spécificité de l'arbitrage fondé sur des traités et, dans l'affirmative, quelle forme devraient prendre ces travaux* »).

³⁴¹ J. LEE, *op. cit.*, p. 459.

³⁴² *Ibid.*, 461.

³⁴³ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 120.

³⁴⁴ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »), signée à New-York le 10 décembre 2014.

³⁴⁵ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 527 ; voir Chapitre IV, Section I, § 3, A.

³⁴⁶ Article 1^{er}, § 1^{er}, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

En prévoyant que le Règlement serait applicable par défaut aux traités conclus après le 1^{er} avril 2014 qui prévoient par ailleurs l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Groupe de Travail avait espéré une plus large mise en œuvre de celui-ci par les Etats que dans l'hypothèse où ceux-ci auraient dû systématiquement inclure une clause prévoyant son application lors de la rédaction de nouveaux traités³⁴⁷. Toutefois, il reste que les parties à un traité conclu après le 1^{er} avril 2014 et qui entre dans le champ d'application du Règlement sur la transparence peuvent toujours décider de renoncer expressément à l'application de celui-ci (« *opt out* »)³⁴⁸.

Le deuxième paragraphe de l'article premier permet également, et de manière plus exceptionnelle, l'application du Règlement sur la transparence aux traités de protection d'investissement conclus avant le 1^{er} avril 2014 et prévoyant également l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI lorsque les parties au litige ou les parties au traité consentent expressément à son application (« *opt in* »)³⁴⁹. En insérant cette possibilité, le Groupe de Travail II a voulu éviter une application purement prospective du Règlement sur la transparence, car si l'application du Règlement avait été strictement limitée aux traités conclus après le 1^{er} avril 2014, l'utilisation de celui-ci aurait été nettement moins répandue étant donné le nombre important de TBIs conclus avant le 1^{er} avril 2014³⁵⁰. Une autre solution envisageable pour éviter que le Règlement sur la transparence ne soit applicable qu'aux traités les plus récents aurait été de prévoir l'application automatique du Règlement à tous les arbitrages engagés en vertu d'un traité dans lequel les parties ont opté pour le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁵¹. Ce procédé impliquait cependant d'accepter le principe de l'interprétation évolutive de la clause d'arbitrage, principe qui suppose que les parties, au moment de la signature du traité, ont anticipé les modifications du règlement d'arbitrage et désirent l'application de la version la plus récente de celui-ci³⁵². Néanmoins, cette idée n'a pas été retenue car certaines délégations n'étaient pas d'accord avec ce résultat qui revenait à imposer aux parties de nouvelles règles auxquelles elles n'avaient pas consenti et donc, auxquelles elles ne pouvaient s'attendre³⁵³. Par conséquent, le Groupe de Travail II détermina qu'une forme d'acceptation était nécessaire à l'application du Règlement pour les traités d'investissement déjà existants à la date de l'entrée en vigueur de ce dernier et qui prévoyaient par ailleurs l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁵⁴.

³⁴⁷ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 51.

³⁴⁸ Voir art. 1^{er}, § 1^{er}, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013) (« [...] à moins que les parties au traité n'en décident autrement »).

³⁴⁹ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 320.

³⁵⁰ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 52.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² C. REITH, *op. cit.*, p. 128 ; voir ég. S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 508 et s.

³⁵³ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 52.

³⁵⁴ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 319.

La Commission s'était par ailleurs rendu compte que la conclusion de traités après le 1^{er} avril 2014 mentionnant expressément une version donnée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, telle que la version initiale de 1976 ou celle révisée de 2010, pourrait avoir pour effet d'empêcher l'application du Règlement sur la transparence³⁵⁵. De ce fait, la Commission a entrepris d'ajouter un quatrième paragraphe à l'article premier du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin d'établir clairement le lien entre le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et la Règle sur la transparence³⁵⁶. Cette nouvelle version du Règlement d'arbitrage est, elle aussi, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014³⁵⁷.

Enfin, le neuvième paragraphe de l'article premier, précise par souci de clarté que le Règlement sur la transparence peut être utilisé lorsqu'un arbitrage entre Etat et investisseur est initié en vertu d'autres règles que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ou pour des procédures *ad hoc*³⁵⁸. Étant donné l'importance traditionnelle accordée à l'autonomie des parties, il faudra, dans ce cas, nécessairement que les deux parties en conflit s'accordent expressément sur l'application du Règlement sur la transparence³⁵⁹. Il s'agit par ailleurs d'une manière d'étendre son application à d'autres arbitrages qui ne prévoiraient pas l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

b. La Convention de Maurice sur la transparence

C'est dans le but d'étendre l'application du Règlement sur la transparence de la CNUDCI aux traités en vigueur avant le 1^{er} avril 2014 que la Convention de Maurice sur la transparence³⁶⁰ a été adoptée. Le champ d'application temporel de la Convention de Maurice est clairement limité aux traités d'investissement conclus avant le 1^{er} avril 2014³⁶¹ et permet d'étendre les vertus de la transparence aux traités plus anciens qui ne disaient mot sur la question. Dès lors, en devenant partie contractante à cette Convention, l'Etat et les investisseurs originaires de cet Etat, consentent par avance à l'application du Règlement sur la transparence.

³⁵⁵ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 46^e sess., 8 juillet-26 juillet 2013, doc. A/68/17, p.19, § 103, cité dans H. VERBIST, *op. cit.*, p. 329.

³⁵⁶ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 330 ; art. 1^{er}, § 4, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2013) (« 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 »).

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 121.

³⁵⁹ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 321.

³⁶⁰ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »), signée à New-York le 10 décembre 2014. La Belgique a signé cette Convention le 15 septembre 2015, mais ne l'a pas encore ratifiée. Cette Convention n'a obtenu, à l'heure actuelle, que peu de succès. En effet, bien qu'une vingtaine d'États aient signé la Convention, il n'y a que la République de Maurice, le Cameroun, le Canada et la Suisse qui l'aient ratifiée. La Convention est entrée en vigueur internationalement le 17 octobre 2017, en accord avec l'article 9 de celle-ci qui prévoit son entrée en vigueur six mois après le dépôt du troisième instrument de ratification.

³⁶¹ J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 838.

Au niveau du contenu, la Convention de Maurice ne fait qu'incorporer par référence les termes du Règlement sur la transparence³⁶². Au niveau de son application, l'article 2 de la Convention prévoit que celle-ci s'applique de manière bilatérale ou multilatérale lorsque respectivement les deux ou l'ensemble des parties à un traité d'investissement ont ratifié la Convention³⁶³. La Convention peut également trouver à s'appliquer au travers d'une offre unilatérale d'application, c'est-à-dire une offre émise par l'Etat défendeur qui survient lorsque lui seul a ratifié la Convention, contrairement à l'Etat d'origine de l'investisseur³⁶⁴. Une fois que le demandeur a accepté l'offre ainsi émise par le défendeur, le Règlement sur la transparence est applicable, alors même que le pays d'origine de l'investisseur n'était pas partie à la Convention³⁶⁵. Il est également nécessaire de préciser que, contrairement au Règlement sur la transparence, la Convention s'applique que l'arbitrage soit engagé ou non en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁶⁶.

Cependant, ces modes d'application peuvent être limités voire complètement entravés par trois types de réserves qu'une partie contractante a la possibilité de formuler à tout moment³⁶⁷. En effet, la Convention prévoit qu'une partie peut déclarer premièrement, que le Règlement sur la transparence ne s'appliquera pas à un traité d'investissement spécifique³⁶⁸ et deuxièmement, qu'il ne s'appliquera pas aux arbitrages entre investisseurs et Etats conduits sur la base d'un ensemble spécifique de règles autre que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI³⁶⁹. Enfin, une partie peut déclarer que l'offre unilatérale d'application ne s'appliquera pas aux arbitrages dans lesquels elle est défenderesse³⁷⁰. Malgré cette possibilité d'émettre des réserves, la Convention de Maurice est un instrument crucial qui, au fur et à mesure des ratifications des Etats, pourrait élever la transparence au rang de principe général du droit des investissements internationaux³⁷¹.

C. Contenu matériel du Règlement sur la transparence

Le Règlement sur la transparence, de la même manière que les deux corps de règles examinés précédemment, prévoit principalement trois dispositions dans le but d'améliorer la transparence dans les arbitrages entre Etat et investisseur. Après les avoir analysées, il

³⁶² *Ibid.*, p. 839.

³⁶³ *Ibid.*, p. 840 ; voir art. 2, § 1^{er}, de la Convention de Maurice.

³⁶⁴ *Ibid.* ; voir art. 2, § 2, de la Convention de Maurice.

³⁶⁵ S. W. SCHILL, « The Mauritius Convention on Transparency », in *J. World Investment & Trade* 2011, vol. 16, 2015, p. 202.

³⁶⁶ Voir art. 1^{er}, § 1 et 2 de la Convention de Maurice (« [...] engagé ou non en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI »).

³⁶⁷ J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 840 ; voir art. 4, § 1^{er}, de la Convention de Maurice .

³⁶⁸ Art. 3, § 1^{er}, a), de la Convention de Maurice.

³⁶⁹ Art. 3, § 1^{er}, b), de la Convention de Maurice.

³⁷⁰ Art. 3, § 1^{er}, c), de la Convention de Maurice.

³⁷¹ S. W. SCHILL, « The Mauritius Convention on Transparency », *op. cit.*, p. 202.

est également nécessaire de considérer les exceptions qui peuvent dans certains cas totalement empêcher l'application de ces dispositions.

a. Dispositions promouvant la transparence

Le Règlement sur la transparence se penche principalement sur trois thèmes afin d'améliorer celle-ci : la publication de documents, les standards à respecter en matière d'observations présentées par des tiers et la publicité des audiences.

Premièrement, le régime de la publication des documents en lien avec l'arbitrage, adressé à l'article 3 du Règlement, prévoit trois manières différentes pour mettre ceux-ci à la disposition du public, sous réserve des exceptions prévues à l'article 7³⁷². Dans un premier temps, il prévoit la production automatique et obligatoire d'un certain nombre de documents, comprenant notamment les ordonnances, décisions, sentences du tribunal arbitral et les transcriptions d'audiences lorsqu'elles sont disponibles³⁷³. La deuxième catégorie renvoie aux documents qui devront obligatoirement être publiés à la demande de toute personne au tribunal arbitral, catégorie comprenant notamment les rapports d'experts et les déclarations de témoins³⁷⁴. Le dernier groupe concerne les documents qui ne tombent ni dans la première, ni dans la deuxième catégorie, et pour lesquels le tribunal a la discrétion de décider si et comment procéder à leur publication, que ce soit d'initiative ou sur demande de toute personne et après consultation des parties³⁷⁵.

Deuxièmement, le Règlement sur la transparence prévoit la possibilité pour les tiers, ou *amici curiae* de soumettre des observations écrites au tribunal, en vertu du paragraphe premier de l'article 4, sur une question s'inscrivant dans le cadre du litige³⁷⁶. Cette faculté joue d'ailleurs un rôle central afin de rendre les procédures d'arbitrage d'investissement plus transparentes³⁷⁷. Le concept d'*amicus curiae* permet en effet à un tiers de participer à la procédure en apportant son aide au tribunal dans certaines circonstances³⁷⁸. « Un tiers » est défini négativement dans le Règlement sur la transparence³⁷⁹ comme étant toute personne autre qu'une partie au litige et qu'une partie au traité non partie au litige³⁸⁰. Le but de l'intervention du tiers est de donner au tribunal des informations complémentaires qui n'auraient pas du tout ou pas correctement été adressées par les parties ou qui tomberaient en dehors des connaissances du tribunal arbitral³⁸¹. Dans sa décision

³⁷² J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 830.

³⁷³ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 122.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 322.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 129.

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ C. REITH, *op. cit.*, p. 133.

³⁸⁰ Art. 4, § 1^{er}, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁸¹ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 130.

d'admettre ou non la soumission d'un tiers, le tribunal doit notamment prendre en compte l'importance de l'intérêt du tiers dans la procédure arbitrale³⁸² ainsi que la mesure dans laquelle « *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* »³⁸³.

L'article 5 du Règlement donne également la possibilité aux parties au traité qui ne sont pas parties au litige de présenter leurs observations au tribunal³⁸⁴. Il peut s'agir par exemple d'observations sur l'interprétation à donner au traité³⁸⁵ ou sur d'autres questions en lien avec le litige³⁸⁶. En outre, et afin d'éviter que les Etats parties au traité mais non parties au litige n'abusent de cette faculté, le tribunal devra s'assurer que les observations présentées par ceux-ci ne soutiennent pas les demandes des investisseurs de manière équivalente au mécanisme de la protection diplomatique³⁸⁷. Par ailleurs, et cela vaut tant pour l'article 4 que pour l'article 5, le tribunal doit s'assurer « *que la présentation des observations ne perturbe pas ou n'alourdit pas indument la procédure arbitrale ni ne cause un préjudice injustifié à l'une des parties au litige* »³⁸⁸. Enfin, le tribunal doit vérifier que les parties en litige se sont vu offrir une possibilité raisonnable de répondre aux observations présentées par les tiers, qu'ils soient ou non parties au traité³⁸⁹.

Troisièmement, le Règlement sur la transparence prévoit, dans son article 6, le principe de l'accès du public aux audiences d'arbitrage d'investissement, sous réserve de certaines exceptions prévues aux premier et deuxième paragraphes de l'article³⁹⁰. Il est intéressant de se rappeler qu'en vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976, les audiences avaient lieu à huis clos (à moins que les parties soient mises d'accord pour y renoncer) et ce, même lorsque le litige soulevait des questions d'intérêt public³⁹¹. L'actuel article 6 du Règlement sur la transparence remplace donc le traditionnel caractère privé des audiences arbitrales afin de les rendre accessibles à tous, à tout le moins lorsqu'elles portent sur le fond du litige³⁹². Cet article va même plus loin que ce qui était prévu dans le

³⁸² Art. 4, § 3, a), du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁸³ Art. 4, § 3, b), du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁸⁴ H. VERBIST, *op. cit.*, p. 325.

³⁸⁵ Art. 5, § 1^{er}, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013). Dans le cas où une partie au traité qui n'est pas partie au litige veut émettre des observations sur l'interprétation du traité, le tribunal devra autoriser cette soumission, sous réserve du paragraphe 4. Le tribunal pourrait également inviter une telle partie à émettre ses observations sur l'interprétation à donner au traité après consultation des parties en litige. Voir H. VERBIST, *op. cit.*, p. 325.

³⁸⁶ Art. 5, § 2, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013). Pour les observations concernant tout autre sujet que l'interprétation du traité, les parties au traité non parties au litige n'ont cette fois plus un droit à les soumettre. En effet, il reviendra au tribunal de décider d'admettre ou non ces soumissions, après consultation des parties. Voir H. VERBIST, *op. cit.*, p. 325.

³⁸⁷ J. D. FRY et O. G. REPOUSIS, *op. cit.*, p. 832 ; art. 5, § 2, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁸⁸ Art. 4, § 5, et art. 5, § 4, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁸⁹ Art. 4, § 6, et art. 5, § 5, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁹⁰ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 227.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 228.

³⁹² Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 46^e sess., 8 juillet-26 juillet 2013, doc. A/68/17, pp. 15-16 (« *Il a été dit qu'en principe, les audiences devaient toujours être publiques* »).

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 2010 car dorénavant, les parties ne peuvent plus opposer leur veto à l'ouverture des audiences au public³⁹³. Le Groupe de Travail II a toutefois prévu des exceptions³⁹⁴ au principe de la publicité des audiences en indiquant, au deuxième paragraphe de l'article 6, que le tribunal peut prendre des dispositions afin qu'une partie de l'audience soit tenue à huis clos « [l]orsqu'il est nécessaire de protéger des informations confidentielles ou l'intégrité du processus arbitral conformément à l'article 7 [...] »³⁹⁵. Par ailleurs, le tribunal peut décider qu'il est nécessaire de tenir l'audience à huis clos pour des raisons logistiques, après consultation des parties au litige, « notamment si les circonstances rendent impossible toute disposition prévue aux fins de l'accès du public à une audience »³⁹⁶. Lorsque c'est possible, le tribunal devra cependant faire les agencements nécessaires pour faciliter l'accès du public aux audiences, y compris, le cas échéant, au moyen d'une liaison vidéo³⁹⁷. Que ce soit dans le cadre du paragraphe 2 ou du paragraphe 3, le tribunal devra dans un premier temps, vu l'importance accordée à la promotion de la transparence, examiner toutes les autres options envisageables avant d'ordonner que l'audience soit tenue à huis clos³⁹⁸.

b. Exceptions à la transparence

Les trois règles promouvant la transparence examinées ci-dessus sont soumises aux exceptions prévues à l'article 7 du Règlement sur la transparence³⁹⁹. Ces exceptions sont scindées en deux catégories : la première comprend les exceptions nécessaires à la protection des informations confidentielles ou protégées, et la seconde, celles nécessaires à la protection de l'intégrité du processus arbitral⁴⁰⁰. Dans tous les cas, lorsque le tribunal décide de protéger certaines informations, toutes les parties impliquées dans le processus arbitral devront garder l'information confidentielle⁴⁰¹.

La première catégorie d'exceptions, prévue au paragraphe premier de l'article 7, empêche la divulgation d'informations confidentielles ou protégées, informations définies de manière limitative au paragraphe 2⁴⁰². Le tribunal ne pourrait donc pas qualifier d'autres types d'informations comme étant confidentielles ou protégées en vertu desquelles une

lorsqu'elles portaient sur le fond (notamment sur la compétence et sur la présentation d'éléments de preuve par des témoins ou des experts, ou d'exposés oraux), mais pas lorsqu'elles portaient sur de simples questions de procédure »).

³⁹³ Alors que l'article 28, § 3, du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (2010), prévoyait : « L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties » ; D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 234.

³⁹⁴ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 526.

³⁹⁵ Art. 6, § 2, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁹⁶ Art. 6, § 3, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

³⁹⁷ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 526.

³⁹⁸ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 239.

³⁹⁹ C. REITH, *op. cit.*, p. 138 ; art. 7, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁰ *Ibid.*

⁴⁰¹ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 264.

⁴⁰² C. REITH, *op. cit.*, p. 138 ; art. 7, § 2, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

exception devrait être accordée⁴⁰³. Par ailleurs, c'est au tribunal qu'il revient de décider, après consultation des parties, si des informations sont confidentielles ou protégées⁴⁰⁴. Les paragraphes 3 et 4 de l'article renseignent aussi sur le fait que c'est le tribunal arbitral qui détermine, de manière discrétionnaire et après consultation des parties, les mécanismes à mettre en place afin d'assurer la divulgation sécurisée des informations préalablement jugées confidentielles ou protégées⁴⁰⁵.

Le paragraphe 6 de l'article 7 prévoit la seconde catégorie d'exceptions et empêche la publication d'informations qui, si elles étaient publiées, compromettraient l'intégrité du processus arbitral⁴⁰⁶. Il doit cependant s'agir d'un motif exceptionnel de non divulgation⁴⁰⁷. Le paragraphe 7 établit également certaines circonstances dans lesquelles la divulgation pourrait être empêchée, notamment dans le cas où celle-ci « *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* »⁴⁰⁸. Dans ce cas, le tribunal devra « *prendre des mesures appropriées pour restreindre ou retarder la publication d'informations* »⁴⁰⁹ de ce type.

D. Forces du Règlement sur la transparence

L'adoption du Règlement sur la transparence représente l'avancée la plus aboutie à ce jour dans la quête de la promotion de la transparence dans l'arbitrage entre Etat et investisseur⁴¹⁰. En faisant de la publication de documents, de la participation des tiers et de la publicité des audiences les règles applicables par défaut (sous réserve d'exceptions)⁴¹¹, ce Règlement permet de considérablement protéger l'intérêt public⁴¹². Par ailleurs, il est aussi une manière de contrer les critiques selon lesquelles le système de l'arbitrage d'investissement présente un biais en faveur de l'investisseur⁴¹³. En effet, le Règlement soumet tant l'investisseur que l'Etat à une surveillance accrue du public et permet ainsi de rééquilibrer la balance entre les deux acteurs du système⁴¹⁴. Enfin, et de

⁴⁰³ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁰⁴ C. REITH, *op. cit.*, p. 138 ; art. 7, § 3, al. 2, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁵ N. J. CALAMITA et E. ZELAZNA, « The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », in *2016 Austrian Yearbook on Int'l Arbitration* 271-278, 2016, p. 282 ; art. 7, § 3 et 4, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁶ *Ibid.* ; art. 7, § 6, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁷ *Ibid.* ; voir art. 7, § 7, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁸ Art. 7, § 7, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴⁰⁹ Art. 7, § 7, du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴¹⁰ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 539.

⁴¹¹ Art. 7 du Règlement sur la transparence de la CNUDCI (2013).

⁴¹² M. CARMODY, *op. cit.*, p. 149.

⁴¹³ *Ibid.* (« *As discussed, the investor-state arbitration system has been said to have an inherent 'pro-investor bias'* ») ; D. BEHN, « Legitimacy, evolution and growth in investment treaty arbitration : empirically evaluating the state-of-art », in *Goergetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, p. 368.

⁴¹⁴ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 150.

manière plus substantielle, il est fort probable que ce grand pas accompli en faveur de la transparence en amène d'autres⁴¹⁵. En effet, les conventions d'arbitrage contenues dans les TBIs contiennent le plus souvent une option offerte à l'investisseur, lui permettant de choisir de soumettre le conflit aux règles de procédure contenues soit dans le Règlement d'arbitrage du CIRDI ou dans celui de la CNUDCI⁴¹⁶. Il y a donc beaucoup de chances pour que le Centre, afin de pouvoir concurrencer la Commission, adopte à son tour des règles qui soient à la hauteur, voire qui surpassent celles édictées par cette dernière, dans le but de représenter à nouveau l'option la plus transparente pour le règlement des différends en matière d'arbitrage d'investissement, et ainsi de suite⁴¹⁷. D'autres institutions arbitrales pourraient ensuite également mettre leurs règlements à jour avec cette tendance vers plus de transparence⁴¹⁸. Par ailleurs, le développement de la transparence dans l'arbitrage d'investissement est vu comme source de pression, sinon d'inspiration afin de rendre l'arbitrage commercial lui aussi plus accessible, ou en tout cas, moins confidentiel⁴¹⁹. Si l'ensemble de ces arguments demeurent hypothétiques à ce stade, il reste que les changements opérés ces dernières années dans ce domaine démontrent un mouvement unidirectionnel vers plus de transparence, et aucun signe ne présage que cette tendance pourrait un jour s'inverser⁴²⁰.

E. Faiblesses du Règlement sur la transparence

Malgré les nombreux avantages que présente le Règlement sur la transparence, celui-ci fait également état de faiblesses importantes, principalement en raison de son champ d'application matériel et temporel, qu'il importe de garder en tête afin de se faire une idée objective sur l'efficacité de celui-ci.

D'un point de vue matériel d'abord, ce Règlement s'applique, pour rappel, « 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 [...] ». Dès le départ⁴²¹, il avait donc été convenu que ce Règlement ne s'appliquerait qu'à l'arbitrage d'investissement, principalement parce qu'il s'était avéré nécessaire de faire la lumière sur les activités de l'État⁴²². Par conséquent, la transparence n'était, selon le Groupe de Travail II, pas nécessaire au procédé arbitral lui-même⁴²³. Cette

⁴¹⁵ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 539.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1334.

⁴²⁰ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 540.

⁴²¹ Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 40^e sess., 25 juin-12 juillet 2007, doc. A/CN.9/614, § 19, p. 6.

⁴²² D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 43.

⁴²³ *Ibid.*

approche a cependant été critiquée et l'est par ailleurs toujours car il est aisé d'imaginer des arbitrages commerciaux au sujet de problématiques qui suscitent l'intérêt du public et à propos desquels ce dernier devrait donc être tenu informé⁴²⁴, comme ce fut par exemple le cas de la crise financière de 2007-2008⁴²⁵. Malgré cela, le Règlement sur la transparence ne remet nullement en cause la tradition de la confidentialité dans l'arbitrage commercial⁴²⁶. En outre, le champ d'application de ce Règlement ne comprend pas non plus les arbitrages d'investissement qui ont lieu entre deux Etats⁴²⁷. Le Groupe de Travail II n'a donné aucune indication sur sa décision d'exclure l'application du règlement lorsque deux Etats sont en conflit, ce qui est regrettable vu que la transparence est un instrument qui favorise la bonne gouvernance⁴²⁸. De plus, le Règlement sur la transparence ne s'applique qu'aux arbitrages engagés en vertu d'un traité, ce qui a pour conséquence d'exclure d'une part les arbitrages qui découlent d'un contrat et d'autre part, ceux engagés en vertu de législations nationales⁴²⁹.

Ensuite, le champ d'application temporel limité du Règlement a également pour conséquence de restreindre son application. Pour rappel, celui-ci ne s'applique automatiquement qu'aux traités de protection des investissements conclus le 1^{er} avril 2014 ou après cette date et qui prévoient l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, à moins que les parties n'en conviennent autrement⁴³⁰. Pour ce qui est de ceux conclus avant la date d'entrée en vigueur du Règlement, celui-ci ne s'applique que pour autant que les parties à l'arbitrage ou les parties au traité conviennent de son application (« *opt in* »)⁴³¹. Par conséquent, pour ces traités, l'application du Règlement est subordonnée à la modification du traité en question ou à la conclusion d'un accord subséquent par les parties. Cette formulation est cependant malheureuse lorsqu'on sait que la majorité des TBIs qui pouvaient être conclus l'ont déjà été avant le 1^{er} avril 2014, et que, de ce fait, le nombre d'adoption de futurs TBIs est nettement limité⁴³². C'est précisément pour inciter les parties à consentir expressément à l'application du Règlement pour les traités déjà existants et

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 44 (« *The financial crisis of 2007-2008 demonstrated the extent to which the multi-billion dollar transactions of private multi-national corporations can impact on policymaking and public finances, as well as on individuals and communities* »).

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 45.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 49.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 52.

⁴³² En effet, les seuls traités qui peuvent être conclus après l'entrée en vigueur du Règlement sur la transparence sont ceux conclus entre parties qui, jusqu'alors, n'avaient pas trouvé nécessaire d'en conclure un, ceux conclus entre Etats dont l'un au moins n'existait pas encore ou qui a récemment déclaré son indépendance, ainsi que quelques-uns conclus entre partenaires commerciaux qui avaient jusque-là été incapables de négocier un traité. Voir S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 508.

ainsi pallier cette difficulté liée au champ d'application limité du Règlement sur la transparence⁴³³ que la Convention de Maurice sur la transparence⁴³⁴ a été adoptée⁴³⁵.

Section II. La transparence dans l'arbitrage commercial

Jusqu'à présent, les efforts concrets afin de promouvoir la transparence se sont essentiellement centrés sur l'arbitrage d'investissement, laissant de côté l'arbitrage commercial international. La raison de ce clivage repose essentiellement sur le fait que les sentences rendues en matière commerciale privée sont supposées ne pas affecter une aussi grande partie de la population que celles qui concernent l'arbitrage d'investissement⁴³⁶. En outre, les obligations d'indemniser contenues dans les sentences commerciales à charge de l'une des parties ne seront jamais payées par des fonds issus de la collectivité⁴³⁷, au contraire de l'arbitrage d'investissement. Par ailleurs, les directeurs d'entreprise ne sont ni élus par le public, ni élus pour représenter l'intérêt de celui-ci, contrairement aux responsables gouvernementaux⁴³⁸.

Malgré les différences qui existent entre ces deux types d'arbitrage, de plus en plus de voix s'élèvent, et à juste titre, pour que l'arbitrage commercial ne soit plus, ou du moins, plus entièrement, confidentiel⁴³⁹. Alors que de nombreuses raisons permettent en effet de soutenir le développement de la transparence dans l'arbitrage commercial, la question se pose de savoir quelle serait néanmoins la manière la plus adéquate pour permettre une application étendue du principe.

§1. Raisons soutenant la remise en cause du principe de confidentialité

Après avoir fait couler beaucoup d'encre dans l'arbitrage d'investissement, le débat sur la transparence a également plus récemment fait son apparition dans la sphère de l'arbitrage commercial. Les auteurs et les utilisateurs internes du système se sont en effet rendu compte de la nécessité de mettre en place une procédure plus transparente, et ce, pour différentes raisons⁴⁴⁰.

Premièrement, et comme expliqué plus haut, la raison pour laquelle le champ d'application du Règlement sur la transparence a été limité à l'arbitrage d'investissement,

⁴³³ D. EULER, M. GEHRING et M. SCHERER, *op. cit.*, p. 63.

⁴³⁴ Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »), signée à New-York le 10 décembre 2014.

⁴³⁵ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 127.

⁴³⁶ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 135.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 8.

à savoir l'opinion selon laquelle l'arbitrage d'investissement suscite l'intérêt du public contrairement à l'arbitrage commercial, fait de moins en moins l'unanimité⁴⁴¹. S'il est vrai que l'arbitrage d'investissement soulève des questions importantes de politique publique (telles que la protection de l'environnement, la sécurité publique, la santé, la gestion des ressources naturelles⁴⁴²), il est indispensable de se rendre compte du fait que ces problématiques impactent la société indépendamment de savoir si celles-ci se posent lors d'un arbitrage entre parties privées ou bien lors d'un arbitrage entre un Etat et un investisseur⁴⁴³. Par conséquent, nous soutenons que l'arbitrage se doit d'être être plus accessible toutes les fois où il concerne des problématiques d'intérêt public et pas uniquement lorsqu'il se déroule entre un Etat et un investisseur. S'il est vrai que les litiges qui émergent entre acteurs privés n'attirent pas nécessairement dans tous les cas l'intérêt du public⁴⁴⁴, il n'en demeure pas moins que dans les cas où ces litiges concernent par exemple la prolifération de matières dangereuses, le public est tout aussi concerné que s'il s'agissait d'un litige entre un Etat et un investisseur⁴⁴⁵.

Deuxièmement, la transparence se révèle être également d'importance fondamentale dans les arbitrages commerciaux où il apparaît que des activités illégales (de blanchiment d'argent, de fraude ou de corruption) ont été entreprises par des officiers publics ou des officiers d'entreprises transnationales étrangères⁴⁴⁶. Dans ce genre d'affaires, l'importance de faire la lumière sur la politique publique devrait, selon nous, l'emporter sur la confidentialité de la procédure⁴⁴⁷.

Troisièmement et comme évoqué plus haut, la confidentialité peut être dangereuse pour la procédure arbitrale en elle-même et constituer un véritable inconvénient au développement d'un droit de l'arbitrage commercial cohérent⁴⁴⁸. Plus particulièrement, le fait de ne pas avoir accès aux sentences arbitrales rendues en matière commerciale empêche les parties et les arbitres d'avoir une image d'ensemble du développement du procédé arbitral⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 207 et s.

⁴⁴² G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴³ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 233.

⁴⁴⁴ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 135 (« *While in most instances, international commercial arbitration probably does not impact large segment of civil society as does public international arbitration, the general public may still be affected in a variety of ways. For example, an award of damages against a corporation may cause the corporation to increase the cost of its products to offset that financial loss. The general public, as consumers, are forced to pay higher prices for such goods* »).

⁴⁴⁵ R. D. ARGENT, *op. cit.*, p. 234.

⁴⁴⁶ F. P. FELICIANO, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴⁹ *Ibid.* (« *In fact, when confidential, an award 'may be just part of a series of other (related or unrelated) awards which may reinforce or contradict the submitted award's conclusion. Neither the tribunal nor the other party may be aware of the fact that the award submitted is just one part of a larger puzzle selected by the submitting party with its tactical preferences in mind'. As a consequence, one of the parties or even the arbitral tribunal could miss the broader picture of a case* ») ; C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1335 (« *Opacity creates inefficiencies, imprecisions and potential inequalities in the international commercial arbitration system* »).

Enfin, il est également important de se rappeler que même dans l'arbitrage commercial, il se pourrait que l'une des parties au conflit soit un Etat, un gouvernement ou une entité étatique⁴⁵⁰. Un Etat peut en effet agir de deux manières : il peut agir en qualité d'Etat souverain en vertu du droit public international (*jure imperii*) ou bien participer à des arbitrages commerciaux dans sa capacité d'acteur commercial (*jure gestionis*)⁴⁵¹. Dans ce dernier cas, l'intérêt public peut être suscité dans des arbitrages commerciaux au même titre qu'il l'est dans des arbitrages d'investissement⁴⁵².

§2. Pistes à envisager pour mettre en œuvre la réforme

Le besoin d'aménager la procédure des arbitrages commerciaux afin d'améliorer la transparence n'étant plus à démontrer, la prochaine question qu'il convient de se poser est de savoir si une réforme du système que nous connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire axé sur la confidentialité, est envisageable, et si c'est le cas, comment la mettre en œuvre. En effet, une telle réforme soulève un certain nombre de difficultés qu'il faudra préalablement résoudre afin qu'elle soit effective, et ce, que la réforme soit ou non inspirée du Règlement sur la transparence de la CNUDCI.

A. Difficultés liées à la mise en œuvre de la réforme

Si l'idée de mettre en place une réforme de la confidentialité dans l'arbitrage commercial a germé dans de nombreux esprits⁴⁵³, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de celle-ci soulève certaines interrogations.

a. Délimitation de l'intérêt public

Même les plus fervents défenseurs de l'augmentation de la transparence dans d'arbitrage commercial ne prônent pas, et à juste titre, celle-ci en toutes circonstances⁴⁵⁴. Les arguments en faveur de la transparence et ceux en faveur de la confidentialité dans l'arbitrage commercial sont respectivement soutenus par de solides justifications, ce qui rend nécessaire de trouver un juste milieu entre ces deux extrêmes⁴⁵⁵. Par conséquent, la

⁴⁵⁰ M. PONGRACIC-SPEIER, *op. cit.*, p. 238.

⁴⁵¹ G. RUSCALLA, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ Bien que cette réforme risque de perturber les attentes des parties en termes de confidentialité, le droit du public général de savoir si une entreprise s'engage dans des pratiques peu recommandables avant de décider d'investir dans cette entreprise ou d'acheter des produits qui proviennent de celle-ci doit l'emporter sur le souhait des parties de maintenir leur arbitrage à l'abri des regards. Voir C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1335 et A. POOROYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁵⁴ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 137 ; C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1327.

⁴⁵⁵ D. M. GRUNER, « Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform », *in Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 41, 2003, p. 960.

confidentialité demeurera toujours nécessaire dans certains cas et la transparence dans d'autres, le critère de distinction entre les deux étant le degré d'intérêt public suscité par le conflit en question⁴⁵⁶. Il faudra donc nécessairement que l'intérêt du public soit éveillé par le litige pour que la population puisse se prévaloir d'un droit à la transparence. Par conséquent, à défaut de l'existence d'un tel intérêt dans le litige en question, les parties demeureraient libres d'opter pour la confidentialité⁴⁵⁷.

Toute la difficulté de la mise en œuvre de la réforme réside dès lors dans la réponse à la question : « [m]ais quand peut-on se considérer comme totalement à l'abri de tout intérêt public ? »⁴⁵⁸. Afin d'instaurer une réforme efficace, il sera donc nécessaire de mettre en place des règles suffisamment objectives et précises qui permettent de déterminer clairement les thématiques suscitant un intérêt public et déclenchant le droit à la transparence⁴⁵⁹. Cependant, cette détermination risque de causer pas mal de d'interrogations car il n'est pas évident d'inventer un seul et unique procédé qui permette de déterminer quels sous-ensembles de cas impliquent un intérêt public identifiable⁴⁶⁰.

b. Une réforme suffisamment précise

La réforme devra également être opérée de manière suffisamment précise⁴⁶¹, afin d'encourager les parties à appliquer le plus possible ces nouvelles règles favorisant la transparence dans la résolution de leurs litiges. Les utilisateurs du système devront aussi être rassurés sur le fait que les obligations de divulgation n'entraîneront pas la révélation d'informations confidentielles sensibles. Effectivement, il ne faudrait pas que le procédé arbitral en pâtisse et finisse par devenir moins attractif en raison du fait que les obligations de divulgation seraient formulées de manière trop large⁴⁶². Toutefois, les exceptions prévues dans le Règlement sur la transparence de la CNUDCI démontrent qu'il est possible de protéger ces informations délicates sans pour autant rendre l'entièreté du procédé ou le résultat de celui-ci confidentiel⁴⁶³.

c. Une réforme adoptée au niveau international

La réforme devra également être adoptée au niveau international, et pas seulement dans quelques juridictions, afin qu'elle soit appliquée partout dans le monde et de manière

⁴⁵⁶ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1327.

⁴⁵⁷ D. M. GRUNER, *op. cit.*, p. 960.

⁴⁵⁸ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁵⁹ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1327.

⁴⁶⁰ *Ibid.*

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 137.

uniforme⁴⁶⁴. Même si les parties peu désireuses d'appliquer les nouvelles normes améliorant la transparence auront toujours la possibilité de se tourner vers des institutions ou des arbitrages *ad hoc* plus conservateurs du caractère confidentiel de l'arbitrage⁴⁶⁵, le simple fait que la réforme soit adoptée au niveau international devrait avoir pour effet de créer un incitant à l'appliquer.

d. Le problème lié à l'autonomie des parties

Il y a fort à parier que la mise en place de cette réforme ait pour conséquence que les parties au litige décident de consolider leurs attentes en termes de confidentialité dans une clause prévue à cet effet. L'autonomie des parties constitue l'emblème du procédé arbitral et la volonté de celles-ci devra donc dans tous les cas⁴⁶⁶ être respectée par les arbitres, les institutions arbitrales et les cours nationales. En effet, si l'on devait en arriver à un système dans lequel les clauses de confidentialité sur lesquelles les parties se sont mises expressément d'accord n'étaient plus respectées, la popularité de cette méthode de résolution des conflits en prendrait certainement un coup. C'est la raison pour laquelle la meilleure manière de mettre en place une réforme axée sur la transparence est que celle-ci soit adoptée de manière volontaire par les acteurs internes du système (tels que les parties, arbitres, avocats et toutes les personnes réellement impliquées dans le procédé) convaincus des biens-faits de la réforme et non pas imposée de l'extérieur. Toute réforme de la transparence en matière d'arbitrage commercial est effectivement vouée à se heurter à l'autonomie dont les parties disposent, car, comme on l'a déjà bien souvent dit, « *arbitration is a creature of contract* »⁴⁶⁷.

e. Nécessité de créer un incitant

Vu que les parties jouissent d'une large autonomie dans le procédé arbitral leur permettant d'une part, de se tourner vers des règlements institutionnels qui ne promeuvent pas la transparence et d'autre part, d'instaurer des clauses de confidentialité dans leur convention d'arbitrage, il est nécessaire, pour que la réforme de la transparence soit efficace, de créer un incitant afin que les parties décident d'appliquer celle-ci d'elles-mêmes. Une manière pour ce faire, serait de mettre en place un nouveau système d'exécution des sentences arbitrales⁴⁶⁸. En vertu de celui-ci, il serait plus difficile, voire impossible, d'exécuter les sentences arbitrales qui ont été rendues par un tribunal peu

⁴⁶⁴ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁶⁵ *Ibid.*

⁴⁶⁶ Sauf dans les cas où l'autonomie des parties est limitée par l'un des facteurs vus plus haut. Voir Chapitre II, Section III, § 1^{er}, C., b.

⁴⁶⁷ *United Steelworkers of Am. v. Am. Mfg. Co.*, 363 U.S., 570 (1960) (« *finding that a court must always require whether the parties agreed to arbitrate, because arbitration is a 'creature of contract'* »).

⁴⁶⁸ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1327.

respectueux des principes de transparence⁴⁶⁹ alors qu'un intérêt public avait pourtant été préalablement identifié dans le conflit. De cette manière, les parties seraient découragées à l'idée de maintenir leur conflit à l'abri des regards. Elles seraient également plus enclines à appliquer ces règles, motivées par le désir de voir leur sentence exécutée en cas de besoin. Elles se soumettraient ainsi aisément à ce système plus transparent⁴⁷⁰ et garantiraient une application étendue de la réforme.

Si l'idée semble intéressante, il y a cependant trois difficultés à résoudre afin de garantir la mise en œuvre de cet incitant. Premièrement, il serait nécessaire d'amender l'article V de la Convention de New-York afin d'y prévoir un nouveau motif qui permette de rendre plus difficile, voire de refuser l'exécution de la sentence lorsque celle-ci est rendue par un tribunal non transparent⁴⁷¹. Ensuite, et surtout, c'est une refonte complète de l'équilibre mis en place par la Convention de New-York qui s'avèrerait être inévitable⁴⁷². En effet, comme nous l'avons déjà soulevé, le but de celle-ci a toujours été de faciliter la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, en énumérant de manière exhaustive les motifs qui peuvent conduire à un refus d'exécution, motifs consistant en les abus procéduraux les plus flagrants⁴⁷³. En ajoutant un nouveau motif à ceux existant, c'est tout l'équilibre de la Convention qui est par la même occasion remis en cause⁴⁷⁴. Enfin, même si l'amélioration de la transparence est un objectif louable qui embellirait l'image de l'arbitrage comme étant une méthode de résolution des conflits juste et équitable, il est loin d'être acquis que ce type de réforme emporterait le soutien politique dont elle aurait besoin pour sa mise en œuvre⁴⁷⁵.

B. Une réforme inspirée par le Règlement sur la transparence de la CNUDCI

La manière la plus rapide pour entreprendre une réforme complète de la transparence dans l'arbitrage commercial serait de baser celle-ci sur le Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Comme dit plus haut, il y a de fortes chances pour que ce Règlement inspire d'autres réformes visant à promouvoir la transparence mais cette fois dans le domaine de l'arbitrage commercial⁴⁷⁶. Même si les deux systèmes sont, comme on l'a vu, distincts à bien des égards, il y a également de nombreux points de contact entre ces deux formes d'arbitrage⁴⁷⁷. En effet, beaucoup d'avocats et d'arbitres travaillent dans

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ A. POOROOYE et R. FEEHILY, *op. cit.*, p. 308.

⁴⁷¹ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1327.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 1328.

⁴⁷⁴ *Ibid.*

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 1334. Pour rappel, le champ d'application du Règlement sur la transparence de la CNUDCI est limité à l'arbitrage entre Etat et investisseur. Voir Chapitre IV, Section I, § 3, B.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

les deux systèmes et font la navette entre chacun d'eux⁴⁷⁸. Les précédents et les procédures qui proviennent de l'arbitrage d'investissement se déplacent également dans le contexte de l'arbitrage commercial international⁴⁷⁹. Par conséquent, au vu des liens entre les deux sphères, il est peu probable que les pressions vers plus de transparence s'arrêtent aux portes de l'arbitrage commercial⁴⁸⁰.

Techniquement parlant, il est possible d'opérer une réforme axée sur l'amélioration de la transparence dans l'arbitrage commercial en étendant le champ d'application du Règlement sur la transparence de la CNUDCI afin d'y inclure les arbitrages commerciaux⁴⁸¹ faisant naître un intérêt public identifiable. De cette manière, le Règlement sur la transparence serait donc applicable tant aux arbitrages d'investissement qu'aux arbitrages commerciaux, à condition que ces derniers déclenchent l'intérêt public. En outre, et de la même manière qu'en ce qui concerne l'arbitrage d'investissement, le règlement, dont l'application serait ainsi étendue, ne s'appliquerait pas de manière obligatoire⁴⁸². En effet, son application serait présumée aux arbitrages entrant dans son champ d'application à moins que les parties ne conviennent expressément qu'il ne s'appliquera pas à leur arbitrage (« *opt out* »)⁴⁸³. De cette façon, les parties ne désirant pas faire de la transparence la norme par défaut de leur arbitrage demeureront libres de l'écarter et le succès du recours à la technique de l'arbitrage ne devrait donc pas en être affecté⁴⁸⁴. Par ailleurs, la transparence pourra ainsi être accrue tout en respectant les intérêts des parties privées dans l'arbitrage commercial qui souhaitent protéger leur réputation contre de la publicité négative⁴⁸⁵. De même, la protection d'informations commerciales sensibles serait assurée puisque ces informations seraient, de la même manière que ce qui est prévu dans le Règlement sur la transparence, de toute façon exclues de l'obligation de divulgation ou de publication⁴⁸⁶.

Par ailleurs les Nations Unies semblent bien placées pour mener cette réforme dans l'arbitrage commercial, non seulement parce que l'organisation internationale est pionnière dans la mise en place de la réforme la plus aboutie sur la transparence dans l'arbitrage d'investissement, mais aussi parce que la transparence est une valeur typiquement onusienne⁴⁸⁷. En effet, la transparence est un thème dominant des nombreux projets

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 1335.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1335.

⁴⁸¹ M. CARMODY, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 178.

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 513.

menés par les Nations Unies, notamment grâce au programme des Nations Unies pour le développement (ci-après, le PNUD)⁴⁸⁸.

En résumé, une réforme basée sur le Règlement de la CNUDCI sur la transparence étendu à l'arbitrage commercial faisant naître un intérêt public identifiable semble actuellement être l'option la plus rapide et également la plus efficace afin de promouvoir la transparence dans l'arbitrage commercial.

C. D'autres développements

Même si l'idée d'une réforme augmentant la transparence semble alléchante, il faudra encore du temps afin que celle-ci soit mise en œuvre, car à part les discussions d'auteurs, rien n'a encore été formellement entrepris pour l'instaurer. Dès lors, une alternative à l'amélioration de la transparence par la mise en œuvre d'une réforme serait d'instaurer une présomption selon laquelle les sentences arbitrales commerciales seront publiées, sauf en cas de désaccord des deux parties⁴⁸⁹. En effet, la manière la plus simple de faire entrer la transparence dans le système arbitral commercial est de procéder à la publication du travail des arbitres⁴⁹⁰. Cette présomption pourrait même être raffinée par le principe selon lequel les parties ne pourront s'opposer à la publication de la sentence que si cette dernière n'intéresse manifestement pas l'intérêt public. A nouveau, l'application de cette présomption se heurte à l'une des difficultés soulevées plus haut car celle-ci nécessitera d'élaborer un critère permettant de distinguer les cas qui intéressent manifestement l'intérêt public de ceux qui ne le suscitent pas. L'adoption de cette présomption serait en effet justifiée car la seule publication des sentences arbitrales permettrait d'ores et déjà d'accomplir de grandes avancées en termes de promotion de la transparence⁴⁹¹.

Une autre option consisterait à créer des obligations de publication imposées au niveau national⁴⁹². Des progrès ont déjà été accomplis sur le sujet, comme par exemple en France⁴⁹³. En effet, la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques a été adoptée en 2001 et impose aux sociétés françaises cotées de faire rapport annuellement, parallèlement à leurs obligations comptables et financières, sur les impacts environnementaux et sociaux de leurs activités⁴⁹⁴. Cette loi permet donc aux

⁴⁸⁸ Le PNUD a développé et publié une politique en matière de divulgation de l'information qui rend les informations concernant leurs programmes et opérations disponibles au public. Le PNUD a également mis en œuvre les standards de transparence adoptés par l'Initiative internationale pour la transparence de l'aide (IITA). Voir <http://www.undp.org/content/undp/fr/home/operations/transparency/overview.html> ; S. LEVANDER, *op. cit.*, p. 513.

⁴⁸⁹ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁹⁰ J. J. Jr. COE, *op. cit.*, p. 1355.

⁴⁹¹ C. G. BUYS, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁹² C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1329.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ *Ibid.*

consommateurs et aux actionnaires, ainsi qu'au public en général, d'être au courant, dans une certaine mesure, de la bonne conduite ainsi que des faux pas accomplis par certaines sociétés en termes environnementaux et sociaux. Cependant, l'un des problèmes liés à ces obligations de divulgation est que l'on perd alors l'un des bénéfices d'une réforme de la transparence opérée au niveau international qui est son caractère uniforme vu que ces obligations de divulgation varieront nécessairement d'un pays à l'autre⁴⁹⁵. Une autre difficulté est qu'il n'est pas aisé pour les législateurs nationaux de cibler, au moment où ils rédigent une loi, les informations qui seront qualifiées plus tard comme déclenchant l'intérêt public dans des affaires à venir⁴⁹⁶. Toujours est-il que grâce à ce genre d'initiative comme celle menée en France, le public en général est informé de certains comportements peu recommandables⁴⁹⁷ adoptés par des entreprises localisées sur le sol de l'Etat qui a mis en œuvre l'obligation de divulgation.

Enfin et déjà en 1986, certains auteurs avaient suggéré de mettre en place une institution arbitrale internationale unique, notamment dans le but de permettre à d'autres personnes qu'aux arbitres et aux parties impliquées dans le conflit d'avoir accès aux sentences arbitrales mais aussi afin d'améliorer la cohérence de l'arbitrage commercial⁴⁹⁸. Cette conception a par la suite été affinée en proposant l'établissement non pas d'une institution arbitrale supranationale, mais la mise en place d'un organe de contrôle international pour réguler les procédures arbitrales⁴⁹⁹. La manière la plus efficace de mettre en œuvre cette idée, serait, à nouveau, d'amender la Convention de New-York afin d'y insérer une disposition prévoyant la création de cet organe de contrôle. Ce dernier serait alors outillé pour suivre l'ensemble des évolutions en lien avec l'arbitrage (et notamment en matière de promotion de la transparence) et pour regrouper la publication des sentences arbitrales afin de former un corps de jurisprudence cohérent⁵⁰⁰. Cependant, et comme expliqué plus haut, parvenir à amender la Convention de New-York, quasiment ratifiée de manière universelle, ne sera pas chose facile et n'est actuellement pas à l'ordre du jour.

⁴⁹⁵ *Ibid.*

⁴⁹⁶ C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1329.

⁴⁹⁷ Des pratiques peu recommandables que les entreprises souhaiteraient cacher en résolvant leur litige par la voie de l'arbitrage sont par exemple l'exploitation du travail des enfants, les dégradations environnementales ou encore la perpétration par l'entreprise de violations des droits de l'homme. Voir C. A. ROGERS, *op. cit.*, p. 1335.

⁴⁹⁸ H. SMITH, *op. cit.*, p. 32 (« *The single international arbitration institution proposed here could, by a single decision to publish its awards, not only make an immensely useful contribution to the development and improvement of both international arbitration and the law relating to international commercial transaction, but also most effectively secure appropriate publication of its awards so as to ensure greatest possible accessibility* »).

⁴⁹⁹ D. M. GRUNER, *op. cit.*, p. 962.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 961.

Conclusion

De manière générale, que ce soit dans l'arbitrage d'investissement ou dans l'arbitrage commercial, on peut difficilement soutenir que le principe de confidentialité n'a plus sa place au sein du procédé arbitral. S'il est indéniable que la communauté internationale assiste à un recul de l'importance de ce principe dans le domaine de l'arbitrage, ce recul n'est actuellement nullement synonyme de disparition. Si l'on peut dire qu'il a déjà abouti dans l'arbitrage d'investissement avec l'adoption du Règlement sur la transparence de la CNUDCI en 2013, il se concrétisera certainement prochainement dans l'arbitrage commercial, peut-être, comme suggéré, en étendant le champ d'application du Règlement sur la transparence de la CNUDCI à l'arbitrage commercial ou encore en instaurant la présomption selon laquelle les sentences arbitrales commerciales doivent être publiées, sauf en cas d'opposition des deux parties. Que ce soit dans l'arbitrage commercial ou dans l'arbitrage d'investissement, même si l'accent est de plus en plus mis sur la transparence, il reste et restera toujours un moyen de mettre à l'abri les informations confidentielles dont la divulgation ne serait bénéfique pour personne. En effet, de plus en plus d'acteurs du système arbitral (praticiens, parties, arbitres, juges, chercheurs, ...) sont convaincus des bénéfices que pourrait apporter une approche plus nuancée sur la confidentialité tout en laissant également une place à la transparence dans le débat sur ce mode alternatif de résolution des conflits. La confidentialité est donc certainement vouée à cohabiter avec la transparence et aura toujours sa place au sein du procédé arbitral. Comme évoqué plus haut, toute la difficulté consiste évidemment à établir un équilibre entre les bénéfices de l'un et les inconvénients de l'autre. Il semble que la meilleure manière de procéder pour parvenir à placer cette ligne de démarcation serait d'analyser les affaires au cas par cas, en fonction des circonstances propres à chaque espèce sans conclure trop hâtivement à une obligation de confidentialité ou de divulgation.

Dans tous les cas, le principe de l'autonomie de la volonté, véritable fondement de la pratique arbitrale, trouvera lui toujours à s'appliquer en offrant aux parties la possibilité de conclure une clause de confidentialité. Cependant, des études ont démontré que la principale raison avancée pour justifier le principe de confidentialité, à savoir les attentes des parties, ne serait pas aussi consolidée que ce que l'on croit⁵⁰¹. En effet, une étude menée en 2005 par la Fédération des Entreprises de Belgique rapporte qu'un quart seulement des personnes qui recourent à l'arbitrage choisiraient cette technique pour des raisons de confidentialité⁵⁰². En fait, la confidentialité n'apparaîtrait qu'à la huitième place sur une liste de treize incitants à recourir à l'arbitrage⁵⁰³. Par ailleurs, il est important de

⁵⁰¹ J.-F. TOSSENS, *op. cit.*, p. 32 ; voir ég. note de bas de page n°82.

⁵⁰² *Ibid.* Cette étude se penchait uniquement sur l'arbitrage commercial.

⁵⁰³ *Ibid.*

souligner que si les parties peuvent prévoir contractuellement l'étendue de leurs engagements en termes de confidentialité, elles peuvent également convenir de se départir complètement de ce principe (ce qu'elles ne pourraient par contre pas faire avec d'autres principes de procédure considérés comme fondamentaux, tel que les droits de la défense)⁵⁰⁴. Cette liberté laissée aux parties confirme qu'une procédure arbitrale peut parfaitement se dérouler sans application de la règle de confidentialité⁵⁰⁵. Au vu de ces considérations, que reste-t-il finalement du paradigme de la confidentialité ?

Étant donné que nous ne sommes qu'au début de la tendance vers plus de transparence, il y a fort à parier que les développements sur la matière seront encore nombreux, essentiellement dans le domaine de l'arbitrage commercial. Cependant, une chose est certaine : éliminer toute confidentialité du procédé arbitral n'aurait d'abord pas de sens au regard des objectifs que la transparence cherche à atteindre et rendrait également le recours à l'arbitrage nettement moins attrayant que ce qu'il n'est actuellement. Une dose de confidentialité demeure et demeurera donc toujours nécessaire au bon fonctionnement de ce mode privé de résolution des conflits.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁰⁵ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I. LEGISLATION – REGLEMENT D'ARBITRAGE

- CONVENTIONS INTERNATIONALES

Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (« Convention de La Haye de 1907 »), signée à La Haye le 18 octobre 1907, approuvée par la loi du 25 mai 1910, *M.B.*, 6 novembre 1910, p. 6620.

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères (« Convention de New-York »), signée à New-York le 10 juin 1958, approuvée par la loi du 5 juin 1975, *M.B.*, 15 novembre 1975, p. 14410.

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, signée à Washington le 18 mars 1965, approuvée par la loi du 17 juillet 1970, *M.B.*, 24 septembre 1970, p. 9548.

Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités (« Convention de Maurice sur la transparence »), signée à New-York le 10 décembre 2014 et entrée en vigueur internationale le 17 octobre 2017.

- LEGISLATIONS NATIONALES

Code judiciaire belge, 10 octobre 1967, disponible à

http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1967101006%2FF&caller=list&row_id=1&numero=8&rech=13&cn=1967101006&table_name=LOI&nm=1967101057&la=F&dt=CODE+JUDICIAIRE&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27JUDICIAIRE%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=39&imgcn.y=10

Code de Procédure Civile Français (tel qu'amendé en 2018), disponible à

http://codes.droit.org/CodV3/procedure_civile.pdf

New Zealand Arbitration Act 1996 (tel qu'amendé en 2007), disponible à
<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2007/0094/latest/whole.html>

Spanish Arbitration Act, 2003 (tel qu'amendé en 2015), disponible à
http://www.tab.es/images/documents/normativa/reforma_ley_60-2003_eng.pdf

Singapore International Arbitration Act, 1994 (tel qu'amendé en 2012), disponible à
<http://www.nadr.co.uk/articles/published/arbitration/Singapore%20Int%20Arb%20Act.pdf>

Australian International Arbitration Act, 2011, disponible à
<https://www.legislation.gov.au/Details/F2011L00330>

Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, *JORF*, n° 0011, 14 janvier 2011, p. 777, texte n°9, disponible à
<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2011/1/13/2011-48/jo/texte>

- REGLEMENTS D'ARBITRAGE INSTITUTIONNELS

London Court of International Arbitration, Arbitration Rules, 2014, disponible à
http://www.lcia.org/dispute_resolution_services/arbprintable_versions.aspx

Règlement d'arbitrage du Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements, 2006, disponible à
<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20French.pdf>

Règlement d'arbitrage du Centre belge d'arbitrage et de médiation, 2013, disponible à
http://www.cepani.be/sites/default/files/files/hayez_reglement_arbitrage_cepani_fr_2013.pdf

Règlement de la Chambre de Commerce Internationale, 2017, disponible à
<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-french-version.pdf.pdf>

Loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (telle qu'amendée en 2006), disponible à
http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf

Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial International (tel qu'amendé en 2013),
<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-F.pdf>

II. JURISPRUDENCE

- ***DECISIONS***

- *Angleterre*

Russel v. Russel (1880) 14 Ch.D. 471, 471 (Ch) (English High Ct.).

Dolling-Baker v. Merrett [1991] 2 All ER 891, 896 (English Ct. App.).

Hassneh Ins. Co. of Israel v. Mew [1993] 2 Lloyd's Rep. 243, 249 (QB) (English High Ct.).

Ins. Co. v. Lloyd's Rep. [1995] 272 (QB) (English High Ct.).

Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir [1998] 2 All ER 136 (English Ct. App.).

- *Australie*

Esso Australia Res. Ltd v. Plowman, XXI Y.B. Comm. Arb. 137, 151 (Australian High Ct. 1995).

- *États-Unis*

United Steelworkers of Am. v. Am. Mfg. Co., 363 U.S., 570 (1960).

- *Singapour*

AAY v. AAZ, [2009] SGHC 142, ¶56 (Singapore High Ct.).

Int'l Coal Pte Ltd v. Kristle Trading Ltd, [2008] SGHC 182 (Singapore High Ct.).

AAY v. AAZ, [2011] 1 SRL 1093, ¶55 (Singapore High Ct.).

- *Cour Européenne des Droits de l'Homme*

Cour eur. D.H., arrêt *Társaság a Szabadságjogokért c. Hongrie* du 14 juillet 2009.

- *Cour Internationale de Justice*

Barcelona Traction, Light and Power Co Ltd (Belgium v. Spain), judgment (5 February 1970), [1970] ICJ Rep 44.

- SENTENCES ARBITRALES

Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c. Egypte, (ARB/84/3), sentence du 14 avril 1988, *ILM*, 1993, p. 986 et s.

Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) c. République du Sri Lanka, sentence du 27 juin 1990, *ILM*, 1990, p. 580.

III. DOCTRINE

- OUVRAGES

BANTEKAS I., *An Introduction to International Arbitration*, Royaume-Uni, Cambridge University Press, 2015.

BERNARD A., *L'arbitrage volontaire en droit privé : l'arbitrage en droit interne belge et français*, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1937.

BORN G. B., *International Arbitration: Law and Practice*, 2^e éd., Pays-Bas, Kluwer Law International, 2016.

BORN G. B., *International Commercial Arbitration*, 2^e éd., vol. II, Pays-Bas, Kluwer Law International, 2014.

BORN G. B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 4^e éd., Pays-Bas, Kluwer Law International, 2013.

DIALLO O., *Le consentement des parties à l'arbitrage international*, Genève, Graduate Institute Publications, 2010.

EULER D., GEHRING M. et SCHERER M., *Transparency in International Investment Arbitration – A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

KEUTGEN G. et DAL G.-A., *L'arbitrage en droit belge et international – Tome I : Le droit belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2015.

INDLEKOFER M., *International Arbitration and the Permanent Court of Arbitration*, London, Kluwer Law International, 2013.

MOSES M. L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^e éd., Etats-Unis, Cambridge University Press, 2017.

NADAKAVUKAREN SCHEFER K., *International Investment Law: Texts, Cases and Materials*, 2^e éd., Etats-Unis, Edward Elgar Publishing, 2016.

PRYLES M., « Chapter 24: Confidentiality », in *Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (sous la dir. de Lawrence W. NEWMAN et Richard D. HILL), New York, Juris Publishing Inc., 2014, pp. 501-552.

SOHN L. B., « The Role of Arbitration in Recent International Multilateral Treaties », in *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration* (sous la dir. de CARBONNEAU T. E.), Etats-Unis, University Press of Virginia, 1984, p. 21-39.

SERAGLINI C. et ORTSCHIEDT J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Paris, Montchrestien, 2013.

TORRES BERNARDEZ S., « L'arbitrage interétatique », in *Le Règlement Pacifique des Différends Internationaux en Europe : Perspective d'Avenir* (sous la dir. de BARDONNET D.), Pays-Bas, Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 205-267.

VAN DER BERG A. J., *The New-York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Pays-Bas, Kluwer Law International, 1981.

TOSSENS J.-F., « La confidentialité de l'arbitrage : valeur cardinale ou poncif ? », in *Arbitrage et Confidentialité/ Arbitrage en Vertrouwelijkheid*, Bruxelles, Larcier, 2014.

YANNACA-SMALL K., *Arbitration under International Investment Agreements: a Guide to the Key Issues*, New-York, Oxford University Press, 2010.

- ARTICLES DE DOCTRINE

ARGEN R. D., « Ending Blind Spot Justice: Broadening the Transparency Trend in International Arbitration », in *BROOK. J. INT'L L.*, vol. 40, 2014, pp. 207-246.

ASTERITI A. et TAMS C. J., « Transparency and Representation of the Public Interest in Investment Treaty Arbitration », in *International Investment Law and Comparative Public Law*, Forthcoming, 2010, pp. 1-30.

BEHN D., « Legitimacy, evolution and growth in investment treaty arbitration: empirically evaluating the state-of-art », in *Goergetown Journal of International Law*, vol. 46, 2015, pp. 363-415.

BEN HAMIDA W., « L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions », in *Annuaire de droit international*, vol. 51, 2005, pp. 564-602.

BUYS C. G., « The Tensions Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration », in *American Review of International Arbitration*, vol. 14, n° 121, 2003, pp. 121-138.

CALAMITA N. J. et ZELAZNA E., « The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention », in *2016 Austrian Yearbook on Int'l Arbitration* 271-278, 2016, pp. 271-289.

CAPRASSE O., « Les conventions relatives à la confidentialité en arbitrage », in *Arbitrage et confidentialité / Arbitrage and vertrouwelijkheid*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 133-149.

CAPRASSE O. et ZIADÉ R., « La confidentialité dans la procédure arbitrale », in *Revue de l'Arbitrage*, 2014, pp. 593-616.

CARMODY M., « Overturning the Presumption of Confidentiality: Should the UNCITRAL Rules on Transparency Be Applied to International Commercial Arbitration », in *Int'l Trade & Bus. L. Rev.*, vol. 19, 2016, pp. 96-179.

COATES P., « The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State arbitration: continuing the evolution of investment treaty arbitration », in *International Arbitration Law Review*, vol. 17 (6), 2014, pp. 113-122.

COE J. J. Jr., « Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaptation, and NAFTA Leadership », in *U. Kan. L. Rev.*, vol. 54, 2006, pp. 1336-1385.

EBERE S. et WHERAJ B., « Nine Years Later: Investment Treaty Arbitration's Contribution to International Commercial Arbitration », in *American Review of International Arbitration*, vol. 25, 2014, pp. 70-123.

FAGBEMI S. A., « The Doctrine of Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Myth or Reality? », in *J. of Sust. Dev. Law & Policy*, vol. 6, 2015, pp. 222-246.

FAGES F., « La Confidentialité de l'arbitrage à l'épreuve de la transparence financière », in *Revue de l'arbitrage*, 2003, pp. 5-39.

FELICIANO F. P., « The Ordre Public Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration », in *Phil. L.J.* 1, vol. 87, 2012, pp 1-20.

FORTIER Y., « The occasionally unwarranted assumption of confidentiality », in *Arbitration International*, vol. 15, Issue 2, p. 131-139.

FRANCK S. D., « The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions », in *Fordham L. Rev.*, vol. 73, 2005, pp. 1521-1625.

FRY J. D. et REPOUSIS O. G., « Toward a New World for Investor-State Arbitration through Transparency », in *N.I.U. J. Int'l L. & Pol.*, vol. 48, 2016, pp. 795-865.

GRUNER D. M., « Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform », in *Colum. J. Transnat'l L.*, vol. 41, 2003, pp. 923-964.

KAUFFMAN-KOHLER G., « Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture », in *Arbitration International*, vol. 23, 2007, pp. 357-378.

KAUSHAL A., « Reconciling the public interest: third-party participation, confidentiality and privacy in NAFTA Chapter 11 arbitrations », in *International Arbitration Law Review*, vol. 9 (6), 2006, pp. 172-184.

KRYVOI Y., *International Centre for settlement of Investment Disputes (ICSID)*, London, Kluwer Law International, 2016.

LAZAREFF S., « Confidentiality and Arbitration – Theoretical and Philosophical Reflections », in *Confidentiality in Arbitration*, 2009 special supplement, ICC International Court of Arbitration Bulletin.

LEBEN C., « L'Evolution du Droit International des Investissements : un Rapide Survol », in *Le Contentieux Arbitral Transnational Relatif à l'Investissement : Nouveaux Développements* (sous la dir. de LEBEN C.), Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2006.

LEE J., « UNCITRAL's Unclear Transparency Instrument: Fashioning the Form and Application of a Legal Standard Ensuring Greater Disclosure in Investor-State Arbitrations », in *Nw. J. Int'l. & Bus.*, vol. 33, 2013, pp. 439-474.

LEVANDER S., « Resolving Dynamic Interpretation: An Empirical Analysis of the UNCITRAL Rules on Transparency », in *Colum. J. Transnat'L.*, vol. 52, 2014, pp. 506-541.

LOQUIN E., « Les obligations de confidentialité dans l'arbitrage », in *Revue de l'Arbitrage*, 2006, pp. 323-352.

MAGRAW D., PLAGAKIS S. et SCHIFANO J., *Ways and Means of Citizen's Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedure*, Society of International Economic Law, London, 2008, pp. 1-30.

MAUPIN J. A., « Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky », in *Transparency in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 142-171.

NAIMARK R. W. et KEER S. E., « What Do Parties Really Want From International Commercial Arbitration? », in *AAA Dispute Resolution Journal* (Nov. 2002/Jan. 2003).

PONGRACIC-SPEIER M., « Confidentiality and the Public Interest Exception – Considerations for Mixed International Arbitration », in *Journal of World Investment*, vol. 3, 2002, pp. 235-259.

POOROYE A. et FEEHILY R., « Confidentiality and Transparency in International Commercial Arbitration: Finding the Right Balance », in *Harv. Negot. L. Rev.*, vol. 22, 2017 pp. 275-323.

PUIG S. et KINNEAR M., « NAFTA Chapter Eleven at Fifteen: Contributions to a Systemic Approach in Investment Arbitration », in *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 25, 2010, pp. 225-267.

RAYMOND A. H., « Confidentiality in a Forum of Last Resort: Is the Use of Confidential Arbitration a Good Idea for Business and Society », in *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 16, 2005, pp. 479-515.

REITH C., « The New UNCITRAL Rules on Transparency 2014 – Significant Breakthrough or a Regime Full of Empty Formula », in *Y.B. on Int'l Arb.*, vol. 4, 2015, pp. 121-147.

ROGERS C. A., « Transparency in International Commercial Arbitration », in *U. Kan. L. Rev.*, vol. 54, 2006, pp. 1301-1337.

RUSCALLA G., « Transparency in International Arbitration: Any (concrete) Need to Codify the Standard? », in *Groningen Journal of International Law*, vol. 3(1), 2015, pp. 1-26.

SCHILL S. W., « Transparency as a Global Norm in International Investment Law », in *Kluwer Arbitration Blog*, 2014, disponible à <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/09/15/transparency-as-a-global-norm-in-international-investment-law/?print=pdf>

SCHILL S. W., « The Mauritius Convention on Transparency », in *J. World Investment & Trade* 201, vol. 16, 2015, pp. 201-204.

SMITH H., « The Future of International Commercial Arbitration: A Single Transnational Institution », in *Colum. J. Transnat'l L.* 9, vol. 25, 1986, pp. 9-34.

STOJCEVSKI M. et ZELLER B., « Confidentiality and privacy revisited », in *Arbitration*, vol. 78(4), 2012, p. 332-339.

TEITELBAUM R., « Privacy, Confidentiality and Third Party Participation: Recent Developments in NAFTA Chapter Eleven Arbitration », in *The law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, 2003, pp. 249-267.

TRACKMAN L. H., « Confidentiality in International Commercial Arbitration », in *Arbitration International*, vol. 18, 2002.

VERBIST H., « The 2013 UNCITRAL Rules on transparency in treaty-based investor-state arbitration », in *b-Arbitra*, vol. 2, 2013, p. 303-332.

ZLATANSKA E., « To Publish, or Not to Publish Arbitral Awards: That is the Question... », in *International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 81, 2015, p. 25-37.

- RAPPORTS ÉMIS DANS LE CADRE DES NATIONS-UNIES

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 41^e sess., 16 juin-3 juillet 2008, doc. A/63/17.

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 44^e sess., 27 juin-15 juillet 2011, doc. A/CN.9/712.

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, 46^e sess., 8 juillet-26 juillet 2013, doc. A/68/17.

Report of the Secretary-General on the Possible Features of A Model Law on International Commercial Arbitration, XII Y.B. UNCITRAL 75, 1981.

- INTERPRÉTATIONS ET DÉCLARATIONS ÉMISES PAR LA COMMISSION DU LIBRE-ÉCHANGE DE L'ALENA

NAFTA Free Trade Commission, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, 31 juillet 2001, disponible à <https://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>

Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation, NAFTA FREE TRADE COMMISSION (Oct. 7, 2003), disponible à <http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/Nondisputing-en.pdf>

Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations, U.S. TRADE REPRESENTATIVE (Oct. 7, 2003), disponible à https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf

- DIVERS

OCDE (2005), « Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et états », in *Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international*, no. 2005/01, éditions OCDE, Paris.

United Nations Conference on Trade and Development: Investor-State disputes arising from investment treaties: a review, 2005.

