

L'*amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissement*

*Florian Grisel***
*Jorge E. Vinuales****

English Abstract

Recent efforts of civil law systems to incorporate the common law notion of the amicus curiae reflect a broader trend in judicial and arbitral practice of delivering justice in a manner that is more attentive to the interests of civil society. The acceptance of amicus curiae submissions by ICSID tribunals has also followed a perceptible trend in this direction, and while the extent and application of such practice have not been fully explored, the principle of acceptance is no longer in doubt.

The involvement of amici curiae is sometimes seen as contrary to the traditionally confidential character of the arbitral process, and has led

* Une première version de cette étude est parue dans la collection Etudes et Travaux de l'Institut universitaire de hautes études internationales et de développement (IHEI) de Genève. Les opinions exprimées dans cette étude n'engagent que les auteurs à titre strictement personnel et ne reflètent pas celles des organisations auxquelles les auteurs sont ou ont été affiliés.

** Diplômé de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et de Columbia University, Florian Grisel a enseigné à l'Université Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), après avoir travaillé en tant que conseiller juridique au CIRDI. Il travaille actuellement au sein de l'étude Lévy Kaufmann-Kohler, à Genève, dans le domaine de l'arbitrage international.

*** Jorge E. Vinuales est avocat spécialisé dans le domaine des investissements internationaux au sein de l'étude Lévy Kaufmann-Kohler, à Genève. Il est également Directeur exécutif de la Société latino-américaine de droit international. Il est titulaire d'un doctorat de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, d'un LL.M. de la Harvard Law School et d'un D.E.A. en droit international public de l'Institut universitaire de hautes études internationales (HEI) de Genève. Il est membre des barreaux de New York et de Buenos Aires.

to some criticism. The “hybrid” system of international arbitration (and particularly investor-State arbitration) cannot, however, be described as wholly private, given the public effects of the decisions resulting therefrom. Investment arbitration is arguably more prone to amicus interventions than the more “private” system of commercial arbitration. It further seems that the essential nature of mixed (i.e. public-private) arbitration has been thrown into question by its shift from a strictly consent-based system to one in which public legitimacy is sought through increased transparency.

Different tribunals have handled amicus intervention differently according to the scope of their jurisdiction and the applicable arbitration rules. Generally speaking, arbitral tribunals have been inclined to accept the risks posed by third-party intervention in investment arbitration since it has become increasingly difficult to ignore the views of non-parties affected by the tribunals’ decisions.

The efforts of arbitral tribunals to increase transparency through the acceptance of amicus submissions have taken place in the context of a larger movement towards the codification of rules governing such intervention. The “soft law” that has resulted from such efforts includes the ALII/UNIDROIT principles for transnational civil procedure, a declaration from the OECD, and the reform of the respective arbitration rules of ICSID and potentially of UNCITRAL. Bilateral and multilateral instruments have also taken into account this phenomenon through provisions such as those included in the new Model BITs of Canada and the United States. Nevertheless, the solutions provided by all of these codification attempts have left gaps which remain to be filled in by judicial means.

A regime for admitting amicus curiae submissions does not need to be tied to the concept of standing, but must nevertheless be grounded in the general rules applicable to the arbitration. It may be necessary for a tribunal to determine whether the rules applicable to amicus intervention stem from substantive or procedural law, or from a combination of both. Moreover, to the extent multiple legal regimes might apply to a given amicus-related issue in the determination of the rule governing such issue, an arbitral tribunal may in practice be led to draw upon different sources of law. In this regard, it is noteworthy that tribunals which have addressed amicus issues have not clearly spelled out the sources of law from which they have derived the applicable rules. Furthermore, the tribunals’ use of the relevant precedents has also been largely unstructured, often selective, and sometimes incoherent.

All of these problems may, however, be mitigated by the increasing practice of tribunals to refer to each others’ decisions and to promote

mutually compatible solutions. While this common practice may leave gaps when matters become more complex, in the context of ICSID, the case-by-case approach taken by tribunals appears to be leading to a convergence of amicus rules within the framework of imperatives laid down by ICSID's rules and jurisprudence.

Regarding this framework, a would-be amicus should be required to demonstrate both its expertise and its ability to represent an interest of civil society, as well as its independence from the parties and their interests. The views of a would-be amicus should be original and useful, and not overlap with those of the parties. This latter requirement raises several questions. It is, for instance, not clear whether an amicus curiae could "take the case away from the parties" by pointing to jurisdictional objections which have either been unexplored or insufficiently developed by one party. Another important issue concerns the scope of intervention by an amicus curiae. It is indeed not clear whether amici should have access to the parties' submissions and pleadings and, if so, to what extent. Even in cases where the amicus curiae would be granted such access, tribunals should ensure, if the parties so require, that the amicus is bound by appropriate confidentiality obligations.

Finally, to the extent an amicus intervention helps to enhance the tribunal's legitimacy and provides the tribunal with a fuller view of the issues raised by an investment dispute, the costs associated with handling the intervention should be borne by the parties.

INTRODUCTION

LES EFFORTS RÉCENTS DES SYSTÈMES de droit romano-germanique à importer l'institution de l'*amicus curiae* témoignent du succès de cette institution issue du *common law*,¹ succès largement suscité par la perspective d'une justice « plus proche », davantage représentative des intérêts de la société civile.²

C'est sans surprise donc que l'*amicus curiae* a fait son entrée dans le monde de l'arbitrage international, dont une des caractéristiques est d'exister à la croisée

¹ *Amicus curiae*, ou "ami de la cour", désigne l'entité ou la personne qui n'est pas partie à un différend et qui souhaite soumettre des arguments juridiques au tribunal saisi de ce différend. Ce terme est parfois utilisé afin de désigner les écrits juridiques soumis par ces entités ou personnes. Nous utiliserons ci-dessous le terme d'*amicus curiae* dans ses deux sens.

² A titre d'exemple de l'acclimatation de l'*amicus curiae* au sein d'un système de droit romano-germanique, en ce qui concerne la Cour de cassation française, voir « La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de *common law* — Rapport sous la direction d'Horatia Muir Watt », in Molfessis, N. (sous la dir. de), *Les revirements de jurisprudence — Rapport remis à Monsieur le Président Guy Canivet*, Litec, 2005, pp.66–71.

de ces différents systèmes de droit. Déjà en 2002, un auteur avisé décrivait une « irruption de la société civile » dans l'arbitrage d'investissement, allant de pair à ses yeux avec l'admission d'*amici curiae* au cours de ces arbitrages.³

De même, c'est sans surprise que l'*amicus curiae* a pleinement joué son rôle subversif, son introduction au sein d'instances arbitrales étant tantôt critiquée au nom de la confidentialité du processus arbitral, tantôt encensée en tant que facteur de démocratisation de ce processus.⁴ En tout état de cause, on s'accorde généralement à dire que cette « irruption de la société civile », à supposer qu'elle soit réelle, est susceptible de modifier l'équilibre caractérisant l'institution arbitrale, dont une des vertus majeures est supposée être la confidentialité.⁵

Certes, on savait déjà de l'arbitrage international qu'il n'est pas simplement un processus strictement « privé », mais qu'il présente au contraire un caractère « hybride », dans la mesure où ses effets juridiques sont susceptibles de s'étendre à la sphère publique.⁶ On savait plus spécifiquement de l'arbitrage entre Etats et investisseurs qu'il pouvait être engagé par le biais d'instruments juridiques utilisés sans « *privity* », apportant ainsi une atténuation significative au principe de l'effet relatif des engagements conventionnels.⁷ L'objectif de confidentialité n'en demeure pas moins essentiel dans ce domaine, et l'admission d'*amicus curiae* semble porter atteinte à cet objectif.

La question est alors de savoir quelle influence exacte pourrait avoir l'admission d'*amici curiae* sur la physionomie de l'arbitrage international en général et de l'arbitrage d'investissement en particulier, question dont la réponse impose de s'interroger sur les contours juridiques de l'*amicus curiae*, qui semblent pour le moment assez malaisés à définir.

³ Stern, B., « L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage* 2002, No 2, p.329 ; voir du même auteur, « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », *RGDIP*, 2003, N° 2, p.219 ; « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur », *Revue de l'arbitrage* 2007, No 1, p.3.

⁴ Si l'*amicus curiae* est souvent considéré comme un facteur de transparence accrue dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, son introduction dans des arbitrages commerciaux « classiques » est largement décriée.

⁵ Voir à cet égard Mistelis, L., « International Arbitration — Corporate Attitudes and Practices — 12 Perceptions Tested: Myths, Data and Analysis Research Report », *The American Review of International Arbitration*, vol.15, 2004, p.525.

⁶ Redfern, A., et Hunter, M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3^{ème} éd., Sweet & Maxwell, 1999, p.11 [« International commercial arbitration is a hybrid. It begins as a private agreement between the parties. It continues by way of private proceedings, in which the wishes of the parties are of great importance. Yet it ends with an award that has binding legal force and effect and which, on appropriate conditions, the courts of most countries of the world will recognize and enforce. The private process has a public effect, implemented with the support of the public authorities of each state and expressed through its national law. »]

⁷ Paulsson, J., « Arbitration Without Privity », *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 1995, p.132.

A cet égard, quatre ordonnances récentes de tribunaux du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) se prononçant sur la faculté d'*amici curiae* d'intervenir au cours de la procédure arbitrale,⁸ ainsi que la modification des Règlements arbitraux du CIRDI allant dans le même sens, représentent selon nous les étapes d'une trajectoire relativement bien définie en matière d'admission d'*amici curiae*. Certes, les précédents tirés d'un certain nombre de décisions du Tribunal des différends irano-américains, de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et de tribunaux arbitraux dans le cadre de l'Accord de Libre Echange Nord-Américain (ALENA) suggéraient déjà une évolution perceptible. Mais la question des *amici curiae* restait ouverte en matière d'arbitrages CIRDI, lesquels représentent une part significative des instances arbitrales d'investissement. Aujourd'hui, le principe même de la soumission d'*amici curiae* ne fait plus de doute, même si la question de l'application de ce principe, ainsi que celle de l'étendue de cette application, restent au moins partiellement inexplorées.

Dans ce contexte, le moment semble propice de tracer les contours du cadre juridique réglant la participation d'*amici curiae* au cours d'arbitrages d'investissement. Naturellement, certains éléments de ce cadre dérivent des Règlements arbitraux du CIRDI, ainsi que de la jurisprudence elle-même. D'autres éléments, comme l'étendue de l'accès des *amici curiae* aux soumissions écrites des parties, ou leur rôle au cours de la procédure orale, restent néanmoins à définir. En se penchant sur ces questions, les tribunaux CIRDI devront tenir compte de la notion d'*amicus curiae* et de son rôle en matière d'arbitrage d'investissement. Plus fondamentalement, la nature même de ce

⁸ Voir *Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae* et *Order in Response to a Petition by Five Non-Governmental Organizations for Permission to Make an Amicus Curiae Submission, in Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/19, respectivement du 19 mai 2005 et du 12 février 2007 (le libellé de cette affaire a été modifié suite au désistement de la procédure d'Aguas Argentinas S.A. mais nous garderons l'appellation « Aguas Argentinas », laquelle a été maintenue par les commentateurs et les praticiens); *Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae, in Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. (Claimants) v. The Argentine Republic (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/03/17, 17 mars 2006 (le libellé de cette affaire a été modifié suite au désistement de la procédure d'Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., mais nous garderons l'appellation « Aguas Provinciales », laquelle a été maintenue par les commentateurs et les praticiens); *Procedural Order No 5, in Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (Claimant) v. United Republic of Tanzania (Respondent)*, ICSID Case No ARB/05/22, 2 février 2007. Il faut ajouter à ces quatre ordonnances la lettre du 29 janvier 2003 du président du Tribunal dans « Aguas del Tunari », rejetant une demande d'intervention d'*amici curiae*, voir *Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, in Aguas del Tunari S.A. (Claimant) v. Republic of Bolivia (Respondent)*, ICSID Case No. ARB/02/3, 21 octobre 2005, Appendix 5.

régime d'arbitrage semble être en jeu. Ce régime, reposant traditionnellement sur le consentement des parties, semble désormais en quête d'une légitimité publique, censée quant à elle découler d'une certaine ouverture à la société civile.

Dans cet ordre d'idées, après une brève introduction à la notion d'*amicus curiae* telle qu'envisagée dans la tradition de *common law* (1), nous étudierons les précédents relatifs à cette question dans la jurisprudence des tribunaux internationaux (2). Cette étude nous permettra de situer les développements récents relatifs à la codification internationale de l'intervention des *amici curiae* (3), avant d'envisager un certain nombre de questions transversales que soulève l'intervention de ces tiers à l'instance dans le cadre de l'arbitrage d'investissement, en particulier sous l'égide du CIRDI (4).

I. – LA NOTION D'AMICUS CURIAE ET SES IMPLICATIONS

L'origine historique de l'*amicus curiae* tel qu'on l'entend aujourd'hui est à chercher dans la tradition de *common law*.⁹ La recherche de cette origine nous semble pertinente à plusieurs égards.

En premier lieu, même si l'intervention en qualité d'*amicus curiae* exerce un pouvoir d'attraction réel sur les pays de droit romano-germanique, elle reste un phénomène peu utilisé, voire inconnu, dans ces systèmes. Cette spécificité juridique de l'*amicus curiae* a des répercussions sur la possibilité de le transposer au sein de l'ordre juridique international, en tant que principe général de droit.

En deuxième lieu, la fonction historique des *amici curiae* est étroitement liée aux caractéristiques propres au système juridique anglais. En effet, dans la tradition anglaise, l'*amicus curiae* visait, entre autres choses, à attirer l'attention des tribunaux sur des éléments de fait ou de droit pertinents, en vue de la résolution du litige en cause, et notamment sur des précédents judiciaires qui, pour diverses raisons, n'auraient pas été invoqués par les parties. Autrement dit, l'*amicus curiae* constituait un mécanisme supplétif de recherche et de détermination de la règle de droit applicable à un cas donné, dans un système intrinsèquement casuistique et à une époque où l'incertitude quant au contenu même du droit était considérable. Ce point est explicitement relevé dans le dictionnaire juridique de Henry James Holthouse, dont la version d'origine

⁹ Sur cette question, voir la note *Amici Curiae* parue dans la *Harvard Law Review*, 34/7, mai 1921, pp. 773–776. En ce qui concerne l'emploi de cette institution par les tribunaux, voir Angell, E., « The Amicus Curiae : American Development of English Institutions », *International and Comparative Law Quarterly*, 16/4, 1967, p. 1017, note 3.

date de la première moitié du dix-neuvième siècle.¹⁰ Même si, de nos jours, cette fonction peut paraître obsolète, du fait des avancées technologiques en matière d'accès aux décisions judiciaires, la complexification croissante des affaires auxquelles les tribunaux sont confrontés a donné un souffle nouveau à l'*amicus curiae*, en particulier lorsque des compétences en sciences sociales sont nécessaires au règlement d'un litige.¹¹ Dans les systèmes juridiques de souche continentale, de telles questions sont plutôt résolues par le recours à des experts au stade probatoire.

La figure de l'*amicus curiae* ne se confond pas pour autant avec celle de l'expert. En effet, en troisième lieu, l'*amicus curiae* moderne cherche le plus souvent à défendre une cause au nom de laquelle il est habilité à s'exprimer. Son action va donc bien au-delà de la simple assistance aux tribunaux sur une question de fait ou de droit, et devient une véritable prise de position par rapport aux enjeux juridiques du litige en cause.¹² Dans un contexte comme celui du *common law*, où les règles dégagées dans un litige donné sont susceptibles de déterminer la solution juridique d'un litige futur, l'intervention d'*amici curiae* sert à assurer une prise en compte minimale des intérêts des tiers potentiellement intéressés. Or, en réalité, cette intervention coïncide souvent avec les intérêts d'une partie et revient ainsi à appuyer les arguments de cette dernière.¹³ L'*amicus* joue alors un rôle ambigu, oscillant entre une assistance désintéressée au déroulement de la procédure et une prise ouverte de position, agissant parfois de manière répétitive par rapport aux arguments des parties.

¹⁰ "When a judge is doubtful or mistaken in matter of law, a bystander may inform the court thereof as *amicus curiae*. Counsel in court frequently act in this capacity when they happen to be in possession of a case which the judge has not seen or does not at the moment remember", cité par Krislov, S., "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy", *Yale Law Journal*, 72/4, mars 1963, p. 695.

¹¹ Sur cette dernière question voir Roesch, R., Golding, S.L., Hans, V. P., Dickon Reppucci, N., "Social Science and the Courts: The Role of Amicus Curiae Briefs", *Law and Human Behavior*, 15/1, février 1991, pp. 1–11.

¹² Voir l'étude précédemment citée de Krislov (note 10) ainsi que les études de Harper, F.V., Etherington, E.D., "Lobbyists before the Court", *University of Pennsylvania Law Review*, 101/8, juin 1953, pp. 1172–1177 et de Kearney, J.D., Merrill, T.W., "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court", *University of Pennsylvania Law Review*, 148/3, janvier 2000, pp. 743–855.

¹³ Comme l'a noté le juge américain Richard Posner : « After 16 years of reading *amicus curiae* briefs the vast majority of which have not assisted the judges, I have decided that it would be good to scrutinize these motions in a more careful, indeed a fish-eyed, fashion. The vast majority of *amicus curiae* briefs are filed by allies of the litigants and duplicate the arguments made in the litigants' briefs, in effect merely extending the length of the litigants' brief », voir *Ryan v. Commodity Futures Trading Commission*, 125 F.3d 1062, 1063 (7th Cir. 1997). Dans le même ordre d'idées, le juge Scalia de la Cour Suprême des Etats-Unis souligne le manque d'objectivité dont les *amici curiae* font souvent preuve : « In its consideration of this case, the Court was the beneficiary of no fewer than 14 *amicus* briefs supporting respondents ... Not a single *amicus* brief was filed in support of petitioner. That is no surprise. There is no self-interested organization out there devoted to pursuit of the truth in the federal courts », *Jaffee v. Redmond* (518 U.S. 1, 1996). Les deux passages sont cités dans Kearney et Merrill (note 12), pp. 745–746.

Ces brèves remarques permettent de mettre en perspective les questions que soulève l'intervention d'*amici curiae* auprès d'instances internationales. Le besoin de tenir compte du point de vue de tiers intéressés, les questions sur lesquelles ces tiers peuvent se prononcer, le cadre juridique applicable à ces interventions et les sources de ce cadre sont autant de questions qui nécessitent clarification, du moins dans le contexte de juridictions qui ne disposent pas d'une réglementation complète ou d'une pratique établie en matière d'*amici curiae*. Dans la section suivante, nous nous pencherons sur la pratique jurisprudentielle d'un certain nombre de juridictions internationales, afin d'illustrer le contexte dans lequel plusieurs tribunaux arbitraux ont admis le principe de l'intervention d'*amici curiae*.

II. – LA PRATIQUE JURISPRUDENTIELLE INTERNATIONALE

A – *Quelques distinctions préliminaires*

La diversité des instances internationales disposant d'un pouvoir juridictionnel¹⁴ rend ardue toute tentative de classification sommaire de ces instances. Des critères de classification tels que le caractère permanent ou *ad hoc* de l'instance, leur compétence générale ou spécialisée, la matière spécifique dont elles traitent, leur caractère juridictionnel ou arbitral, ou encore, leur nature interétatique ou mixte, mènent à des résultats ambigus et peu satisfaisants. Ceci d'autant plus que la nature juridique de certaines de ces instances, et parfois même leur caractère international ou interne, ont fait l'objet de débats incessants.¹⁵

La classification que nous emploierons utilise certains de ces différents critères en distinguant trois catégories : instances à compétence générale, instances spécialisées, et instances arbitrales. Quelques précisions semblent nécessaires. En ce qui concerne la portée de cette catégorisation, elle n'a d'autre

¹⁴ Sur la notion d'acte juridictionnel voir : Duguit, L., « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *Revue de droit public*, 1906, pp. 423–471 ; Waline, M., « Du critère des actes juridictionnels », *Revue de droit public*, 1933, pp. 565–572 ; Scelle, G., « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 46, 1933-IV, pp. 498 et s. ; Chaumont, Ch., « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *Revue de droit public*, 1942, pp. 93–124 ; Lampué, P., « La notion d'acte juridictionnel », *Revue de droit public*, 1946, pp. 5–67.

¹⁵ S'agissant de préciser la notion d'*adjudication* sur le plan international, Wilfred Jenks remarque qu'il ne s'agit que partiellement d'un terme appartenant au vocabulaire juridique des internationalistes. Cet auteur identifie deux sens du terme. Au sens large, il est utilisé pour faire référence à diverses formes de règlement des litiges internationaux par un tiers allant des cas d'arbitrages *ad hoc* jusqu'au règlement judiciaire par un tribunal permanent. Dans un sens plus étroit, le terme *international adjudication* renvoie au règlement de différends par des tribunaux internationaux permanents et est synonyme de *judicial settlement*

prétention que de rendre l'exposé plus aisé. Comme il apparaîtra plus loin, cette classification tripartite n'échappe pas aux difficultés propres à toute tentative de classification. Dans le cadre de la présente étude, cette classification nous semble néanmoins pertinente pour deux raisons principales. D'une part, elle permet de respecter une certaine logique temporelle, allant des instances qui ont été les premières à aborder la question des *amici curiae* à celles où la question ne s'est posée que récemment. D'autre part, elle permet de traiter la catégorie de l'arbitrage entre Etats et investisseurs de manière indépendante, dans la mesure où cette catégorie présente certaines particularités. Les critères précédemment mentionnés présentent donc, comme nous le verrons plus loin, un certain degré de pertinence pour notre analyse, notamment lorsqu'il s'agira de retracer l'emploi sélectif de précédents par les diverses instances.

Par instances à compétence générale nous entendrons celles, telles la Cour internationale de Justice (CIJ) ou la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), dont la compétence *ratione materiae* n'est pas limitée à un domaine unique, respectivement du droit international et du droit européen. Cette notion ne doit donc pas être confondue avec celle d'instances à vocation universelle, catégorie qui exclurait la CJCE, dont la vocation est régionale, mais inclurait, par exemple, l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC (ORD) dont la compétence *ratione materiae* est limitée au domaine du commerce international. Par instances spécialisées, nous entendrons des instances qui ne sont compétentes qu'à l'égard d'un domaine spécialisé, comme par exemple les droits de l'homme. A cet égard, nous analyserons la pratique de la Cour européenne de droits de l'homme (CEDH), de la Cour interaméricaine de droits de l'homme (CIDH), du Tribunal des différends irano-américains, et de l'ORD de l'OMC. Enfin, en ce qui concerne les instances arbitrales, nous nous concentrerons sur l'arbitrage entre Etats et investisseurs, plus particulièrement sur la pratique dans le cadre de l'ALENA, ainsi que celle du CIRDI.

ou règlement judiciaire. Il considère que dans les deux sens le terme implique l'existence : d'un juge ou de juges impartiaux (qui peuvent, tout en gardant la nature de leur fonction, s'appeler arbitres, commissaires ou *umpires*) ; d'une procédure (qui permet aux parties de présenter au moins substantiellement et sur un plan d'égalité leurs vues sur la question qui fait l'objet du litige) ; et, enfin, d'une décision fondée sur le droit (laquelle lie en principe les parties). Voir son article « International Adjudication » in Sills, D.L. (sous la dir. de), *International Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 1-2, Macmillan, 1972, pp. 49-57. Voir aussi Santulli, C., « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'O.R.D. », *Annuaire français de droit international*, t. 46, 2000, pp. 58-81, ainsi que Caron, D. D., "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", 84 *The American Journal of International Law* 104 (1990).

B – Instances à compétence générale

a) La Cour internationale de Justice

La CIJ est traditionnellement peu encline à admettre la possibilité pour des organisations non-gouvernementales ou des individus à agir en tant qu'*amici curiae* au cours de l'instance. Cette position découle d'une lecture juridique stricte des règles de son Statut, ainsi que de son Règlement. Il faut cependant distinguer le cas du domaine contentieux de celui des avis consultatifs.

En ce qui concerne le domaine contentieux, le Statut de la CIJ prévoit que la Cour « pourra demander aux organisations internationales publiques des renseignements relatifs aux affaires portées devant elle, et recevra également lesdits renseignements qui lui seraient présentés par ces organisations de leur propre initiative ».¹⁶ Le terme « organisation internationale publique » est défini dans le Règlement de la CIJ comme une « organisation internationale d'Etats »,¹⁷ ce qui exclut de fait les organisations autres qu'interétatiques.¹⁸ Le champ des *amici curiae* semble donc être strictement limité à cette dernière catégorie, ainsi qu'aux contributions de la part des Etats. Il semblerait cependant que la Cour ait accepté de manière informelle les écrits d'organisations non-gouvernementales dans l'affaire du Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie),¹⁹ notamment au regard des conséquences environnementales de ce projet sur les populations concernées.²⁰

En ce qui concerne le domaine des avis consultatifs de la CIJ, les règles de la Cour peuvent être interprétées dans un sens plus large, davantage favorable à l'admission d'*amici curiae*. Le Statut de la CIJ dispose en effet que tous les Etats, ainsi que toutes les organisations internationales « susceptibles de fournir des renseignements sur la question »²¹ peuvent être admis à présenter des exposés écrits et oraux devant la Cour. En outre, le Règlement de la CIJ mentionne les « Etats et organisations »²² susceptibles de présenter de tels exposés écrits. Une interprétation large de la notion d'« organisation », à l'instar de celle retenue par l'ancienne Cour

¹⁶ Art. 34(2), Statut de la CIJ.

¹⁷ Art. 69(4), Règlement de la CIJ.

¹⁸ La C.I.J. s'est par ailleurs montrée réticente quant à la possibilité pour un Etat tiers d'intervenir dans une procédure contentieuse. Sur ce point voir Lagrange, E., « Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales à vocation universelle (CIJ et TIDM) », in Ruiz Fabri, H., Sorel, J.-M. (sous la dir. de), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pédone, 2006, pp. 9–72.

¹⁹ Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros du 25 Septembre 1977 (Hongrie/Slovaquie), CIJ, Recueil 1997, pp. 5–241.

²⁰ Voir Shelton, D., « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings », 88 *The American Journal of International Law* 611 (1994), pp.625–7.

²¹ Art. 66(2), Statut de la CIJ.

²² Art. 105(1), Règlement de la CIJ.

permanente de Justice internationale,²³ pourrait alors ouvrir la voie aux soumissions d'organisations autres qu'interétatiques. A ce dernier titre, l'intervention d'une organisation non-gouvernementale en tant qu'*amicus curiae* devant la CIJ peut certainement être envisagée au cours d'une procédure d'avis consultatif.

b) *La Cour de justice des Communautés européennes*

A partir des années 1960, la CJCE a admis à diverses occasions l'intervention d'*amici curiae*.²⁴ A ce titre, l'approche de la CJCE concernant ces interventions diffère considérablement de celle de la CIJ. Afin d'étudier ce dernier point, il est nécessaire d'apporter certaines précisions préalables.

Tout d'abord, l'ancien article 37 al. 2 du Statut de la Cour n'offrait la possibilité d'agir en tant qu'*amicus curiae* qu'aux « ... personne(s) justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige »,²⁵ ce qui semblait exclure l'intervention de ces dernières en tant que tiers désintéressés. L'article 40 du Statut de la Cour contenu dans le Protocole annexé au Traité de Nice a prorogé cette conception de la notion d'*amicus curiae*.²⁶ Plus précisément, alors que les intervenants au sens étroit du terme (comme les Etats membres, ou les institutions communautaires) n'ont pas besoin de justifier de leur intérêt à agir devant la Cour, les *amici curiae* doivent nécessairement le faire. Le parallélisme entre *amici curiae* et intervenants au sens étroit est donc limité d'un point de vue strictement juridique, ce qui nous amène à introduire une deuxième précision.

L'intervention de personnes ou organisations privées en qualité d'*amici curiae* est admise seulement dans le cadre des procédures contentieuses, et est exclue dans le cadre des procédures de renvoi préjudiciel. Cette distinction rappelle celle introduite par le Statut de la CIJ entre juridiction contentieuse et juridiction consultative, mais en inversant les solutions relatives à l'admission d'*amici curiae*. Alors que pour la CIJ, l'intervention d'*amici curiae* n'est possible, du moins en théorie, qu'en matière consultative, la CJCE ne l'admet qu'en matière contentieuse. Plus précisément, l'intervention d'*amici curiae* n'est

²³ Voir Shelton (note 20), p.622.

²⁴ Voir les cas cités par Shelton (note 20) : Cas 6/64, *Costa v. ENEL*, 1964 ECR 1143 (Fr. ed.), 1964 C.M.L.R. 425 ; Cas 16 & 17/62, *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Légumes v. Council*, 1962 ECR 471, 488–89, 2 C.M.L.R. 160 (1963); Cas 41, 43, 48, 50, 11, 113 & 114/73, *Générale Sucrière S.A. v. Commission*, 1973 ECR 1465, 1 C.M.L.R. 215 (1974); Cas 113/77, *NTN Toyt Bearing Co Ltd v. Council*, 1979 ECR 1185, 2 C.M.L.R. 257 (1979); Case 155/79, *A M & S Eur. Ltd v. Commission*, 1982 ECR 1575, 2 C.M.L.R. 264 (1982); Cas 236/81, *Celanese Chem. Co Inc v. Council & Commission*, 1982 ECR 1183.

²⁵ Voir la discussion dans la section première de l'étude de De Schutter, O., « Le tiers à l'instance devant la Cour de Justice de l'Union Européenne », in Ruiz Fabri, Sorel (note 18), pp. 86 et s.

²⁶ Voir aussi l'article 93 des Règles de Procédure de la Cour, ainsi que les articles 115 et 116 des Règles de Procédure du Tribunal de première instance.

admise que dans le cadre des recours dits « directs », par opposition aux litiges dits « institutionnels », à savoir entre institutions, entre Etats membres ou entre institutions et Etats membres.²⁷

Enfin, pour être admis, les *amici curiae* doivent satisfaire un certain nombre de conditions, en particulier l'existence d'un intérêt direct et spécifique, ou concret.²⁸ Par ailleurs, leur intervention doit se limiter à appuyer les arguments des parties.²⁹

Nos remarques précédentes quant à la notion d'*amicus curiae* et ses implications (voir *supra* I.) permettent de suggérer une explication concernant les différences entre les pratiques de la CIJ et de la CJCE. En particulier, nous avons vu que l'*amicus curiae* permettait dans les systèmes de common law de donner un moyen d'expression à des tiers ayant un intérêt à la solution du litige. Une conception similaire est véhiculée par l'article 40 du Statut de la CIJ, qui exige en effet des *amici curiae* qu'ils justifient leur intérêt à agir. Dans ce contexte, la divergence des pratiques entre la CIJ et la CJCE tiendrait au caractère inter-étatique des litiges tranchés par la CIJ, à la différence de la CJCE. Les procédures devant la CIJ n'étant ouvertes qu'aux sujets traditionnels de droit international, à savoir les Etats et les organisations interétatiques, les décisions de la CIJ n'affecteraient d'un point de vue strictement juridique que ces mêmes sujets, lesquelles peuvent, comme nous l'avons vu, intervenir en qualité d'*amici curiae*. A l'inverse, les individus étant de plein droit sujets de l'ordre juridique communautaire, la CJCE serait fondée à admettre leur intervention en tant qu'*amici curiae*, du moins dans le cadre de procédures pouvant les concerner du point de vue juridique.

Ce problème de caractérisation de l'instance (interétatique ou non) se pose de manière d'autant plus aigüe dans le cadre de l'arbitrage d'investissement que celui-ci oppose un sujet traditionnel de droit interne, l'investisseur, à un sujet traditionnel de droit international, l'Etat, et que les règles applicables au fond des litiges arbitraux d'investissement peuvent être issues d'un ordre juridique interne aussi bien que de l'ordre juridique international.

C – Instances spécialisées

a) La Cour européenne des droits de l'homme

L'institution des *amici curiae* a reçu un accueil favorable auprès des juridictions internationales spécialisées en matière de droits de l'homme.

²⁷ Voir De Schutter, (note 25).

²⁸ Voir les cas cités par Shelton (note 20), p.629 : Cas 116, 124, et 143/77, *GR Amylum NV & Tunnel Refineries Ltd v. Council & Commission*, 1978 ECR 893, paragraphe 9, 2 C.M.L.R. 590 (1982).

²⁹ Voir l'article 40 *in fine* du Statut de la Cour.

S'agissant de la Cour européenne de droits de l'homme (CEDH),³⁰ après un début peu prometteur,³¹ la Cour a admis en 1981 la participation à l'instance d'organisations non-gouvernementales.³² Ainsi, un représentant du *Trade Union Congress* (TUC) a été autorisé à faire une présentation orale sur la base de l'article 38(1) du Règlement de la Cour.

Ce cas a mis en exergue la nécessité de clarifier le fondement juridique de la participation de tiers, et plus précisément *d'amici curiae*, à une procédure pendante devant la Cour. La réponse prit la forme d'une modification de l'article 37(2) du Règlement de la Cour permettant les soumissions de tiers à l'instance. Actuellement, cette possibilité se trouve expressément prévue à l'article 36(2) de la Convention européenne,³³ ainsi qu'à l'article 44(2)(a) du Règlement de la Cour.³⁴

Ces modifications ont favorisé la participation d'*amici curiae* dans un certain nombre de cas.³⁵ La Cour a tout de même posé des conditions à cette participation, l'excluant par exemple en l'absence de lien suffisamment établi avec le fond de l'affaire,³⁶ lorsque cette participation ne semble pas nécessaire,³⁷

³⁰ Etablie par Convention pour la sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne).

³¹ *Tyrer c. Royaume-Uni*, 26 (25 avril 1978), cité in Shelton (note 20), p. 630.

³² *Young, James & Webster c. Royaume-Uni*, 44 (13 août 1981), cité in Shelton (note 20), p. 631.

³³ L'article 36(2) de la Convention dispose que: « [d]ans l'intérêt d'une bonne administration de justice, le président de la Cour peut inviter toute Haute Partie contractante qui n'est pas partie à l'instance ou toute personne intéressée autre que le requérant à présenter des observations écrites ou à prendre part aux audiences » (italiques ajoutées).

³⁴ L'article 44(2)(a) du Règlement dispose qu': « [u]ne fois la requête portée à la connaissance de la Partie contractante défenderesse en vertu de l'article 51 § 1 ou de l'article 54 § 2 b) du présent règlement, le président de la chambre peut, dans l'intérêt d'une bonne administration de justice, comme le prévoit l'article 36 § 2 de la Convention, inviter ou autoriser toute Partie contractante non partie à la procédure, ou toute personne intéressée autre que le requérant, à soumettre des observations écrites ou, dans des circonstances exceptionnelles, à prendre part à l'audience » (italiques ajoutées).

³⁵ Voir, par exemple, *Goddi c. Italie*, 76 (9 avril 1984); *Malone c. Royaume-Uni*, 82 (2 août 1984); *Lingens c. Autriche*, 103 (8 juillet 1986); *Monnel & Morris c. Royaume-Uni*, 115 (2 mars 1987); *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 145B (29 novembre 1988); *Soering c. Royaume-Uni*, 161 (7 juillet 1989); *Open Door & Dublin Well Woman c. Irlande*, 246 (29 octobre 1992); *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 276 (24 novembre 1993); *Brannigan & McBride c. Royaume-Uni*, 258B (26 mai 1993), cités in Shelton (note 20), pp. 633–637.

³⁶ Dans l'affaire *Kosiek*, une organisation non-gouvernementale britannique, la *Prison Officers' Association*, avait demandé l'autorisation de présenter des observations écrites, conformément à l'article 37(2) du Règlement de la Cour. Par décision du 25 janvier 1985, le Président a rejeté la demande au motif de l'insuffisance de lien entre le fond de l'affaire et la soumission en cause, *Kosiek c. Allemagne*, 88 (28 août 1985).

³⁷ Mi-janvier 1991, cinq associations syndicales (les organisations provinciales de la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*, de la *Confederazione Italiana Sindacati Lavoratori* et de l'*Unione Italiana Lavoratori* ainsi que l'*Associazione sindacale aziende petrolifere* et le *Consorzio industriale zona Ariccia, castelli Romani e aree limitrofe*) avaient sollicité, conformément à l'article 37 par. 2 du Règlement de la Cour, l'autorisation de présenter des observations écrites. Le 22 janvier, le président rejeta la demande du fait que l'existence de précédents clairs rendait cette participation superflue, *Caleffi c. Italie*, 206B-C (24 mai 1991).

ou encore lorsque les présentations des parties et/ou d'autres tiers ont déjà fourni suffisamment d'éléments substantiels.³⁸

D'un point de vue conceptuel, la Cour semble envisager les *amici curiae* comme des assistants contribuant au bon déroulement de la procédure plutôt que comme les défenseurs d'une cause complétant les arguments des parties.

b) *La Cour interaméricaine de droits de l'homme*

La Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIDH)³⁹ a été particulièrement réceptive à l'égard des *amici curiae*,⁴⁰ ceci même en l'absence de fondement juridique autorisant expressément leur admission. En effet, aucune disposition de la Convention américaine ou du Règlement de la Cour ne prévoit la participation de tiers en tant qu'*amici curiae*. En pratique, les observations faites par un *amicus curiae* sont acceptées, mais ne sont pas formellement intégrées au dossier.⁴¹

Plusieurs raisons peuvent être avancées pour expliquer l'ouverture de la CIDH à la participation des *amici curiae*. En particulier, l'intervention d'*amici curiae* permettrait de combler le vide laissé par l'absence de légitimité procédurale des individus et organisations non-gouvernementales à intervenir devant la CIDH.⁴²

³⁸ Mi-novembre 1986, la Fédération des syndicats d'avocats et avoués italiens, l'Association italienne des jeunes avocats et l'Ordre des avocats et avoués de Rome ont sollicité l'autorisation de formuler des observations écrites (article 37 § 2 du règlement). Par décision du 29 novembre 1986, le président ne l'a octroyée qu'à la troisième organisation, dont le mémoire est parvenu au greffe le 30 décembre 1986. *Capuano c. Italie*, 119 (25 juin 1987).

³⁹ Etablie par la Convention Américaine de Droits de l'Homme signée à San José de Costa Rica le 22 novembre 1969 (Convention américaine).

⁴⁰ En particulier, dans le cadre de la compétence consultative de la Cour. Voir, par exemple: "*Other Treaties*" *Subject to the Advisory Jurisdiction of the Court*, Corte IDH (ser. A no. 1) (1982); *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica*, Corte IDH (ser. A no. 4) (1984); *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism*, Corte IDH (ser. A no. 5) (1985); *International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention*, Corte IDH (ser. A no. 14) (1994). Pour quelques cas récents dans le domaine contentieux voir: *Yatama c. Nicaragua*, Corte IDH (ser. C no. 127) (2005); *Raxcacó-Reyes c. Guatemala*, Corte IDH (ser. C no. 133) (2005); *Case of the Mapiripán Massacre v. Colombia*, Corte IDH (ser. C no.134) (2005).

⁴¹ Voir *Benavides-Cevallos c. Ecuador*, Corte IDH (ser. C no. 38) (1998), paragraphe 24 note 2. Thomas Buergenthal, alors vice-président de la CIDH, avait affirmé que l'article 34(1) du Règlement de la Cour (qui correspond à l'actuel article 42(2)) servait de fondement à l'admission d'observations écrites présentées par des *amici curiae*. Voir Buergenthal, T., "The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, 79/1, janvier 1985, pp. 15–17. La thèse de Buergenthal couvre aussi bien la juridiction contentieuse de la Cour que ses fonctions consultatives.

⁴² Voir Buergenthal, *id.*, p. 16. Buergenthal souligne le fait que les ONG utilisent la voie de l'*amicus curiae*, car elle est la seule voie offerte à leur intervention. En revanche, il ne développe pas les motivations précises de la Cour.

Au regard de cette pratique, et de l'absence de formalisation par la Cour de cette institution, il semble difficile de cerner la conception précise que la Cour se fait des *amici curiae*.

c) *Le Tribunal des différends irano-américains*

Les règles procédurales du Tribunal des différends irano-américains s'inspirent largement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976). Les Règles de procédure incluent en outre des commentaires du Règlement CNUDCI. L'article 15 de ce Règlement est suivi du commentaire suivant :

[l]e tribunal arbitral, reconnaissant que la contribution d'un des deux Gouvernements — où, dans des circonstances spécifiques, de n'importe quelle autre personne — qui n'est pas partie à l'arbitrage est susceptible d'aider le tribunal dans sa tâche, peut autoriser un tel Gouvernement ou une telle personne à assister le Tribunal en présentant des contributions orales ou écrites.⁴³

Le principe de l'acceptation de contributions en provenance d'*amici curiae* est donc admis, mais est soumis à l'examen de « circonstances spécifiques ».

Ces circonstances spécifiques n'ont jusqu'ici pas été précisées, même si le Tribunal a eu au moins une fois l'occasion d'accepter un mémoire en provenance d'acteurs non-gouvernementaux, en l'occurrence de banques.⁴⁴ Comme l'a souligné le tribunal dans l'affaire *Methanex*,⁴⁵ cette décision montre que l'admission d'*amici curiae* n'est pas nécessairement contraire à la philosophie de l'arbitrage entre Etats et investisseurs.

d) *L'Organe de Règlement des Différends de l'OMC*

La jurisprudence de l'Organe d'appel de l'OMC a joué un rôle significatif dans l'admission de contributions écrites de la part d'*amici curiae*. En particulier,

⁴³ Règles de procédure du Tribunal, commentaires sous l'article 15, note 5 [la traduction est la nôtre].

⁴⁴ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America* (Affaire No. A15), Sentence No ITL 63-A15-FT, 20 août 1986, 2 Iran-U.S. C.T.R. 40, p.43: « certaines banques américaines ayant un intérêt au litige ont soumis un Mémoire qui a été accepté en conformité avec l'Article 15, Note 5, des Règles du Tribunal. »

⁴⁵ *Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as « Amici Curiae », in In the Matter of an Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation (Claimant) v. United States of America (Respondent)*, par.34.

trois décisions ont explicitement créé la possibilité pour des *amici curiae* de présenter leurs écrits au niveau des Groupes spéciaux.

La première de ces décisions est le rapport de l'Organe d'appel dans l'affaire « Etats-Unis - Crevettes »⁴⁶ et son interprétation de l'article 13 du Mémoire d'accord. Selon cette interprétation :

il n'y a pas lieu d'assimiler le pouvoir de *demandeur* des renseignements à une *interdiction* d'accepter des renseignements qui ont été présentés à un groupe spécial sans avoir été demandés. Un groupe spécial a le pouvoir discrétionnaire soit d'accepter et de prendre en compte soit de rejeter les renseignements ou avis qui lui ont été communiqués, *qu'il les ait ou non demandés*. Le fait qu'un groupe spécial peut *motu proprio* avoir été à l'origine de la demande de renseignements n'oblige pas, en soi, le groupe spécial à accepter et à prendre en compte les renseignements qui sont effectivement présentés.⁴⁷

Ainsi, l'Organe d'appel accepte l'apport des *amici curiae* au niveau des groupes spéciaux. Cependant, le fait que l'introduction d'*amici curiae* ait été refusée en amont de l'Organe d'appel, ajouté à la faiblesse du fondement en droit de la décision de ce dernier,⁴⁸ appelait une étape supplémentaire.

La seconde des décisions clarifie ce dernier point, en se référant à l'article 17.9 du Mémoire d'accord, ainsi qu'à l'article 16(1) des Procédures de travail pour l'examen en appel. Conformément à ces textes, l'Organe d'appel conclut qu'il est « habilité en droit, en vertu du Mémoire d'accord, à accepter et à examiner des mémoires d'*amicus curiae* s'[il] juge qu'il est pertinent et utile de le faire dans le cadre d'une procédure d'appel ».⁴⁹

La troisième des décisions a été rendue dans l'affaire « Communautés européennes – Amiante ». Par cette décision, après avoir admis les contributions d'*amici curiae* et fondé cette admission en droit, l'Organe d'appel définit les critères d'admission de fond et de forme de ces contributions.⁵⁰ Ces critères consistent notamment en l'exigence de mention de tout « lien, direct ou

⁴⁶ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*, WT/DS58/AB/R, 12 octobre 1998.

⁴⁷ *Id.*, par. 108 de la décision [les italiques sont d'origine].

⁴⁸ Voir Stern (note 3), p.334.

⁴⁹ Rapport de l'Organe d'appel, *Etats-Unis – Imposition de droits compensateurs sur certains produits en acier au carbone, plomb et bismuth laminés à chaud originaires du Royaume-Uni*, 10 mai 2000, WT/DS138/AB/R, par.42.

⁵⁰ Voir le rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, WT/DS135/AB/R, 12 mars 2001.

indirect, avec toute partie ou tierce partie au présent différend », ⁵¹ ou encore toute « assistance financière ». ⁵² Les critères de représentativité et d'indépendance financière témoignent d'une volonté de créer une procédure mieux acceptée, car ouverte à des *amici curiae* légitimes.

D – *Instances arbitrales*

a) *Jurisprudence arbitrale dans le cadre de l'ALENA*

Les développements initiés outre-atlantique en vertu du chapitre 11 de l'ALENA ont une importance certaine, puisqu'ils ont agi comme une forme de détonateur dans un contexte d'interrogation quant au déficit de transparence de l'arbitrage international. En particulier, deux affaires ont ouvert la voie à l'admission d'*amici curiae*, confirmées par une troisième, avec pour toile de fond un vaste mouvement législatif et conventionnel allant dans ce même sens. Nous étudierons donc successivement l'arbitrage *Methanex*, ⁵³ l'arbitrage *UPS*, ⁵⁴ puis l'arbitrage *Glamis Gold*, ⁵⁵ avant de procéder à une étude de ce mouvement législatif et conventionnel (voir *infra* III.).

Methanex – En ce qui concerne cette première affaire, la société canadienne *Methanex* réclamait des dommages pour le préjudice subi en raison d'une régulation environnementale des autorités californiennes interdisant l'usage d'un additif à l'essence (MTBE : methyl tertiary-butyl ether), produit par *Methanex*. Dans ce contexte, trois organisations non-gouvernementales demandaient au tribunal arbitral l'accès aux documents présentés par les parties, l'accès aux audiences et la faculté de faire des présentations orales et écrites en tant qu'*amici curiae*. Les différentes demandes étaient effectuées à l'appui de plusieurs arguments.

En droit, les ONG soutenaient que le tribunal arbitral disposait de larges pouvoirs procéduraux en vertu de l'article 15(1) du Règlement

⁵¹ *Id.* par. 52 (3) g.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Voir « *Methanex v. USA* » (note 45).

⁵⁴ Voir *Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amici Curiae, in Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement between United Parcel Service of America Inc. and Government of Canada*, 17 octobre 2001.

⁵⁵ Voir *Decision on Application and Submission by Quechuan Indian Nation, in Glamis Gold Ltd. (Claimant) v. The United States of America (Respondent), An Arbitration Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), and administered by the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, 16 septembre 2005.

CNUDCI,⁵⁶ lui permettant d'exercer un pouvoir discrétionnaire et d'admettre à ce titre les contributions d'*amici curiae*. Les ONG avançaient qu'aucune règle du Chapitre 11 de l'ALENA n'allait à l'encontre d'une telle interprétation.⁵⁷ De manière plus factuelle, les ONG défendaient en outre la nature publique de l'affaire et l'importance d'une ouverture du processus arbitral aux *amici curiae* en raison de son impact potentiel sur la société civile.⁵⁸

Aux termes d'une analyse circonspecte, après avoir sollicité l'avis des différentes parties au litige et à l'ALENA, le tribunal est parvenu à des conclusions au moins partiellement conformes à l'argumentation des ONG. En premier lieu, le tribunal a jugé que l'article 15(1) du Règlement CNUDCI donnait au tribunal le pouvoir d'admettre la soumission de documents de la part d'*amici curiae*. L'analyse sur ce point a été menée en deux temps. Dans un premier temps, le tribunal a considéré que pareille soumission relevait du domaine procédural et qu'elle était donc régie par l'article 15 du Règlement CNUDCI. Dans un second temps, le tribunal a opéré une distinction entre l'admission d'une partie supplémentaire au litige et l'acceptation de contributions de la part d'*amici curiae*. Le tribunal a jugé explicitement que la « réception d'écrits de la part d'une personne autre que les parties au litige n'est pas équivalente à l'addition de cette personne en tant que partie à l'arbitrage ». ⁵⁹ Dans la mesure où il ne serait autorisé qu'à soumettre des observations écrites, l'*amicus curiae* ne disposerait que d'un droit d'ordre procédural (régi par l'article 15), qui ne pourrait en tout état de cause égaler celui d'une partie.

En deuxième lieu, le tribunal a décidé que l'admission d'observations de la part d'*amici curiae* n'allait pas à l'encontre de l'exigence de traitement égalitaire des parties. Au contraire, le tribunal a soutenu que ce risque était inhérent à tout système accusatoire,⁶⁰ et qu'un tel risque pouvait être atténué en sélectionnant les contributions d'*amici curiae*.⁶¹ Par ailleurs, le tribunal a appuyé sa décision sur une analyse des différentes dispositions du Chapitre 11, Section B de l'ALENA, afin d'en vérifier la compatibilité.⁶²

⁵⁶ Article 15(1) du Règlement arbitral CNUDCI : « Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. »

⁵⁷ En effet, l'Article 1126(1) de l'ALENA dispose qu' : « [u]n tribunal établi en vertu du présent article sera constitué aux termes des Règles d'arbitrage de la CNUDCI, et mènera ses procédures conformément auxdites Règles, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par la présente section. »

⁵⁸ « *Methanex v. USA* » (note 45), par.5–8.

⁵⁹ *Id.*, par.29.

⁶⁰ *Id.*, par.35.

⁶¹ *Id.*, par.37.

⁶² *Id.*, par.38–9.

En troisième lieu, le tribunal a jugé que l'article 25(4) du Règlement CNUDCI⁶³ ne s'appliquait pas à la soumission de documentation écrite par des *amici curiae*. Selon le tribunal, cet article limite simplement la possibilité pour les *amici curiae* d'assister aux audiences, d'avoir accès aux plaidoiries et aux documents soumis par les parties, et de présenter oralement leurs arguments.

Enfin, le tribunal a fait écho à l'argument d'opportunité invoqué par les ONG, en reconnaissant que l'arbitrage mettait en jeu un « intérêt public ».⁶⁴ Le tribunal a lié l'existence de cet intérêt public à la nature substantielle de l'arbitrage et non au statut « public » d'une des deux parties : « [l]'intérêt public dans cet arbitrage découle de son contenu substantiel ». ⁶⁵ En d'autres termes, l'argument factuel quant à la nature propre de l'arbitrage d'investissement n'a pas été admis en tant que tel, mais uniquement en relation avec le cas d'espèce, cette nature dite « publique » devant donc être élucidée au cas par cas.

UPS – A l'origine de cet arbitrage, l'entreprise postale américaine *UPS* réclamait des dommages à l'Etat canadien pour le préjudice subi en raison de certains aspects du monopole dont elle bénéficiait. Dans ce contexte, deux syndicats canadiens adressèrent au tribunal arbitral une demande de participation en tant qu'*amici curiae*. La demande des syndicats était plus ambitieuse que celle des ONG dans l'affaire *Methanex*, puisque ces syndicats exigeaient non seulement de présenter des observations écrites, mais également de participer à l'audience en tant que parties au différend, à tout le moins d'avoir accès aux documents et plaidoiries.

Le tribunal a toutefois rejeté la première et la dernière de ces revendications et a autorisé les syndicats à soumettre leurs contributions écrites. Selon le tribunal, l'*amicus curiae* « ne participe pas pour défendre ses droits ». ⁶⁶ Son statut découle directement de l'autorisation accordée par le tribunal et est limité à une contribution écrite. Le tribunal a également précisé que « les droits des parties ne sont pas altérés (...) et la nature juridique de l'arbitrage reste inchangée » ⁶⁷ par l'admission des contributions écrites d'*amici curiae*.

La décision du tribunal se fonde sur une interprétation de l'article 15(1) du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI semblable à celle proposée par le tribunal *Methanex*. Cette décision est une bonne illustration du problème

⁶³ Article 25(4) du Règlement CNUDCI: « L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés. »

⁶⁴ « *Methanex v. USA* » (note 45), par.49.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Id.*, par. 61 [« It is not participating to vindicate its rights »].

⁶⁷ *Ibid.*

posé aux arbitres par les *amici curiae*. L'arbitrage d'investissement ne peut en effet admettre l'intervention d'*amicus curiae* sans en circonscrire le champ au mandat accordé par les arbitres, dont les pouvoirs découlent du consentement des parties. Pour autant, l'arbitrage d'investissement ne peut pas se dispenser de l'avis d'acteurs extérieurs au litige, et susceptibles d'être affectés par sa résolution. Le tribunal en tire les conséquences en admettant des contributions limitées de la part d'*amici curiae*.

Le sens des décisions *Methanex* et *UPS* trouve un soutien supplémentaire dans l'analyse de la Commission du libre échange de l'ALENA.⁶⁸ Cette Commission considère qu'« aucune provision de l'Accord pour le Libre Echange Nord Américain ne limite la capacité d'un Tribunal à accepter des contributions écrites de la part d'une personne ou d'une entité qui n'est pas partie au différend ».⁶⁹ En outre, la Commission a établi une liste de conditions visant à encadrer les demandes d'*amici curiae*. Entre autres, selon la Commission, de telles demandes ne doivent pas dépasser cinq pages et doivent offrir des détails relatifs à l'*amicus curiae*, notamment sa relation avec les parties, la source de ses financements et la nature de son intérêt à l'arbitrage.⁷⁰ Au stade de l'examen d'une telle demande, les tribunaux doivent prendre en compte le caractère substantiellement public de l'arbitrage, l'intérêt significatif de l'*amicus curiae* quant au litige en cause, et la perspective originale apportée par l'*amicus curiae*.⁷¹

Glamis Gold – L'arbitrage *Glamis Gold* a été initié par une entreprise minière canadienne à l'encontre des Etats-Unis après l'expropriation présumée des investissements de cette entreprise par l'Etat de Californie, suite à une régulation gouvernementale portant sur les mines à ciel ouvert. Pour la première fois, à cette occasion, les critères d'admissibilité dégagés par la Commission du libre-échange ont été appliqués par un tribunal arbitral.

La demande initiale d'intervention en tant qu'*amicus curiae* émanait d'une tribu indienne, la *Quechan Nation*, dont les lieux sacrés se trouvaient sur l'emplacement de l'une des mines de l'entreprise canadienne. Cette demande était soutenue par la partie étatique (les Etats-Unis), qui considérait que celle-ci remplissait les différents critères d'admissibilité dégagés par la Commission du libre échange.⁷²

⁶⁸ Le statut de la Commission du libre échange est détaillé à l'article 2001 de l'ALENA. Cette Commission est notamment en charge de « régler les différends qui pourront survenir relativement à l'interprétation ou à l'application » de l'ALENA. Les décisions de la Commission sont contraignantes.

⁶⁹ *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation* (Octobre 2003) [la traduction est la nôtre].

⁷⁰ *Id.* Article B.2.

⁷¹ *Id.* Article B.6.

⁷² Voir *United States Submission Regarding Quechan Indian Nation Application*, 15 septembre 2005.

Le tribunal a conclu à la nécessité de déterminer cette admissibilité en fonction des principes posés par la Commission du libre échange, sans avoir à recourir (contrairement aux tribunaux *Methanex* et *UPS*) au pouvoir procédural conféré par l'article 15(1) du Règlement CNUDCI.⁷³ Au stade de la détermination même de cette admissibilité, le tribunal a prêté une attention particulière à la nécessité pour les soumissions d'*amici curiae* de ne pas créer de charges ou de délais disproportionnés pour les parties.⁷⁴ La méthode de détermination de l'admissibilité d'*amici curiae* étant acquise, différentes demandes d'*amici curiae* ont succédé à celle de la *Quechan Nation*.

b) *Jurisprudence arbitrale dans le cadre du CIRDI*

Dans le cadre du CIRDI, des développements significatifs ont été récemment observés concernant l'admission d'*amici curiae*. Les ordonnances du 19 mai 2005 et du 17 mars 2006,⁷⁵ dans le cadre des arbitrages *Aguas Argentinas v. Argentine Republic*⁷⁶ et *Aguas Provinciales v. Argentine Republic*⁷⁷ sont les premières décisions de tribunaux CIRDI admettant une telle possibilité. Plus récemment, deux autres ordonnances se sont prononcées dans le même sens, l'ordonnance du 2 février 2007 dans l'affaire *Biwater Gauff v. Tanzania*⁷⁸ et celle du 12 février 2007 dans l'affaire *Aguas Argentinas*.

Les trois instances concernaient des concessions de traitement d'eau accordées à des investisseurs étrangers par l'Argentine et par la Tanzanie. En raison des retombées environnementales de telles concessions, le règlement du litige avait un impact dépassant largement les intérêts des parties. Dans ce contexte, plusieurs organisations non-gouvernementales ont adressé aux tribunaux des demandes visant à obtenir l'accès aux audiences, la faculté de présenter des observations écrites et l'accès sans restriction aux arguments écrits des parties. Nous reviendrons en détail sur chacune de ces demandes dans la quatrième section de la présente étude et nous limiterons ici à présenter les grandes lignes qui se dégagent de ces quatre décisions.

Les trois demandes ont reçu un traitement différent. En ce qui concerne la présentation d'observations écrites, le tribunal *Aguas Argentinas* s'est tourné vers l'article 44 de la Convention CIRDI. Se référant à l'acceptation restrictive

⁷³ Voir « *Glamis Gold v. USA* » (note 55), par.9.

⁷⁴ *Id.*, par.12.

⁷⁵ La composition des tribunaux est la même dans les deux affaires, ce qui améliore la cohérence des réponses (Président : Jeswald W. Salacuse, Arbitres : Gabrielle Kaufmann-Kohler, Pedro Nikken).

⁷⁶ Voir « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8).

⁷⁷ Voir « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8).

⁷⁸ Voir « *Biwater Gauff v. Tanzania* » (note 8).

faite de la notion d'*amicus curiae* dans « d'autres fors et systèmes », ⁷⁹ ainsi qu'à la décision du tribunal *Methanex*, le tribunal a estimé que l'admission d'*amici curiae* relevait de la matière procédurale au sens de l'article 44 de la Convention, et que plus particulièrement, il était habilité à exercer un pouvoir de type discrétionnaire à cet égard. Le Règlement CIRDI ayant été amendé entre-temps, le tribunal *Biwater Gauff* s'est pour sa part fondé sur l'article 37(2) du nouveau Règlement. ⁸⁰ Il faut en outre noter que dans l'affaire *Aguas del Tunari v. Bolivia* (dont le traitement de l'admission d'*amici curiae* a été plus discret, faisant l'objet d'une simple lettre de la part du président), le tribunal a décidé qu'en l'absence de consentement exprès de la part des parties, la Convention de Washington, ainsi que le TBI en cause, ne lui donnaient pas le pouvoir d'admettre l'intervention d'*amici curiae*. ⁸¹

La participation d'*amici curiae* aux audiences a fait l'objet d'un consensus négatif, les quatre ordonnances écartant une telle possibilité. ⁸² Les tribunaux ont justifié leur refus par l'article 32(2) du Règlement CIRDI, qui soumet la participation de tierces personnes aux audiences au consentement des parties. Or, en l'espèce, les demandeurs s'y étaient expressément opposés.

Les ordonnances du 2 février 2007 (*Biwater Gauff*) et du 12 février 2007 (*Aguas Argentinas*) ont refusé l'accès des *amici curiae* aux soumissions écrites des parties. ⁸³ Cependant, dans les deux cas, ce refus s'expliquait par les circonstances de l'espèce, notamment par le degré d'information des requérants. Le tribunal *Biwater Gauff* s'est ainsi réservé la possibilité de revenir sur cet accès après

⁷⁹ *Id.*, par. 13.

⁸⁰ La nouvelle teneur de l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage (depuis le 10 avril 2006) est la suivante : « Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.»

⁸¹ Voir « *Aguas del Tunari v. Bolivia* » (note 8).

⁸² « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8), par. 5–8; « *Biwater Gauff v. Tanzania* » (note 8), par. 69–72; « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par. 4.

⁸³ « *Biwater Gauff v. Tanzania* » (note 8), par. 65; « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par. 24.

l'audience d'avril 2007.⁸⁴ Ces ordonnances ont donc eu un impact considérable, qui s'est accompagné d'un effort de codification de l'intervention d'*amici curiae*.

III. – LE MOUVEMENT RECENT DE CODIFICATION DE L'ADMISSION D'*AMICI CURIAE*

A – *Le contexte de la codification*

Afin de mieux comprendre l'impact et la portée de ces décisions, il convient de revenir sur le contexte ayant accompagné l'émergence des problématiques relatives à l'admission d'*amici curiae*.

Pour revenir plus spécifiquement sur ces admissions dans le cadre du Chapitre 11 de l'ALENA, l'émergence d'un processus arbitral permettant à l'investisseur d'attirer un Etat devant un tribunal arbitral a été perçue comme un immense progrès, au moins dans un premier temps. En particulier, la définition particulièrement large de la notion d'expropriation⁸⁵ semblait assurer une protection élevée aux investisseurs dans l'espace ALENA. Cette définition incluait en particulier les « mesure[s] équivalant à l'expropriation ou à la nationalisation », ce qui a été interprété comme pouvant s'étendre, par exemple, à la décision d'un tribunal étatique (comme dans l'affaire *Loewen*).

Dans un second temps, néanmoins, de nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer la possibilité pour des acteurs privés comme les arbitres d'évaluer le bien-fondé de politiques publiques, ou encore, de fournir une forme d'appel aux décisions de juridictions nationales. Comme l'ont souligné Guillermo Aguilar Alvarez et William W. Park, « les louanges en faveur de la neutralité de l'arbitrage ont commencé à être concurrencées par les critiques à l'encontre de

⁸⁴ « *Biwater Gauff v. Tanzania* » (note 8), par. 66 : « However, this is an issue that may be revisited after the conclusion of the April hearing. As set out in Procedural Order No 3, there were specific reasons of procedural integrity (not necessarily confidentiality) that led the Arbitral Tribunal to impose certain limitations on disclosure. These reasons remain for the time being, and the safeguards now in place would be effectively swept away if access was now given to all categories of documents. Once the April hearing has been concluded, however, the concerns with respect to procedural integrity may be altered, and if so, there may then be less impediment to the disclosure of documents to non-disputing parties » (souligné dans l'original). Dans son Ordonnance No 6, du 25 avril 2007 (suite à l'audience d'avril), le tribunal arbitral a pris acte du fait que les parties : « ... will address the issues raised by the Amici in their final oral submissions ... [and] ... that no further intervention of the Amici in these proceedings is necessary ». Dans sa sentence du 18 juillet 2008, le tribunal a jugé utiles les observations des *amici* (par. 392) mais n'y a consacré que peu d'attention dans son analyse sur le fond, voir *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22 (sentence du 18 juillet 2008).

⁸⁵ Voir Article 1110(1) de l'ALENA : « Aucune des Parties ne pourra, directement ou indirectement, nationaliser ou exproprier un investissement effectué sur son territoire par un investisseur d'une autre Partie, ni prendre une mesure équivalant à la nationalisation ou à l'expropriation d'un tel investissement («expropriation») ».

la menace portée à la souveraineté nationale et à la démocratie ». ⁸⁶ Ces critiques, massivement relayées par les médias aux Etats-Unis, ⁸⁷ ont commencé à pleuvoir à l'encontre d'un processus supposé souffrir d'un déficit de transparence, voire anti-démocratique. ⁸⁸

En réponse à ces critiques, plusieurs propositions ont été formulées visant à restreindre l'usage de l'arbitrage (au risque de créer l'image d'un double standard à l'égard des pays en voie de développement⁸⁹) ou alternativement, à accroître la transparence des procédures arbitrales d'investissement afin d'en légitimer l'usage.⁹⁰ En autorisant l'intervention d'*amici curiae*, les tribunaux arbitraux ont semblé emprunter la deuxième voie, dans le cadre d'un mouvement juridique plus large d'acceptation et de codification de cette intervention. Ce mouvement s'est concrétisé de deux manières. Il s'est traduit en matière de *soft law* (III.B), par l'élaboration de Principes ALI/ Unidroit de procédure civile transnationale, par l'activité de l'Organisation pour la Coopération et le Développement Economique (OCDE), ainsi que par le projet de réforme du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. En ce qui concerne les instruments internationaux (III.C), ce mouvement s'est développé aussi bien du point de vue bilatéral que du point de vue multilatéral.

B – La codification au moyen d'instruments relevant de la *soft law*

a) Les Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale (2004)

Les Principes de l'*American Law Institute* et d'Unidroit ont été adoptés par les deux institutions en 2004, après plusieurs années de discussions entre experts de cultures juridiques diverses, ayant pour résultat un compromis entre systèmes de *common law* et systèmes de droit romano-germanique. Ces Principes, qui visent une certaine universalité (ils sont destinés au « règlement des litiges transnationaux en matière commerciale [pouvant...] constituer le fondement de futures réformes des règles nationales de procédure »⁹¹) ont accordé une place importante à l'*amicus curiae*, y consacrant un chapitre distinct :

⁸⁶ Alvarez, G.A., Park, W.W., "The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11", 28 *The Yale Journal of International Law* 365 (2003), p.370.

⁸⁷ Voir par exemple l'éditorial du *New York Times* intitulé « The Secret Trade Courts », 27 septembre 2004.

⁸⁸ Pour un état des lieux de ces critiques, voir Alvarez, Park, (note 86), pp.383–6.

⁸⁹ Sur ce "double standard", voir *id.*, pp.368–71.

⁹⁰ Cette alternative n'est pourtant pas idéale, voir Kantor, M., « Criticism of ICSID Reform Proposals by South Centre », *Transnational Dispute Management*, vol.2, issue #03, Juin 2005.

⁹¹ Voir *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2006.

Le tribunal, après consultation des parties, peut accepter de recevoir de tierces personnes des avis écrits relatifs à des questions juridiques importantes du procès et des informations sur le contexte général du litige. Le tribunal peut également solliciter un tel avis. Avant que le tribunal prenne en compte l'avis de l'*amicus curiae*, les parties doivent avoir la possibilité de soumettre au tribunal leurs observations écrites sur le contenu de cet avis.

Grâce à ces Principes, l'*amicus curiae* peut désormais, nonobstant ses origines anglo-saxonnes, prétendre à une certaine universalité.

b) *L'activité de l'OCDE*

L'étude de l'OCDE de 2005, « Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures »⁹² a décrit l'état de la jurisprudence relative à l'admission d'*amici curiae* dans les procédures arbitrales, ainsi qu'à l'ouverture de ces procédures au public. Le constat de l'OCDE était le suivant :

[L]e système de résolution des conflits liés aux investissements a emprunté ses caractéristiques principales au système de l'arbitrage commercial. Cependant, les différends entre Etats et investisseurs soulèvent souvent des questions de politique publique qui sont généralement absentes de l'arbitrage commercial international. En conséquence, la manière traditionnelle dont des mesures étatiques sont évaluées au regard du droit international au sein d'instances privées, *i.e.* des procédures confidentielles *in camera* a été progressivement observée et critiquée.⁹³

A la suite de cette étude, l'OCDE a publié en juin 2005 une Déclaration appelant à une transparence accrue dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et Etats.⁹⁴ Cette déclaration est dénuée de valeur contraignante, mais constitue néanmoins une prise de position internationale quant à la nécessité d'ouvrir aux « tiers » les instances arbitrales mettant en cause des intérêts publics. En effet, la Déclaration se prononçait en faveur de l'admission d'*amici curiae* au cours d'instances arbitrales d'investissement. Cette déclaration marque d'ailleurs une évolution significative par rapport au texte de négociation

⁹² Yannaca-Small, C., *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures*, Working Papers on International Investment, No 2005/1, Organisation pour la Coopération et le Développement Economique, Avril 2005.

⁹³ *Id.*, p.2.

⁹⁴ *Transparence et participation de tierces parties aux procédures de règlement des différends entre investisseurs et Etats*, Déclaration du Comité de l'Investissement de l'OCDE, Juin 2005.

de l'AMI dans sa version du 14 février 1998. En effet, ce texte ne faisait aucune mention de la possibilité pour des entités non-étatiques de participer à des instances arbitrales d'investissement. Le texte de négociation réservait seulement, de manière classique, le droit pour toute partie au traité « de soumettre son point de vue au tribunal arbitral sur les questions de nature juridique faisant l'objet d'un différend »⁹⁵ dans le cas des procédures entre Etats, ainsi qu'au droit du tribunal de « ménager à toute partie contractante qui le demande la possibilité de donner son avis par écrit sur les points de droit qui font l'objet du différend, à condition que la procédure ne s'en trouve pas indûment retardée »,⁹⁶ dans le cadre des procédures « mixtes ».

c) *Le projet de réforme du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*

La réforme du Règlement de la CNUDCI a été initiée en juillet 2006. En septembre 2006 et en février 2007, le Groupe de Travail II (Arbitrage) de la CNUDCI s'est réuni à Vienne et à New York afin d'entamer ce mouvement de réforme, dont un des aspects initiaux était la possible intervention de tierces parties au cours d'instances arbitrales régies par le Règlement de la CNUDCI, particulièrement « dans le contexte des arbitrages concernant des traités relatifs aux investissements ».⁹⁷ La note initiale du Secrétariat soulignait que l'interprétation large de l'article 15(1) par les tribunaux arbitraux (par exemple, en référence à l'affaire *Méthanex*, ou à l'expérience propre au Tribunal des différends irano-américain) suffisait à autoriser l'intervention d'*amici curiae*. La note mentionnait néanmoins la possibilité d'intégrer une « disposition expresse concernant l'intervention de tierces parties ».⁹⁸

Cette possibilité a été plus clairement évoquée dans le rapport de MM. Paulsson et Petrochilos, qui prônait l'amendement de ce dernier article (ajout d'un alinéa) :

Sauf en cas de désaccord des parties, le Tribunal Arbitral peut, après consultation avec les parties, et spécialement dans des cas posant des questions d'intérêt public, autoriser toute personne qui n'est pas partie à l'instance à déposer une ou plusieurs soumissions écrites, si le Tribunal estime que de telles soumissions sont susceptibles de l'assister dans la détermination d'une question de fait ou de droit relative à l'instance, en

⁹⁵ Texte de négociation de l'AMI, 14 février 1998, V.C.4.

⁹⁶ *Id.*, V.D.12.

⁹⁷ CNUDCI, « Règlement des litiges commerciaux : révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI », 20 juillet 2006, A/CN.9/WG.II/WP.143, p.17.

⁹⁸ *Id.*, p.18.

y apportant une perspective, connaissance particulière ou éclairage que les parties sont dans l'incapacité de présenter. Le Tribunal Arbitral doit déterminer le mode et le nombre de telles soumissions après consultation avec les parties.⁹⁹

Contrairement à la suggestion faite dans la note du Secrétariat, cette proposition ne semble pas se limiter à l'arbitrage d'investissement mais s'étend à l'ensemble des arbitrages mettant en jeu des « questions d'intérêt public ».

La session du Groupe de Travail à Vienne a fait écho à ce dernier rapport, dans un sens néanmoins restrictif. A l'issue de cette session, en effet, il a été admis qu'« il [ne serait] peut être pas nécessaire de prévoir dans une version révisée du Règlement une disposition expresse à cet effet »,¹⁰⁰ mais simplement de se référer à l'article 15(1) afin d'admettre l'introduction d'*amici curiae*.

En conséquence, aucune mention du précédent rapport n'est faite dans la note du Secrétariat en préparation à la réunion du Groupe de Travail à New York de février 2007.¹⁰¹

Il faut tout de même souligner que l'appréciation faite de l'article 15(1) par le Groupe de Travail semble donner une justification *a posteriori* de la jurisprudence, et qu'il faut donc s'attendre à une poursuite de l'admission conditionnelle d'*amici curiae* dans ce cadre spécifique. En outre, l'inclusion de dispositions expresses au sein d'un nouveau Règlement de la CNUDCI n'est sans doute pas totalement exclue, si l'on considère les propositions récentes de la société civile allant dans ce sens, comme celle du *Center for International Environmental Law* et de l'Institut international du développement durable. Ces organisations non-gouvernementales suivent l'approche défendue par MM. Paulsson et Petrochilos, en soutenant notamment que « le processus de soumission d'*amicus* (...) doit être standardisé afin d'assurer son effectivité ». ¹⁰²

⁹⁹ Le texte initial est en anglais et la traduction est la nôtre. Voir Paulsson, J., Petrochilos, G., « Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules », 2006, p.72: "Unless the parties have agreed otherwise, the Arbitral Tribunal may, after having consulted with the parties, and especially in cases raising issues of public interest, allow any person who is not a party to the proceedings to present one or more written statements, provided that the Tribunal is satisfied that such statements are likely to assist it in the determination of a factual or legal issue related to the proceedings by bringing a perspective, particular knowledge or insight which the parties are unable to present. The Arbitral Tribunal shall determine the mode and number of such statements after consulting with the parties."

¹⁰⁰ CNUDCI, « Rapport du Groupe de Travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11–15 septembre 2006) », 5 octobre 2006, A/CN.9/614, p.18.

¹⁰¹ Voir CNUDCI, « Règlement des litiges commerciaux : révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI », 6 décembre 2006, A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1, pp.2–3.

¹⁰² CIEL & IISD, « Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitrations », février 2007, p.12. Disponible sur le lien Internet <http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf>.

Ces organisations proposent ainsi l'inclusion d'un alinéa 4 à l'article 15 qui, contrairement au rapport précité, se limiterait aux arbitrages impliquant une partie étatique :

(4) Au cours de différends impliquant un Etat en tant que partie, le tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (dans cette article, la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le tribunal doit considérer, entre autres choses, dans quelle mesure :

(a) la soumission de la partie non contestante assisterait le tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant une perspective, une connaissance particulière ou un éclairage qui est différent de ceux présentés par les parties au différend ; et

(b) la soumission de la partie non contestante porterait sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend.

Le Tribunal s'assure que les soumissions de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur les soumissions de la partie non contestante.¹⁰³

C – *Les instruments internationaux de protection des investissements*

a) *Sur le plan bilatéral : les nouveaux modèles de TBI des Etats-Unis et du Canada*

L'intégration au sein de traités bilatéraux ou multilatéraux de dispositions prévoyant l'admission d'*amici curiae* s'est développée en Amérique du Nord,

¹⁰³ *Id.*, pp.12–3. La version originale est en anglais : (4) : In disputes involving a State as a party the tribunal may allow a person or entity that is not a party to the dispute (in this Rule called the 'non disputing party') to file a written submission with the tribunal regarding a matter within the scope of the dispute. In determining whether to allow such a filing, the tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

(a) the non-disputing party submission would assist the tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties ; and

(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute.

The tribunal shall ensure that non-disputing party submissions do not disrupt the proceedings or unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity to present their observations on non-disputing party submissions. »

dans un contexte politique particulièrement favorable. Ce mouvement s'est notamment développé aux Etats-Unis, ainsi qu'au Canada.

Le Congrès des Etats-Unis a initié ce mouvement en 2002 en adoptant le *Trade Act of 2002*, législation qui donnait mandat au pouvoir exécutif pour négocier des accords de libre échange et d'investissement jusqu'en juillet 2007 (initialement jusqu'en juillet 2005). Parmi les objectifs de négociation de ces accords, cette législation mentionnait la nécessité:

[d]'assurer le standard le plus complet de transparence dans le mécanisme de résolution des différends, dans une mesure conciliable avec le besoin de protéger les informations classifiées ou relevant de secrets commerciaux, en ... établissant un mécanisme d'acceptation des soumissions d'*amicus curiae* de la part d'entreprises, syndicats et organisations non gouvernementales.¹⁰⁴

Ces dispositions législatives ont pour effet direct d'intégrer aux négociations d'instruments internationaux ayant trait aux investissements la possibilité d'admission d'écrits provenant d'*amici curiae*. Cette possibilité a été inscrite à l'article 28(3) du texte-modèle proposé par le Département d'Etat en 2004 pour la négociation de traités bilatéraux d'investissement (« Model BIT »): « [l]e tribunal a l'autorité d'accepter la soumission d'*amicus curiae* d'une personne ou entité qui n'est pas partie au litige. ».¹⁰⁵ De telles dispositions ont été intégrées au traité bilatéral d'investissement entre les Etats-Unis et l'Uruguay,¹⁰⁶ ainsi qu'aux accords de libre échange conclus entre les Etats-Unis et l'Amérique centrale —

¹⁰⁴ Trade Act of 2002, Art.2102 (b) (3) (H) (iii) [*“Recognizing that United States law on the whole provides a high level of protection for investment, consistent with or greater than the level required by international law, the principal negotiating objectives of the United States regarding foreign investment are to reduce or eliminate artificial or trade-distorting barriers to foreign investment, while ensuring that foreign investors in the United States are not accorded greater substantive rights with respect to investment protections than United States investors in the United States, and to secure for investors important rights comparable to those that would be available under United States legal principles and practice, by ... (H) ensuring the fullest measure of transparency in the dispute settlement mechanism, to the extent consistent with the need to protect information that is classified or business confidential, by... (iii) establishing a mechanism for acceptance of amicus curiae submissions from businesses, unions, and nongovernmental organizations.”*]

¹⁰⁵ “Model BIT of 2004”, U.S. Department of State, Art.28(3) [*“The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party.”*] Le texte de ce « Model BIT » est disponible sur le site internet du Département d'Etat des Etats-Unis, voir <http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf>. Sur ce texte modèle, voir de manière générale l'article de Kantor, M., « The New Draft Model U.S. BIT : Noteworthy Developments », *Journal of International Arbitration* 21(4) :383 396, 2004.

¹⁰⁶ Voir “Treaty Between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment”, Art.28(3).

République dominicaine,¹⁰⁷ le Chili,¹⁰⁸ la Colombie,¹⁰⁹ la Corée du Sud,¹¹⁰ le Maroc,¹¹¹ le Pérou¹¹² et Singapour.¹¹³

De manière semblable, le texte proposé par le gouvernement canadien en vue de la négociation d'accords relatifs aux investissements (« Accord modèle pour la promotion et la protection des investissements ») intègre de manière détaillée la possibilité pour des *amici curiae* de soumettre leurs écrits :

1. Toute partie non contestante qui est une personne d'une Partie, ou qui a une présence significative sur le territoire d'une Partie, et qui désire présenter une observation écrite au tribunal (la « demanderesse ») fait une demande en ce sens au tribunal, conformément à l'annexe C.39. La demanderesse joint l'observation à la demande.

(...)

4. Pour déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation de présenter une observation à une partie non contestante, le tribunal tient compte, entre autres, de la mesure dans laquelle :

- a) l'observation présentée par la partie non contestante est susceptible d'aider le tribunal à trancher une question de fait ou de droit que soulève l'arbitrage en apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particuliers qui diffèrent de ceux des parties contestantes;
- b) l'observation de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend;
- c) la partie non contestante a un intérêt substantiel dans l'arbitrage; et
- d) l'arbitrage soulève une question d'intérêt public.

5. Le tribunal veille à ce que :

- a) l'observation de la partie non contestante ne perturbe pas la procédure d'arbitrage; et
- b) cette observation n'impose pas un fardeau trop lourd ni ne cause un préjudice indu à l'une ou l'autre des parties contestantes.

(...)¹¹⁴

¹⁰⁷ Voir «Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (CAFTA-DR)», 2004, Art.10.20(3).

¹⁰⁸ Voir «US-Chile Free Trade Agreement», 2003, Art.10.19(3).

¹⁰⁹ Voir «Proposed US-Colombia Free Trade Agreement», 2006, Art.10.20(3).

¹¹⁰ Voir «US-South Korea Free Trade Agreement», 2007, Art.11.20(4).

¹¹¹ Voir «Final Text of the US-Morocco Free Trade Agreement», 2004, Art.10.19(3).

¹¹² Voir «Final Text of the US-Peru Trade Promotion Agreement», 2006, Art.10.20(3).

¹¹³ Voir «US-Singapore Free Trade Agreement», 2003, Art.15.19(3).

¹¹⁴ Accord entre le Canada et ----- pour la promotion et la protection des investissements, Ministère des Affaires Étrangères et du Commerce international du Canada, 2004. Le texte est disponible sur le site

L'annexe C.39 évoquée dans le texte ci-dessus détaille les conditions de demande de soumission d'*amicus curiae* de la part d'une partie non-contestante, spécifiquement en ce qui concerne la détermination de l'intérêt à agir et de l'indépendance de l'*amicus curiae*.

Les accords bilatéraux en négociation avec la Chine, l'Inde, le Pérou, Singapour et la Jordanie contiendront probablement des dispositions autorisant l'admission d'*amici curiae*, même si les actuelles négociations avec l'Inde semblent se heurter à une certaine résistance à l'encontre de telles dispositions, notamment en raison des résultats obtenues en la matière dans le cadre multilatéral du CIRDI.¹¹⁵

b) *Sur le plan multilatéral : la réforme des Règlements d'arbitrage du CIRDI*

La réforme récente des Règlements d'arbitrage du CIRDI (le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage, ainsi que le Règlement du mécanisme supplémentaire) entérine les évolutions initiées par les tribunaux CIRDI.

Cette réforme concerne les règlements en vigueur depuis le 10 avril 2006 et prend ses sources dans un processus de réflexion portant plus largement sur ces Règlements.¹¹⁶ Cette réflexion a été lancée avec la publication par le Secrétariat du CIRDI d'une étude intitulée « Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration ». ¹¹⁷ Le Secrétariat a fait notamment le constat que le « processus [arbitral] pourrait être renforcé par les soumissions de tierces-parties, non seulement d'organisations de la société civile, mais aussi par exemple de groupes d'affaires, ou dans les arbitrages d'investissement, d'autres Etats parties

Internet du Ministère canadien : <<http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/2004-FIPA-model-fr.pdf>>.

¹¹⁵ Voir Peterson, L.E., "Canada encountering static from negotiating partners over transparency demands", *Investment Treaty News*, March 16, 2007.

¹¹⁶ Sur la réforme des règlements du CIRDI, voir de manière générale Cohen Smutny, A., Serran, E., « The Amended ICSID Rules – In Brief », *Global Arbitration Review*, Août 2006, p.29 ; de Lotbinière McDougall, A., Santens, A., « ICSID Amends its Arbitration Rules », *International Arbitration Law Review*, 2006, #4, p.119 ; Kantor, M., « New Amendments to ICSID's Arbitration Rules », *Stockholm International Arbitration Review*, 2006:1, p.213 ; Legum, B., « La Réforme du CIRDI – Vers une Juridictionnalisation de l'Arbitrage Transnational? », in Hochani, F. (sous la dir. de), *Où va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre*, Paris, Pédone, 2006, p.283 ; Parra, A.R., « The 2006 Amendments of the ICSID Arbitration Rules », *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*, Septembre/Octobre 2006, p.247.

¹¹⁷ Secrétariat du CIRDI, "Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration", 22 octobre 2004. Cette étude est disponible sur le site du CIRDI, voir <<http://www.worldbank.org/icsid/highlights/improve-arb.htm>>.

aux traités en cause ». ¹¹⁸ Le Secrétariat recommande de réserver à ces « tierces-parties » la possibilité de déposer des écrits au cours d'instances arbitrales. La voie envisagée est celle d'amendements à l'article 34 du Règlement d'arbitrage et à l'article 41 du Règlement du mécanisme supplémentaire, sans indiquer le sens précis de ces amendements. Dans la proposition finale présentée le 12 mai 2005 par le Secrétariat du CIRDI, ¹¹⁹ les amendements proposés concernent l'article 37 du Règlement d'arbitrage et l'article 41 du Règlement du mécanisme supplémentaire, et consistent en l'ajout de la disposition suivante :

(2) Après avoir consulté dans la mesure du possible les parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou à un Etat qui n'est pas partie au différend (appelée ci-après la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance, n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante. ¹²⁰

¹¹⁸ *Id.*, par.13 [“(…) *the process could be strengthened by submissions of third parties, not only civil society organizations but also for instance business groups or, in investment treaty arbitrations, the other States parties to the treaties concerned*”]. Sur cette étude, voir par exemple Mann, H., Cosby, A., Peterson, L., et von Moltke, K., “Comments on ICSID Discussion Paper, ‘Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration’”, International Institute for Sustainable Development, Décembre 2004, disponible sur <www.iisd.org/pdf/2004/investment_icsid_response.pdf>; voir également Kantor, M., “ICSID Discussion Paper about Possible Improvements to the Framework for ICSID Arbitration”, Transnational Dispute Management, Vol.1, Issue #04, Octobre 2004.

¹¹⁹ Secrétariat du CIRDI, “Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations”, 12 mai 2005, disponible sur le site du CIRDI, voir <<http://www.worldbank.org/icsid/highlights/052405-sgmanual.pdf>>.

¹²⁰ La version proposée était en anglais, la traduction est la nôtre. Voir Secrétariat du CIRDI, *id.*, p.11: « (2) After consulting both parties as far as possible, the Tribunal may allow a person or a State that is not a party to the dispute (hereafter called the ‘non disputing party’) to file a written submission with the Tribunal. In determining whether to allow such a filing, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

La version finale adoptée par le Conseil des Administrateurs du CIRDI est légèrement modifiée par rapport à la version proposée par le Secrétariat:

(2) Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la partie « non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.

Ces modifications révèlent certains aspects de l'admission d'*amici curiae*. Ainsi, le texte initial ne fait référence qu'aux personnes ou Etats susceptibles d'agir en tant qu'*amici*, alors que le texte final se réfère plus largement aux personnes ou entités, ce qui inclut de manière plus évidente les différentes organisations de la société civile évoquées dans l'étude du Secrétariat. En outre, le texte final ne mentionne pas la consultation des parties « autant que possible » (« as far as possible ») mentionnée dans le texte initial. Le texte final se réfère plus simplement à une « consultation des parties ». Enfin, le texte final insiste deux fois sur la nécessité pour l'écrit d'une partie non-contestante de porter sur

-
- (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the proceeding by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;
 - (b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;
 - (c) the non-disputing party has a significant interest in the proceeding.

The Tribunal shall ensure that the non-disputing party submission does not disrupt the proceeding, unduly burden or unfairly prejudice either party, and that both parties are given an opportunity of presenting their observations on the non-disputing party submission. »

« une question qui s'inscrit dans le cadre du différend », alors que le texte initial n'y faisait référence qu'une fois.

Ce vaste mouvement de codification de l'admission d'*amici curiae* est un signe du succès de cette institution devant les juridictions internationales. Pour autant, la multiplication des sources de codification et des solutions juridiques exposées ne répond que de manière incomplète à certaines questions relatives à la nature même de la participation d'*amici curiae*, dont le cadre juridique reste à définir.

IV. – LE CADRE JURIDIQUE DE LA PARTICIPATION DES *AMICI CURIAE*

A – *Les sources du droit des amici curiae*

a) *Observations préliminaires*

S'interroger sur les sources du droit des *amici curiae* suppose l'existence d'un tel « droit », à savoir un régime juridique propre à cette institution. Nous verrons dans la section IV.C ci-dessous qu'un tel régime juridique ne doit pas, selon une décision récente, être lié à la notion de légitimation active ou « standing ». Pourtant, lorsqu'un tribunal arbitral se pose la question de l'admission d'une requête formulée par un *amicus curiae*, visant à soumettre des observations au tribunal, à participer aux audiences, ou encore à avoir accès aux écrits des parties, il doit ancrer sa décision dans les règles de droit applicables au litige. Autrement dit, le tribunal doit être en mesure de rattacher sa décision aux sources formelles du droit applicable en l'espèce. En pratique, pourtant, en l'absence d'un régime juridique prédéterminé,¹²¹ les tribunaux sont amenés à créer eux-mêmes les règles de droit applicables à l'admission d'*amici curiae*. Or, une telle création législative n'est formellement avouable que lorsque l'ordre juridique qui gouverne le litige admet cette possibilité.¹²²

La détermination des sources du droit des *amici curiae* est essentielle, notamment en raison des différences entre les régimes susceptibles d'y être appliqués. Même lorsque certaines questions font l'objet d'un traitement explicite par une ou plusieurs de ces sources, plusieurs questions alternatives restent généralement sans réponse. Il en va ainsi, par exemple, de l'accès aux soumissions des parties, de l'étendue de l'intervention des *amici curiae*, des frais et dépens occasionnés par l'intervention des *amici curiae*, ou encore de la

¹²¹ C'est actuellement le cas de l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

¹²² C'est le cas, par exemple, de l'article 44 de la Convention CIRDI.

question de savoir si le tribunal doit se prononcer sur les arguments soutenus par les *amici curiae*. Les réponses que la jurisprudence donne à ces questions ne sont pas univoques. Dès lors, des considérations élémentaires de sécurité juridique exigent que les parties soient suffisamment éclairées quant au droit régissant ces questions.

Cette détermination soulève, à nos yeux, trois difficultés principales. Tout d'abord, les tribunaux arbitraux se prononçant sur ces questions n'ont pas totalement explicité les sources formelles de droit dont sont tirées les conditions posées à l'admission d'*amici curiae*. Ensuite, le droit applicable aux arbitrages d'investissement (et éventuellement, à certains aspects de l'intervention d'*amici curiae*) peut, dans certains cas, être composite, c'est-à-dire être constitué d'un mélange de droit international et de droit interne. Enfin, la pratique des tribunaux arbitraux en matière de précédents jurisprudentiels est peu structurée, souvent sélective et parfois incohérente.

b) *Absence d'explicitation des sources formelles*

Il arrive souvent que la jurisprudence n'explique pas les sources formelles de droit dont sont déduites les règles applicables en matière d'admission d'*amici curiae*. Par exemple, nous avons vu lors de notre discussion de la pratique de la CIDH que cette juridiction omet d'expliquer les sources sur la base desquelles elle admet les soumissions d'*amici curiae*.

Une autre illustration, cette fois-ci dans le domaine de l'arbitrage d'investissement, nous est fournie par les ordonnances des tribunaux CIRDI dans les affaires *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* et *Aguas Provinciales v. Argentine Republic*. Aucune de ces ordonnances ne mentionne explicitement la source formelle dont les tribunaux dérivent les conditions posées aux *amici curiae*. Les ordonnances du 19 mai 2005 et du 17 mars 2006 poursuivent un raisonnement similaire. Les conditions pour l'admission d'observations écrites de la part d'*amici curiae* sont fondées, selon ces tribunaux, « ... sur une revue des pratiques en matière d'*amicus* dans d'autres juridictions et fora ». ¹²³ Certes, les tribunaux avaient préalablement établi la source de leur pouvoir sur la base de l'article 44 de la Convention de Washington, qui prévoit la possibilité pour les tribunaux d'exercer un pouvoir discrétionnaire en matière de questions procédurales non prévues par la Convention et par les Règlements procéduraux. Dans le cadre de cet exercice, censé découler de cette habilitation internationale, les sources juridiques utilisées par les tribunaux n'en demeurent pas moins

¹²³ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), § 17 ; « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8), par.17 (“...on a review of *amicus* practices in other jurisdictions and fora”).

assez peu explicites. *A fortiori*, l'affirmation d'un principe général de droit¹²⁴ transposable au contexte du CIRDI est sans doute rendue difficile par la relativité de la notion d'*amicus curiae* (voir *supra* II. A). En outre, les tribunaux ont également dû faire face à la difficile tâche d'ancrer l'institution de l'*amicus curiae* dans une pratique jurisprudentielle internationale pas toujours accueillante à cet égard, et elle-même fondée sur des sources peu définies.¹²⁵ Ainsi, l'absence d'une source conventionnelle précisant le contenu des conditions d'admission d'*amici curiae* ne semble pas pouvoir être complètement compensée par l'affirmation de normes coutumières, ou de principes généraux de droit.

c) *Le caractère potentiellement composite du droit applicable*

Le flou quant aux sources du droit régissant l'intervention des *amici curiae* est d'autant plus grand que le droit applicable aux litiges arbitraux d'investissement est susceptible de varier. Il pourrait par exemple s'agir de savoir si certains aspects du droit régissant les *amici curiae* sont susceptibles d'échapper à une clause résiduelle d'autorité procédurale telle que celle contenue à l'article 44 de la Convention CIRDI. Autrement dit, le tribunal serait le cas échéant amené à déterminer si le droit des *amici curiae* comporte des aspects matériels (par opposition à des aspects purement procéduraux) qui ne ressortiraient pas du seul pouvoir discrétionnaire d'appréciation du tribunal arbitral. Il faudrait alors déterminer si le droit régissant ces aspects est celui qui gouverne le fond de l'affaire, ou celui qui gouverne la procédure arbitrale. Il pourrait enfin s'agir pour le tribunal de distinguer les situations susceptibles d'être régies par un droit composite (mêlant des aspects de droit interne et de droit international), de celles soumises à un ordre juridique distinct.

La portée de l'enchevêtrement de ces différentes questions peut être illustrée à l'aide d'un exemple inspiré de la pratique du CIRDI. Faisons l'hypothèse d'un différend entre un investisseur et un Etat X dont le règlement au fond serait soumis, conformément à l'article 42(1) de la Convention CIRDI,¹²⁶ aussi

¹²⁴ Voir art. 38(1)(c) Statut CIJ

¹²⁵ Voir *supra*.

¹²⁶ L'art. 42(1) de la Convention CIRDI prévoit : « Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend—y compris les règles relatives aux conflits de lois—ainsi que les principes de droit international en la matière ». Pour un cas d'application d'un droit composite, voir : *Award of the Tribunal, in CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), 12 mai 2005, par.108 et suiv. Cette solution est curieuse du point de vue du droit international public, qui considère le droit interne comme un fait : « Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestation de la volonté et de l'activité des Etats au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives », *Certains intérêts allemands en Haute Silésie* (Allemagne c. Pologne), CPJI, arrêt du 25 mai 1926, série A, No 7, p. 19.

bien au droit de cet Etat qu'au droit international. Supposons également que le droit de l'Etat X admette l'institution des *amici curiae* et accorde à ces derniers la possibilité de consulter toutes les pièces du dossier. Sur la base de quel droit un tribunal arbitral CIRDI devrait-il décider de la recevabilité d'une requête formulée par un *amicus curiae* visant à avoir accès aux écrits des parties ?

Comme il a été mentionné précédemment, les tribunaux CIRDI ayant eu à se prononcer sur de telles requêtes ont toujours refusé cet accès aux *amici curiae*. Comme il a déjà été relevé, l'article 44 de la Convention CIRDI donne aux tribunaux arbitraux des pouvoirs étendus en matière procédurale. En vertu de ces pouvoirs, le tribunal est donc habilité à rejeter la demande de l'*amicus curiae*, préservant ainsi la tradition de confidentialité de l'arbitrage. La base de leurs décisions n'est pourtant pas claire.

Qu'en serait-il dans le cas contraire, si le droit de l'Etat X excluait l'accès des *amici curiae* aux soumissions des parties, et si le tribunal décidait d'autoriser un tel accès ? Dans quelle mesure serait-il possible de qualifier une telle décision de simple question procédurale ?

En pratique, de telles questions sont résolues par les tribunaux sur la base de leur pouvoir discrétionnaire. Mais ces décisions doivent s'appuyer sur des sources formelles de droit d'autant mieux définies que certains droits des parties (par exemple, le droit à la confidentialité) sont susceptibles d'être compromis.

d) *Une pratique peu structurée du précédent*

Si on laisse de côté l'important obstacle que constitue, en matière de précédents, la confidentialité de certaines procédures, force est de constater que, même lorsque les décisions sont rendues publiques, la pratique du précédent en matière d'arbitrage d'investissement reste insuffisamment structurée. Certes, il est courant qu'un tribunal arbitral cite des décisions prononcées par d'autres tribunaux afin de mieux appuyer sa propre argumentation. Mais la sélectivité en matière de référence jurisprudentielle laisse une grande marge d'appréciation à ces tribunaux, ce qui suscite une incohérence entre certaines décisions.

Ce phénomène de sélectivité peut être illustré par l'affaire *Methanex*. En effet, dans cette affaire, le tribunal arbitral écarte la pratique de la CIJ sur la base du caractère interétatique des différends portés devant cette Cour,¹²⁷ ce qui ne l'empêche pas, par la suite, de fonder son admission des mémoires d'*amici*

¹²⁷ A cet égard, le tribunal note que la pratique de la CIJ a une portée réduite dans le cas d'espèce du fait que la compétence contentieuse de la CIJ : « ... is limited solely to disputes between States ; its Statute provides for intervention by States ; and it would be difficult in these circumstances to infer from its procedural powers a power to allow a non-state third person to intervene », « *Methanex v. USA* » (note 8), par.34.

curiae sur la base de la pratique de l'OMC, également de nature interétatique. Par ailleurs, d'un point de vue formel, rien n'aurait empêché le tribunal de se référer à la pratique des cours spécialisées en matière de droits de l'homme, dont la procédure a un caractère mixte, analogue à l'arbitrage d'investissement, nonobstant les domaines très différents dont traitent ces tribunaux. Il ne faut pourtant pas perdre de vue, en outre, qu'il ne s'agit pas ici de références formelles à des précédents au sens fort du terme. Il n'existe pas, en droit international général, une véritable *rule of precedent* comme celle existant dans les systèmes de *common law*. Dès lors, on ne voit pas d'obstacle à ce qu'une décision arbitrale fasse référence à l'avis d'une cour spécialisée (par exemple, en ce qui concerne le contenu du droit international coutumier) pour autant qu'il soit dûment tenu compte du contexte juridique spécifique (en particulier conventionnel) dans lequel la décision citée comme précédent est intervenue.

S'agissant du phénomène d'incohérence entre sentences arbitrales, les décisions dans les affaires *CMS v. Argentine Republic*¹²⁸ et *LG&E v. Argentine Republic*¹²⁹ en offrent une illustration très pertinente. Se prononçant sur des faits similaires, sur la base d'un même instrument juridique — le TBI Argentine/ Etats-Unis –, les deux tribunaux sont parvenus à des conclusions opposées sur une question centrale de la défense argentine, l'existence d'un état de nécessité. Comme l'a souligné un commentateur, « les circonstances donnant naissance aux différends étaient dans une large mesure similaires. Les différends avaient pour point de départ les mêmes mesures prises par l'Argentine et les mêmes provisions du TBI Argentine-Etats-Unis étaient en cause. Les interprétations divergentes des tribunaux et les décisions diamétralement opposées qu'ils ont rendues concernant l'existence d'un état de nécessité sont d'autant plus surprenantes et notoires ».¹³⁰

e) *Rapports entre ces problématiques*

Selon nous, ces trois problématiques sont liées entre elles. Par exemple, l'une des raisons permettant d'expliquer la faible structuration de la pratique

¹²⁸ *Award, in CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8), 12 mai 2005.

¹²⁹ *Decision on Liability, in LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/02/1), 3 octobre 2006.

¹³⁰ Reinisch, A., "Necessity in International Investment Arbitration – An Unnecessary Split of Opinions in Recent ICSID Cases? Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina", in *Transnational Dispute Management*, 3/5, décembre 2006, p. 4 ["the circumstances giving rise to the disputes were to a large extent similar. The background of the disputes concerned the same measures taken by Argentina and the same BIT provisions in the Argentina-US BIT were at issue. All the more surprising and noteworthy are the diverging interpretations of the tribunals and the diametrically opposing decisions they rendered with regard to the existence of a state of necessity"].

des précédents en matière d'arbitrage d'investissement est le caractère potentiellement composite du droit applicable à ces différends, y compris lorsque les décisions en cause interviennent dans le cadre du CIRDI. En effet, ce caractère composite amène les tribunaux, y compris en matière procédurale, à interpréter les décisions de diverses instances juridictionnelles, nationales et internationales. A leur tour, le caractère composite du droit applicable et la faible structuration de la pratique des précédents permettent d'expliquer la pratique consistant pour les tribunaux à ne pas expliciter les sources formelles dont ils déduisent les règles applicables en matière d'intervention des *amici curiae*.

En pratique, toutes ces difficultés ont été atténuées par le fait que les diverses instances arbitrales se prononçant sur les règles applicables aux *amici curiae* se réfèrent les unes aux autres et promeuvent des solutions compatibles. Ce réflexe est presque naturel lorsqu'une nouvelle question se pose. Or, ce réflexe tend tout aussi naturellement à se perdre à mesure que la pratique se complexifie, et que de nouvelles questions se posent.

B – *Les conditions posées à l'admission de mémoires d'amicus curiae*

a) *Observations préliminaires*

Dans les deuxième et troisième parties de la présente étude, nous avons fait référence aux conditions posées par la jurisprudence internationale et par certains textes juridiques à l'admission de mémoires d'*amicus curiae*. Ces conditions ont fait l'objet de développements récents, plus précisément dans le contexte du CIRDI. Dans ce cadre, il existe actuellement deux *corpus* distincts en matière d'admission d'*amici curiae*. Le premier *corpus* est constitué de décisions jurisprudentielles. Le deuxième *corpus* s'est développé (voir *supra* III.) sous la forme d'une codification, notamment par l'intermédiaire des Règlements d'arbitrage.

Nous aborderons donc successivement les conditions de l'admission d'*amici curiae* posées par la jurisprudence (b), puis les conditions qui découlent de la réforme des Règlements CIRDI (c).

b) *Les conditions posées par la jurisprudence*

Dans son ordonnance du 19 mai 2005 (*Aguas Argentinas*), le tribunal arbitral a fait dépendre l'admission d'observations écrites de la part d'*amici curiae* de trois conditions : la matière sur laquelle porte l'affaire (i), les caractéristiques des

requérants (ii), et certaines conditions de procédure qui n'ont pas été spécifiées (iii).¹³¹

(i) En ce qui concerne tout d'abord la *matière* sur laquelle porte l'affaire, le tribunal considère que l'admission de mémoires d'*amicus curiae* se justifie dès lors que le fond de l'affaire soulève un intérêt public, notamment dans la mesure où les conclusions du tribunal sont susceptibles d'affecter la situation de personnes qui ne sont pas immédiatement liées au différend.¹³² A cet égard, le tribunal distingue les questions à caractère public général (comme la responsabilité d'un Etat) des questions à caractère public particulier (comme l'approvisionnement en eau d'un large secteur de la population ou les questions liées au respect des droits de l'homme). Le tribunal semble suggérer que seules ces dernières questions (à caractère public particulier) justifieraient l'intervention d'*amici curiae* dans la mesure où, dans le cas contraire, toute problématique publique plus ou moins liée au différend d'investissement pourrait être soulevée.¹³³ Pour autant, cette condition reste pour le moment relativement vague et peu aisée à mettre en oeuvre. En particulier, la question de savoir si la présence de questions à caractère public particulier suffit à justifier l'intervention d'*amici curiae*, ou si, alternativement, il est nécessaire pour ces questions d'avoir un caractère prépondérant par rapport au litige « privé » n'est pas tranchée. L'ordonnance du 12 février 2007 (*Aguas Argentinas*) semble suggérer que la seule présence de ces questions suffit. En effet, à l'argument de la demanderesse selon lequel le désistement d'*Aguas Argentinas* aurait rendu le litige purement privé, le tribunal

¹³¹ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par.17. Dans son ordonnance du 12 février 2007 (*Aguas Argentinas*), le tribunal précise que, bien qu'il ne fonde pas sa décision sur le nouvel art. 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI, les conditions posées à l'admission de mémoires d'*amicus curiae* dans son ordonnance précédente, malgré les différences dans leur expression écrite, sont similaires à celles introduites par la réforme du Règlement, cf. par.15. En pratique, la réforme de l'art. 37(2) s'est sans doute largement inspirée de l'ordonnance du 19 mai 2005 (*Aguas Argentinas*). Or, comme nous le verrons au paragraphe IV.B–c), l'interprétation des deux corpus n'est pas forcément la même.

¹³² *Id.*, par.19 ; « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8), § 18. A comparer avec les conditions posées par le *Statement* de la FTC (note 69), paragraphe B point 6 : « (a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitration by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties; (b) the non-disputing party submission would address matters within the scope of the dispute; (c) the non-disputing party has a significant interest in the arbitration; and (d) there is a public interest in the subject-matter of the arbitration ». Comparer aussi avec les remarques de l'Organe d'Appel de l'OMC dans l'affaire « Communautés Européennes – Amiante » (note 50), paragraphe 52, point 3, selon lesquelles une requête d'intervention présentée par un *amicus curiae* doit : « (d) specify the nature of the interest the applicant has in this appeal ... (e) identify the specific issues of law covered in the Panel Report and legal interpretations developed by the Panel that are the subject of this appeal, as set forth in the Notice of Appeal ... which the applicant intends to address in its written brief ».

¹³³ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par.19 ; « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8), par.18.

a notamment répondu qu'étant donnée la grande publicité entourant l'affaire, les résultats de la décision risquaient d'avoir des répercussions considérables sur l'industrie de l'eau et sur les négociations ultérieures de concessions. Pour ces raisons, l'affaire aurait conservé un caractère public justifiant l'admission d'observations écrites par les *amici curiae*.¹³⁴

(ii) En ce qui concerne les caractéristiques des requérants, le principe posé dans l'ordonnance du 19 mai 2005 (*Aguas Argentinas*) a été précisé par les ordonnances du 17 mars 2006 (*Aguas Provinciales*) et du 12 février 2007 (*Aguas Argentinas*). Ce principe pose trois exigences à l'admission d'un *amicus curiae* : l'*amicus* doit avoir des compétences, une expérience et une indépendance particulières.¹³⁵

L'ordonnance du 17 mars 2006 (*Aguas Provinciales*) a apporté quelques précisions à cet égard.¹³⁶ Le tribunal note qu'il ne peut se déterminer sans disposer d'informations spécifiques concernant la nature et la taille de l'organisation, les qualifications de ses dirigeants et de ses employés, ainsi que les activités de l'organisation. S'agissant d'individus requérants, le tribunal exige la soumission d'un *curriculum vitae* détaillant leurs compétences et expérience professionnelle.¹³⁷ Par ailleurs, les requêtes doivent contenir des informations détaillées portant sur la situation professionnelle et financière aussi bien des organisations que des individus requérants.¹³⁸ En l'espèce, le tribunal a conclu qu'il ne disposait pas d'information suffisante lui permettant de se prononcer à cet égard.

L'ordonnance du 12 février 2007 fait une application concrète de ces exigences. En l'espèce, le tribunal note que les requérants fournissent suffisamment d'informations relatives à l'appréciation de leur compétence,

¹³⁴ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* », 12 février 2007 (note 8), par.18.

¹³⁵ *Id.*, par.24. A comparer avec le *Statement* de la FTC (note 69), paragraphe B point 2: « (c) describe the applicant, including, where relevant, its membership and legal status (e.g. company, trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities, and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the applicant) ; (d) disclose whether or not the applicant has any affiliation, direct or indirect, with any disputing party ; (e) identify any government, person or organization that has provided any financial or other assistance in preparing the submission ». A comparer également avec les remarques de l'Organe d'Appel de l'OMC dans l'affaire « Communautés Européennes – Amiante » (note 50), paragraphe 52, point 3, selon lesquelles une requête d'intervention présentée par un *amicus curiae* doit : « (c) contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant ... (g) contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief ».

¹³⁶ « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* » (note 8), par.29–34.

¹³⁷ *Id.*, par.30.

¹³⁸ *Id.*, par.32.

expérience et indépendance et qu'en outre, le respect de ces exigences n'est pas contesté par les parties. En conséquence, il a considéré ces exigences remplies sans en détailler l'examen.¹³⁹ Il semble désormais clair que ces trois exigences doivent être cumulativement remplies. Cependant, il reste à préciser si elles doivent l'être par chacun des requérants ou s'il suffit qu'elles soient remplies au niveau du groupe.¹⁴⁰

En tout état de cause, trois enseignements principaux peuvent être tirés de ces trois ordonnances, en ce qui concerne la deuxième condition liée aux caractéristiques des requérants. Premièrement, le tribunal doit déterminer d'office si l'information présentée à l'appui d'une requête d'intervention en tant qu'*amicus curiae* est suffisante ou non, comme le suggère l'ordonnance du 17 mars 2006 (*Aguas Provinciales*). Deuxièmement, l'appréciation de ces exigences se fait de façon plutôt souple, voire générale, à moins que l'une des parties ne fasse une quelconque objection à cet égard. Troisièmement, une objection de ce type doit reposer sur la preuve du manque d'indépendance du ou des requérant(s), celle-ci étant liée à une appréciation de type politique ou financier. En effet, sauf dans des cas extrêmes, les parties peuvent difficilement établir l'incompétence et/ou l'inexpérience des *amici curiae*, dans la mesure où le respect de ces exigences semblent pouvoir être admis de manière générale, au niveau du groupe des requérants.

(iii) S'agissant enfin de la troisième condition, à savoir la procédure à suivre pour la soumission de mémoires d'*amicus curiae*, elles ont été précisées par l'ordonnance du 12 février 2007 (*Aguas Argentinas*). Le tribunal avait déjà posé dans son ordonnance du 19 mai 2005 (*Aguas Argentinas*) l'impératif qui allait guider la formulation de règles spécifiques de procédure.¹⁴¹ L'ordonnance du 12 février 2007 introduit des principes ainsi que quelques règles spécifiques. S'agissant des principes, le tribunal suggère que l'épuisement des recours internes par les *amici* n'est pas une condition préalable à leur intervention,¹⁴² et que, en tout état de cause, l'intervention des *amici* ne doit pas créer une surcharge indue pesant sur les parties, notamment du fait du nombre et/ou du volume de leurs soumissions.¹⁴³ En ce qui concerne les règles spécifiques,

¹³⁹ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* », 12 février 2007 (note 8), par.16.

¹⁴⁰ *Id.*, par.16 : « ... the five petitioners are respected nongovernmental organizations and ... they have as a group developed an expertise in and are experienced with matters of human rights, the environment and the provision of public services » (italiques ajoutées).

¹⁴¹ « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* », 19 mai 2005 (note 8), par.29 : « the Tribunal will endeavor to establish a procedure which will safeguard due process and equal treatment as well as the efficiency of the proceedings ». La nouvelle teneur de l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI renforce cet impératif.

¹⁴² « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* », 12 février 2007 (note 8), par.19.

¹⁴³ *Id.*, par.21.

le tribunal n'autorise que la présentation conjointe d'un seul document (et sa traduction éventuelle), avec des exigences strictes de forme, notamment l'absence d'annexes.¹⁴⁴

Les conditions découlant de la jurisprudence ayant été identifiées, les conditions découlant du nouvel article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI peuvent désormais être explorées.

c) *Le nouvel article 37(2) du Règlement d'arbitrage du CIRDI*

Il est utile de rappeler *in extenso* la teneur du nouvel article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI :

Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une personne ou entité qui n'est pas partie au différend (appelée dans le présent article la « partie non contestante ») de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend. Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

- (a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
- (b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
- (c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante.

Nous avons préalablement discuté du contexte dans lequel la modification de cet article s'inscrivait.¹⁴⁵ Il s'agit maintenant d'en explorer le contenu, en particulier à la lumière de l'ordonnance du 2 février 2007 dans l'affaire *Biwater*

¹⁴⁴ *Id.*, par.26–27.

¹⁴⁵ Voir *supra*, III.C–b).

Gauff v. Tanzania. Dans cette affaire, cinq organisations non-gouvernementales¹⁴⁶ avaient demandé l'autorisation de participer aux phases écrite et orale de la procédure arbitrale ainsi que d'avoir un accès aux soumissions écrites des parties.

Les arguments avancés par les requérants concernant les exigences posées à l'article 37(2) du Règlement d'arbitrage CIRDI étaient au nombre de cinq.¹⁴⁷ Premièrement, ils suggéraient qu'en l'absence d'accès à la documentation des parties, la définition de leur sphère d'intervention et partant, le respect des conditions contenues au sein de l'article 37(2) devaient être évalués de manière souple. Deuxièmement, ils affirmaient qu'étant donné leur expertise, ils étaient en mesure d'apporter une perspective différente de celle des parties. Troisièmement, ils s'engageaient à limiter leur intervention au cadre du litige. Ils notaient par ailleurs que la pratique croissante des tribunaux arbitraux en matière d'*amici curiae* discréditait l'idée selon laquelle la participation de ces derniers perturberait nécessairement le bon déroulement de l'arbitrage. Quatrièmement, ils soulignaient le caractère public du litige. Cinquièmement, après avoir noté que les conditions fixées à l'article 37(2) ne limitaient pas les facteurs pouvant être pris en compte dans le processus d'admission d'*amici curiae*, ils rappelaient que l'intervention de ces derniers pouvait jouer un rôle important en termes de crédibilité et de légitimité des arbitrages d'investissement.

Les parties ont fait des réponses — pour la plupart prévisibles — à ces arguments. Comme on pouvait s'y attendre, la demanderesse s'est opposée à l'admission de la requête,¹⁴⁸ tandis que la défenderesse s'y est déclarée en principe favorable.¹⁴⁹ La façon dont le tribunal a apprécié les arguments de la demanderesse nous semble éclairante à plusieurs égards. Tout d'abord, quant au caractère public des questions soulevées au cours du litige, le tribunal semble suggérer que, contrairement à ce que nous avons établi lors de notre discussion du *corpus* jurisprudentiel, le seul gain en légitimité dû à l'intervention d'*amici curiae* remplissait cette exigence. En effet, répondant à l'argument de la demanderesse selon lequel aucun intérêt largement compris n'était mis en cause en l'espèce, le tribunal note que « même si le demandeur prouve en fin de compte que de tels intérêts, plus largement compris, sont en fait exclus de sa demande, l'observation du tribunal dans l'affaire Methanex s'applique tout de même avec pertinence, à savoir : l'acceptation de soumissions d'amicus aurait

¹⁴⁶ Lawyers Environmental Action Team (LEAT), Legal and Human Rights Center (LHRC), Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), Center for International Environmental Law (CIEL), International Institute for Sustainable Development (IISD).

¹⁴⁷ « *Bewater Gauff v. Tanzania* » (note 8), par.19–24.

¹⁴⁸ *Id.*, par.31–37.

¹⁴⁹ *Id.*, par.42–44.

en plus la conséquence désirable d'accroître la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et Etats' ». ¹⁵⁰ Par ailleurs, contrairement à ce qui a été suggéré dans l'affaire *Aguas Argentinas v. Argentine Republic*, le tribunal semble considérer que les conditions fixées à l'article 37(2) doivent être remplies par chaque requérant : « le test que le tribunal arbitral doit appliquer pour décider d'autoriser un requérant particulier à soumettre un écrit au cours de ces instances est contenu à l'article 37(2) ». ¹⁵¹ Pour le reste, au terme d'une analyse sommaire, le tribunal conclut que les conditions posées à l'article 37(2) sont remplies en l'espèce. ¹⁵²

La réserve la plus importante que le tribunal émet à l'égard de la requête découle de l'argument de la demanderesse inspiré du caractère tardif de cette requête. ¹⁵³ Nous avons déjà fait référence (*supra* point IV.B-b)) aux impératifs fixés par le tribunal arbitral *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* concernant la procédure d'admission de mémoires d'*amici curiae*. A quelques détails près, le tribunal *Biwater Gauff* a adopté des directives semblables. Les règles de procédure plus spécifiques semblent donc converger, tout en faisant l'objet d'un aménagement au cas par cas respectant les impératifs fixés par la jurisprudence et par le Règlement d'arbitrage du CIRDI.

C – L'étendue de leur intervention

a) Problème de qualification et rattachement à un ordre juridique

L'étendue de l'intervention des *amici curiae* doit découler du statut juridique qui est le leur, statut qui ne peut être envisagé qu'en retraçant leur symétrie propre au sein d'une lecture plus large de l'ordre juridique dans lequel ils opèrent. Une grande partie du problème semble résulter de la difficulté à clarifier la place des instances internationales dans le cadre desquelles les *amici curiae* cherchent à intervenir, lorsqu'elles ne s'inscrivent que partiellement au sein de l'ordre juridique international, contrairement par exemple à la Cour internationale de Justice ou à l'Organe d'appel de l'OMC. De ce manque de lisibilité concernant la classification de ces instances découle un manque de clarté formelle relatif aux sources de droit permettant de qualifier ou non l'admissibilité des soumissions d'*amici curiae*. Ce manque de clarté révèle un éparpillement de ces sources

¹⁵⁰ *Id.*, par.54 [« even if Claimant ultimately proves that such wider interests, as a matter of fact, are untouched by its claim, the observation of the tribunal in the Methanex case still applies with force, namely that : 'the acceptance of amicus submissions would have the additional desirable consequence of increasing the transparency of investor state arbitration' »].

¹⁵¹ *Id.*, par.49 [“The test which the Arbitral Tribunal must apply in deciding whether or not to allow any particular Petitioner to file a written submission in these proceedings is set out in rule 37(2)”].

¹⁵² *Id.*, par.50.

¹⁵³ *Id.*, par.59.

(également visible à travers le mouvement de codification épars de l'admission d'*amici*) et plus fondamentalement un certain flou au sujet du droit applicable (voir *supra* IV.A). Enfin, l'appartenance d'un nombre important d'*amici curiae* à ce qui est généralement qualifié de « société civile » pose des questions systémiques quant au statut juridique de ces entités au regard des conceptions traditionnelles, largement empreintes de positivisme, de la notion d'ordre juridique. A ce titre, il est clair que l'on ne pourra admettre l'intégration juridique de ces *amici curiae* au sein de l'ordre juridique international, et partant, leur intervention en tant qu'entités propres devant des juridictions internationales, qu'au prix d'un élargissement des hypothèses du droit international public et de la notion d'ordre juridique international y afférente.

C'est ce que fait Pierre-Marie Dupuy, lorsqu'il décrit une société civile internationale s'inscrivant dans le cadre de l'ordre juridique international, redéfini comme système juridique interétatique dit « horizontal » s'étendant « verticalement » à des domaines juridiques spécifiques (comme les droits de l'homme), où interviendraient individus et entités non-étatiques.¹⁵⁴ Cependant, dans un tel schéma, le statut d'appartenance des *amici curiae* à l'ordre juridique international ne permet pas de résoudre le problème de l'ambiguïté des sources sur lesquelles leur admission est fondée, d'autant plus que le mandat juridique de certains tribunaux est susceptible de se fonder sur deux ordres juridiques (interne et international),¹⁵⁵ ou alternativement sur le pouvoir discrétionnaire du tribunal exercé relativement aux questions de procédure non prévues au sein des règlements arbitraux.

b) « *Vide juridique* » et pouvoir discrétionnaire des tribunaux

La légitimité et la spécificité du statut des *amici curiae* tiendraient justement aux clause résiduelles d'autorité prévues au sein même des règlements arbitraux (par exemple, l'article 44 de la Convention CIRDI et l'article 15 du Règlement CNUDCI). Le pouvoir discrétionnaire découlant de telles clauses est inscrit en filigrane de l'ordre procédural du tribunal arbitral *Biwater Gauff*. Cet ordre procédural admet en effet explicitement l'absence de statut juridique formel des *amici curiae* défini selon un ordre juridique distinct :

Il peut dores et déjà être relevé que le Règlement du CIRDI ne fournit pas en tant que tel un statut pour l'*amicus curiae*, dans la mesure où cela

¹⁵⁴ Dupuy, P.-M., « L'unité de l'ordre juridique international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t.297, 2002.

¹⁵⁵ Le problème étant ici que l'institution des *amici curiae* ne fait l'objet d'aucun consensus au sein des ordres juridiques internes.

pourrait être interprété comme lui inférant une position (« a standing ») dans l'arbitrage tout entier, similaire à celle d'une partie, avec la gamme entière de privilèges procéduraux que cela pourrait comporter. Au contraire, le Règlement d'arbitrage du CIRDI régule deux types spécifiques — et soigneusement délimités — de participation par des entités qui ne sont pas parties au litige (« non-parties »), à savoir : (a) le dépôt d'une soumission écrite (Article 37(2)) et (b) l'assistance à des audiences (Article 32(2)). Chacun de ces types de participation doit être visé par le tribunal au cas par cas, plutôt qu'en accordant un « *statut d'amicus curiae* » général en tout état de cause.¹⁵⁶

Une première remarque est que le tribunal choisit ses mots avec circonspection, et évite soigneusement de qualifier les *amici curiae* de « parties » à l'instance. En ce sens, le tribunal distingue son raisonnement de la lettre du Règlement du CIRDI, qui admet l'existence de « parties non contestantes », créant ainsi un statut intermédiaire entre la partie au litige proprement dite et l'entité strictement étrangère au litige.

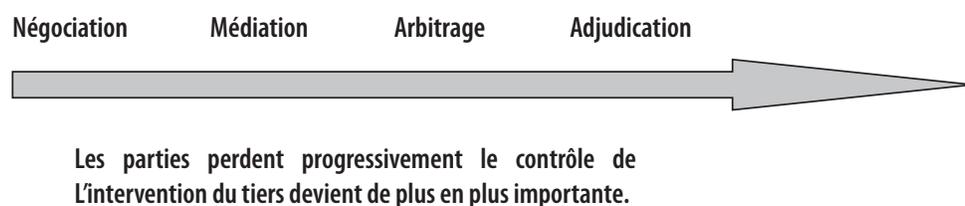
Une seconde remarque est que le passage cité ci-dessus ne marque pas simplement la tension récurrente et propre à n'importe quel tribunal concernant l'application d'une règle dite générale à un cas d'espèce.¹⁵⁷ Ce passage et, plus généralement, l'exemple de l'admission d'*amici curiae* illustrent le phénomène de création de droit, en l'occurrence de droit procédural, en l'absence de rattachement clair à des sources de droit suffisamment définies. En effet, si, comme le suggère le tribunal *Bewater Gauff*, le type de participation ne peut être défini qu'au cas par cas, le cas auquel fait face le tribunal sera résolu d'une part conformément aux règles contenues au sein des Règlements d'arbitrage, et d'autre part, à la lumière des cas similaires réglés dans le cadre de décisions antérieures.

¹⁵⁶ Voir « *Bewater Gauff v. Tanzania* » (note 8), par.46 [“It might be noted at the outset that the ICSID Rules do not, in terms, provide for an *amicus curiae* ‘status’, in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that that might entail. Rather, the ICSID Arbitration Rules expressly regulate two specific — and carefully delimited — types of participation by non-parties, namely: (a) the filing of a written submission (Rule 37(2) and (b) the attendance at hearings (Rule 32(2)). Each of these types of participation is to be addressed by a tribunal on an ad hoc basis, rather than by the granting of an overall ‘*amicus curiae* status’ for all purposes.”]

¹⁵⁷ Voir Derrida, J., *Force de loi*, Galilée, 1994, p.39 : « Comment concilier l'acte de justice qui doit toujours concerner une singularité, des individus, des groupes, des existences irremplaçables, l'autre ou moi *comme* l'autre, dans une situation unique, avec la règle, la norme, la valeur ou l'impératif de justice qui ont nécessairement une forme générale, même si cette généralité prescrit une application chaque fois singulière ? ».

On voit alors se dessiner une méthode de prise de décision poursuivant constamment l'objectif premier de préservation du droit des parties à un procès équitable (et dans le cas de l'arbitrage, un procès confidentiel), avec comme objectif second le renforcement de la position adjudicatrice de l'arbitre, qui lui permet d'exercer pleinement ses pouvoirs juridictionnels. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le tribunal est susceptible d'aller à l'encontre de l'objectif de confidentialité, afin de garantir la légitimité même du processus arbitral. Cette recherche constante d'équilibre entre deux objectifs potentiellement contradictoires permet selon nous d'envisager l'étendue de l'intervention des *amici curiae*. Au cours de ce processus, le tiers qu'est l'arbitre intervient de plus en plus dans le règlement du litige, comme l'illustre le schéma suivant¹⁵⁸ :

ECHELLE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS



Sur cette échelle, à mesure que l'entité juridictionnelle se déplace latéralement sur la flèche, les parties au litige perdent le contrôle de l'instance, qui est confiée de plus en plus largement à l'entité en jeu. L'entité-tierce a des pouvoirs de plus en plus importants et passe de la position de négociatrice à celle de juge, l'instance juridictionnelle se publicisant progressivement. L'exemple de l'admission des *amici curiae* est une parfaite illustration de ce phénomène de juridictionnalisation d'instances antérieurement limitées à l'interaction des deux parties au litige, avec comme corollaire nécessaire l'intervention croissante du tiers-juge. A cet égard, la réforme du règlement arbitral du CIRDI tendrait à faire de l'arbitre d'investissement un véritable juge des affaires internationales.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Ce schéma est proposé par J. Salacuse, "Alternative Methods of Treaty-Based, Investor-State Dispute Resolution", UNCTAD, 2006, p.17 ; voir également Stone Sweet, A. « Judicialization and the Construction of Governance », *Comparative Political Studies*, Vol.32, No.2, 1999, pp.147-84.

¹⁵⁹ Voir Legum (note 116) p.287 : « Les provisions sur la transparence serviront à rappeler aux arbitres CIRDI l'intérêt du public pour les arbitrages en matière de traité d'investissement. Conscients de cet intérêt, les arbitres CIRDI auront probablement tendance à agir un peu plus comme des juges que comme des arbitres commerciaux internationaux. »

c) *Champ d'intervention des amici curiae*

Dans cette perspective, la question peut alors se poser de savoir si les *amici curiae* sont susceptibles d'intervenir uniquement devant des tribunaux arbitraux d'investissement, ou si cette institution est susceptible de s'étendre à un cadre plus large, par exemple à l'arbitrage commercial international. La réponse *a priori* paraît négative, dans la mesure où les arbitrages commerciaux classiques mettent en cause des intérêts plus strictement privés que les arbitrages d'investissement. La déclaration de Bruges de l'Institut de Droit International souligne ainsi qu' :

[à] des fins d'économie et d'efficacité et indépendamment des souhaits des parties, les tribunaux internes peuvent joindre des procédures judiciaires et autoriser des tierces parties à y prendre part. Chercher à transposer ces pratiques à l'arbitrage international risque de compromettre à la fois la spécificité de l'arbitrage, en tant que méthode de règlement des différends, et le principe selon lequel l'arbitrage repose sur le consentement des parties.¹⁶⁰

L'intervention d'*amici curiae* a d'ailleurs pu être considérée comme un critère de différenciation entre instance juridictionnelle internationale et arbitrage international, ce dernier se caractérisant par une prohibition d'une telle intervention au nom du caractère privé de l'instance.¹⁶¹ L'admission d'*amici curiae* ne nous paraît pas fondamentalement contraire à la nature de l'arbitrage international, même si elle constitue sans aucun doute un élément de déplacement de l'institution arbitrale sur le *continuum* précédent. Par ailleurs, un tel critère de différenciation suppose que l'on puisse fonder l'universalité des *amici curiae* sur une pratique suffisamment établie dans les systèmes de droit romano-germanique, en l'absence de laquelle l'admission d'*amici curiae* constituerait difficilement une pratique réellement internationale.¹⁶²

En définitive, l'admission d'*amici curiae* contribue à légitimer l'action de l'arbitre, dans la mesure où l'*amicus curiae* incite ce dernier à tenir compte de l'effet relatif de ses jugements, et partant, à construire une jurisprudence plus cohérente, car davantage consciente de son impact potentiel sur la société civile.

¹⁶⁰ Institut de Droit International, Déclaration portant sur « le règlement arbitral des différends internationaux autres qu'interétatiques impliquant plus de deux parties », Session de Bruges, 2003.

¹⁶¹ Collier, J., Lowe, V., *The Settlement of Disputes in International Law: Institutions and Procedures*, Oxford University Press, 1999, p.208, cité par Angelet, N., « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in Ruiz-Fabri, Sorel (note 18), pp.211–2.

¹⁶² Voir à ce titre l'intervention de Jerry Sainte Rose, in Rui-Fabri, Sorel (note 18), p.245.

d) *Etendue de l'intervention des amici curiae*

Si le champ d'intervention des *amici curiae* n'est pas prédéterminé, l'étendue de leur intervention doit en revanche être enserrée dans un certain nombre de limites, que les tribunaux seront amenés à préciser « au cas par cas », comme l'a mentionné le tribunal dans l'affaire *Biwater Gauff*.

Littéralement, l'*amicus curiae* est un « ami de la cour », dont l'intérêt à agir ne peut être assimilé à celui d'une partie. En général, cependant, l'*amicus curiae* cherche à agir comme une véritable partie au litige, en soulignant par exemple que la qualité de ses soumissions dépend de la consultation des écrits des parties, voire de la participation aux audiences. Si de tels droits peuvent être accordés aux *amici curiae*, ils ne peuvent cependant égaler les droits propres aux parties. Le tribunal arbitral doit donc veiller à circonscrire l'intervention des *amici curiae* de manière à bénéficier exclusivement de leur argumentation. Par exemple, si une partie peut légitimement exiger du tribunal qu'il préserve la confidentialité de ses écrits, un *amicus curiae* ne peut en faire autant, dans la mesure où la légitimité même de son intervention découle des bienfaits supposés d'une plus grande transparence.

Ainsi, en l'absence d'un *corpus* de droit rattachable à un ordre juridique distinct, les tribunaux arbitraux devront définir eux-mêmes l'étendue de l'intervention des *amici curiae*, construisant un corps de règles de plus en plus précis au fil de leurs décisions. Leur intervention semble dores et déjà exclue dans un domaine spécifique, relatif à l'organisation de la procédure arbitrale, dont la discussion semble revenir exclusivement aux parties. Au stade de la compétence, la question de l'intervention d'*amici curiae* est davantage problématique. Il est en effet difficile d'admettre en tant que principe un droit des *amici curiae* à se prononcer sur la compétence des tribunaux arbitraux, dans la mesure où leur intérêt à agir paraît minime. Comme l'a relevé très justement la jurisprudence arbitrale,¹⁶³ l'apport des *amici curiae* en ce domaine est *a priori* superflu. Lorsqu'un tribunal autorise un *amicus curiae* à intervenir, ce dernier n'a donc pas pour autant la possibilité d'offrir ses contributions concernant la matière qui lui semble opportune. L'intervention d'*amici curiae* au stade de la compétence pourrait toutefois être admise quand se pose à ce stade la question de l'interprétation d'un instrument juridique (par exemple, un traité multilatéral) dont les parties tierces

¹⁶³ Voir Ordonnance du 19 mai 2005, « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par.28 ; Ordonnance du 12 février 2007, « *Aguas Argentinas v. Argentine Republic* » (note 8), par.4 ; Ordonnance du 17 mars 2006 « *Aguas Provinciales v. Argentine Republic* », par.27 ; Ordonnance du 2 février 2007 « *Biwater Gauff v. Tanzania* » (note 8). Voir aussi les arguments du Canada dans son mémoire du 28 mai 2001, dans « *UPS v. Canada* » (note 54), par.43-55. Le tribunal arbitral a suivi ces arguments, voir Ordonnance du 17 octobre 2001 « *UPS v. Canada* », *id.*, par.71.

seraient susceptibles d'éclairer le sens et la portée. Cette hypothèse est cependant assez peu probable, et le principe reste celui de l'intervention exclusive d'*amici curiae* sur le fond du litige, l'exclusion de cette intervention sur la procédure et l'intervention exceptionnelle au stade de la compétence.

CONCLUSION

Les considérations précédentes permettent de dégager un certain nombre d'éléments caractérisant les contours juridiques de l'intervention d'*amici curiae* devant les tribunaux arbitraux d'investissement. Pour conclure, il nous semble utile de signaler, de façon un peu schématique et sous réserve de ce qui a été évoqué précédemment, les réponses à un certain nombre de questions centrales susceptibles de se poser en matière d'intervention d'*amici curiae*.

La première question qui se pose tout naturellement est celle de savoir qui est habilité à intervenir en tant qu'*amicus curiae*. Toute personne physique ou morale peut être admise à intervenir en tant qu'*amicus curiae* : il peut s'agir *inter alia* d'une individualité (professeur de droit), d'une organisation non-gouvernementale voire même d'une organisation intergouvernementale. Cette dernière hypothèse s'est d'ailleurs présentée récemment, la Commission européenne ayant déposé deux demandes visant à intervenir en tant qu'*amicus curiae* au cours des affaires *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary* et *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Republic of Hungary*. Le caractère « amical » de l'intervention d'une telle personne doit être établi en fonction de critères de représentativité de la société civile (et donc d'indépendance à l'égard des parties) et d'expertise. En effet, l'*amicus curiae* doit d'abord faire la preuve qu'il représente un intérêt dont l'interaction des deux parties au litige ne suffit pas à rendre compte. Cet intérêt peut être direct (l'*amicus* s'exprimant en son nom propre) ou indirect (l'*amicus* s'exprimant au nom d'autres personnes). En outre, les *amici curiae* doivent être représentatifs d'intérêts distincts de ceux des deux parties (même si ces intérêts sont susceptibles de chevauchements). A ce titre, l'établissement de l'indépendance financière et managériale des *amici curiae* à l'égard des deux parties est une condition essentielle à la preuve de leur caractère amical. L'*amicus curiae* doit donc rester un « ami de la cour » plutôt que l'ami d'une des deux parties. L'admission à intervenir doit également dépendre de la capacité de l'*amicus curiae* à apporter une perspective *utile et originale* au tribunal en vue du règlement du différend. L'*amicus curiae* doit faire la preuve de l'originalité de sa contribution, qui doit s'ajouter aux arguments des deux parties plutôt que se superposer à ces derniers.

La deuxième question est celle de savoir devant quels tribunaux l'admission d'*amici curiae* est susceptible d'intervenir. Comme nous l'avons établi

précédemment, cette intervention a été admise à l'occasion de différends opposant les Etats à des personnes morales ou physiques. La pratique en matière de différends interétatiques ou purement privés est clairement moins accueillante à l'égard de l'*amicus curiae*, en particulier en matière d'arbitrage commercial. Or la nature « privée » des deux parties au litige ne doit pas faire barrage, en tant que principe, à l'intervention d'*amici curiae* au cours de telles instances. Comme l'a relevé le tribunal arbitral dans l'affaire *Methanex*, le critère examiné doit être celui de la substantialité publique du litige, dans la mesure où celui-ci a par exemple un impact direct sur la population civile. Cette substantialité publique doit être focalisée ou particulière, et non simplement générale, comme le suggèrent les ordonnances émises par les tribunaux dans les affaires *Aguas Argentinas*, *Aguas Provinciales* et *Biwater Gauff*.

Une troisième question porte sur les modalités de l'intervention des *amici curiae*. Pour le moment, cette intervention semble se borner à la soumission d'écrits, dont la longueur doit être limitée à un nombre déterminé de pages, notamment dans un souci d'économie, de temps et d'argent. Ce même souci doit guider la réponse des tribunaux à la question de savoir si les *amici curiae* peuvent intervenir au cours de la procédure orale. Cette question doit sans doute être abordée au cas par cas, même si une telle intervention peut de prime abord paraître superflue. A cet égard, la question du coût financier lié à l'intervention d'*amici curiae* est essentielle. Dans la mesure où cette intervention est susceptible de renforcer la légitimité du tribunal, ainsi que d'apporter des arguments juridiques soutenant sa décision finale, il paraît logique que le coût de cette participation repose sur les parties elles-mêmes, dans la mesure où elles en sont ultimement, d'une manière ou d'une autre, les bénéficiaires. A ce titre, les tribunaux doivent eux-mêmes veiller à ce que les frais engendrés par l'admission d'un *amicus curiae* restent modestes.

On peut enfin s'interroger sur les limites éventuelles posées à l'intervention des *amici curiae*. A cet égard, la pratique des tribunaux semble exclure du champ de leur intervention les questions ayant trait à l'organisation de la procédure arbitrale.¹⁶⁴ Il est en effet essentiel que cette organisation reste aux mains des parties et du tribunal, et que l'*amicus curiae* ne puisse obtenir une qualité à agir similaire à celle des parties. Par ailleurs, si la position d'*amicus curiae* donne un certain nombre de droits, elle impose également des devoirs, notamment un devoir de confidentialité, si les parties l'exigent. En effet, si l'intervention de l'*amicus curiae* permet de renforcer le processus juridictionnel en lui faisant prendre en compte des intérêts largement compris, il ne doit en aucun cas aller à l'encontre de la volonté des parties, quand cette volonté vise à préserver un

¹⁶⁴ Voir en ce sens, « *UPS v. Canada* » (note 54), par.60.

certain degré de confidentialité. Par exemple, en octobre 2008, IA Reporter a fait une demande auprès du Secrétariat du CIRDI visant à obtenir une copie destinée aux personnes souhaitant intervenir en tant qu'*amici curiae* au cours de l'instance *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa*. Le Secrétariat a rejeté cette demande car les parties et le tribunal souhaitaient restreindre la diffusion de cette note aux *amici curiae* potentiels, et non au grand public.¹⁶⁵ Les *amici curiae* peuvent donc être tenus à une obligation de confidentialité.

Ces quelques conclusions doivent faire l'objet d'ajustements, tant cette matière reste à ce jour nouvelle, et par conséquent, peu régulée. Les incertitudes liées à ces ajustements expliquent sans doute les réticences formulées à l'encontre de l'institution de l'*amicus curiae*. Une autre crainte est que les *amici curiae* agissent comme les amis non pas du tribunal, mais d'une des deux parties au litige. Les ajustements devront donc prendre en compte ce phénomène, afin de maintenir l'égalité procédurale entre les parties. Malgré ces quelques difficultés, l'admission d'*amici curiae* est tout de même susceptible d'apporter des bienfaits considérables dans un contexte difficile pour l'arbitrage d'investissement, qui tient sans doute à un besoin accru de légitimité. Ce besoin de légitimité ne saurait être négligé, non seulement afin de lutter plus efficacement contre les abus de certains investisseurs, mais également pour faire face à la montée du populisme dans certaines régions du monde où, sous prétexte d'impérialisme, les populations locales sont privées des effets bénéfiques de l'investissement international.

¹⁶⁵ Voir IA Reporter, Volume 1, No. 13, 22 octobre 2008.