

Etudes et réflexions 2018 numéro 9

Open data et sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un traité d'investissement

Philippe BORDACHAR*

Citer cet article : Philippe BORDACHAR, « *Open data* et sentences arbitrales rendues sur le fondement d'un traité d'investissement », Elise MOURIESSE (dir.), *L'open data : une évolution juridique ?*, Revue générale du droit (www.revuegeneraledudroit.eu), Etudes et réflexions 2018, numéro 9.

*Philippe BORDACHAR est doctorant en droit public au sein de l'École doctorale Organisations, Marchés et Institutions de l'Université Paris-Est Créteil et chargé d'enseignement au Mans Université. L'auteur tient à adresser ses vifs remerciements à Elise MOURIESSE, maître de conférences en droit public, pour l'organisation de la première édition de la « Journée des Jeunes Chercheurs du Themis-UM » au Mans Université ainsi qu'à Arnaud DE NANTEUIL, professeur à l'Université Paris-Est Créteil, pour ses encouragements et pour le profitable échange d'idées dans le cadre de la rédaction de ces lignes.

L'*open data*, perçue comme la diffusion des données publiques par les administrations¹, peut être assimilée à un moyen de réalisation d'un projet politique plus vaste : l'*open government*, c'est-à-dire l'ouverture des gouvernements dans le but d'assurer davantage de transparence et de renforcer la participation des citoyens dans la prise des décisions publiques². Ce mouvement s'inscrit dans un contexte de refondation de l'action publique³, pour la moderniser et la rendre plus efficace. En délivrant des données publiques, c'est l'action même des administrations qui pourrait faire l'objet d'un renouveau du contrôle mené par les citoyens, mieux informés et pouvant prendre part directement à la vie de la Cité ; certains auteurs ont ainsi parlé de « citoyenneté augmentée », d'*empowerment* du citoyen⁴. **Le droit, ou plutôt la technique juridique, aurait alors pour mission de concrétiser et de mettre en application le concept large, issu des sciences politiques, que constitue la gouvernance dite « ouverte ».**

Les Etats sont liés entre eux par des traités bilatéraux (TBI) ou multilatéraux de protection et d'encouragement réciproques des investissements par lesquels ils s'engagent, en droit international, à assurer un certain niveau de protection sur leur sol aux investisseurs étrangers et choisissent, très fréquemment, d'instituer le recours à des tribunaux arbitraux internationaux afin de résoudre les éventuels litiges relatifs à l'interprétation et à l'application de ces traités. Le choix de l'arbitrage international afin de

¹ L. CADIET (Rapp.), « L'*open data* des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », La Documentation Française, nov. 2017, spéc. p. 18. Le Rapport Cadiet est accessible en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/184000019-l-open-data-des-decisions-de-justice-mission-d-etude-et-de-prefiguration-sur>.

² I. BOUHADANA et W. GILLES, « L'*open government*, transfiguration de notions anciennes ou émergence d'un nouveau concept juridique ? », *Rev. Lamy Droit de l'immatériel* 1^{er} juin 2014, n° 105.

³ I. BOUHADANA et W. GILLES, *préc.* ; v. *Open Government Partnership*, « Déclaration Commune pour un Gouvernement Ouvert », déc. 2016, p. 2.

⁴ S. MANSON, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », *AJDA* 2016, pp. 97 et s.

rendre la justice se justifiait notamment par la volonté d'effacer les imperfections de la protection diplomatique, imprévisible car tributaire de facteurs géopolitiques dépassant le cadre spécifique de l'investissement concerné : l'Etat d'origine de l'investisseur choisissait, le cas échéant, de prendre fait et cause pour son ressortissant selon ses propres intérêts. L'arbitrage d'investissement a aussi été promu dans les traités à compter de la phase géopolitique de décolonisation, dans le but d'assurer un forum neutre et impartial de résolution des différends. Les tribunaux arbitraux internationaux ont eu la faveur des négociateurs des traités, afin d'éviter que les investisseurs étrangers ne soient obligés de porter leurs réclamations devant les tribunaux de l'Etat hôte de l'investissement, juridictions suspectées de subir la tutelle du pouvoir exécutif et de prendre politiquement position à l'encontre des investisseurs étrangers. **Ainsi, l'arbitrage d'investissement correspond à un mécanisme juridique – plus spécifiquement, à un mode de résolution des différends – qui vise à dépolitiser le règlement des contentieux.**

L'arbitrage d'investissement, qui trouve donc sa base juridique dans l'instrument traditionnel du droit international public qu'est le traité⁵, a été l'objet de très sévères critiques émanant d'organisations non-gouvernementales mais aussi de gouvernements et d'institutions internationales, à propos de la confidentialité de la procédure d'arbitrage en général. L'absence de publicité – ou, à tout le moins, la publicité très restreinte – de la procédure s'est trouvée contestée eu égard à la mission confiée par les Etats aux tribunaux arbitraux internationaux, qui consiste à vérifier la conformité du comportement d'un Etat par rapport aux engagements pris à l'égard des investisseurs étrangers, dans des matières souvent essentielles comme la préservation de la santé publique, la protection de l'environnement, la construction d'infrastructures de transport

⁵ S. HAMAMOTO, « Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités et la Convention de Maurice sur la transparence », *JDI (Clunet)* janv. 2016, doct. 1.

ou de fourniture d'énergie⁶. En outre, les enjeux souvent considérables du contentieux arbitral d'investissement peuvent créer une charge financière importante pour l'Etat condamné et, d'un certain point de vue, pour le contribuable.

De ces constats est née une revendication de transparence, devenue un enjeu majeur en droit international de l'investissement⁷, traduisant une certaine re-politisation du contentieux arbitral⁸. Rendre plus transparent l'arbitrage d'investissement, c'est le rendre plus clair et accessible, c'est mettre à disposition les informations qui concernent la procédure d'arbitrage : la proximité avec la démarche de l'*open government* et l'un de ses moyens de réalisation, l'*open data*, est de ce point de vue évidente. Le lien entre la transparence de la procédure d'arbitrage et la « *bonne gouvernance* » a d'ailleurs été opéré sans équivoque par la Résolution 68/109 de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, adoptée le 16 décembre 2013⁹, reconnaissant par la même occasion « *l'intérêt général inhérent* » au règlement arbitral des différends liés aux investissements.

Parallèlement, certains Etats ont choisi de développer une politique d'*open data* des décisions de justice, comme c'est le cas en France dans le cadre de la Loi pour une République numérique, dite également « Loi Lemaire », adoptée par le Parlement le 07 octobre 2016¹⁰. Lors d'un colloque s'étant tenu quelques jours seulement après l'adoption de cette loi, le Premier président de la Cour de cassation, Bertrand Louvel, a rappelé les atouts potentiels de l'*open data* des décisions de justice en France :

⁶ H.-L. YU et B. OLMOS GIUPPONI, « *The Pandora's Box Effects under the UNCITRAL Transparency Rules* », Journ. of Bus. Law 2016, pp. 347 et s., spéc. p. 354.

⁷ S. MENETREY, « La transparence dans l'arbitrage d'investissement », *Rev. arb.* 2012, pp. 33 et s.

⁸ H.-L. YU et B. OLMOS GIUPPONI, *préc.*, spéc. p. 369.

⁹ ONU, Ass. gén., A/RES/68/109, 16 déc. 2013 ; v. également ONU, Ass. gén., A/RES/69/116, 10 déc. 2014.

¹⁰ V. les articles 20 et 21 de la Loi Lemaire.

l'accès pour les magistrats à l'ensemble des décisions de leurs collègues, la connaissance des décisions aboutissant corrélativement à la réduction de leur imprévisibilité pour les citoyens et l'accroissement du recours aux modes alternatifs de règlement des litiges¹¹. La mise à disposition par certains Etats de l'ensemble des décisions de justice, sous certaines conditions (de protection de la vie privée ou du secret des affaires, par exemple), peut-elle être transposée à l'arbitrage d'investissement ? Il est vrai que le vaste mouvement de réforme de l'arbitrage fondé sur un traité d'investissement s'est cristallisé à propos de la publicité des sentences arbitrales. La transparence est alors assimilée au soleil : le soleil éclaire, met en lumière, tout le monde peut en profiter et il faut parfois prendre ses précautions afin de ne pas s'y brûler. Les sentences arbitrales deviendraient alors des planètes du système solaire, sur lesquelles il ferait jour et parfois nuit (pour la préservation de certains secrets d'affaires ou des secrets protégeant les intérêts essentiels de sécurité des Etats). Les réformes successives de l'arbitrage d'investissement vers davantage de transparence pour susciter la confiance des citoyens pourraient, dans la durée, conduire à l'*open data* des sentences arbitrales (I) dont il conviendra d'étudier les conséquences prévisibles (II).

I. — LES REFORMES SUCCESSIVES DE L'ARBITRAGE D'INVESTISSEMENT POUR RENFORCER LA TRANSPARENCE : VERS L'OPEN DATA DES SENTENCES ARBITRALES ?

L'arbitrage d'investissement a longtemps souffert d'un régime procédural trop proche de celui de l'arbitrage commercial international. Si un important mouvement de réforme vise à assurer davantage de transparence dans la procédure de l'arbitrage d'investissement par rapport à celle de l'arbitrage commercial international (A), il n'en demeure pas moins que les défis à relever afin d'aboutir à l'*open data* des sentences arbitrales en droit de l'investissement sont encore nombreux (B).

¹¹ B. LOUVEL, « Allocution d'ouverture », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, JCP G 27 févr. 2016 (supp.), p. 6.

A. La distanciation des régimes procéduraux de l'arbitrage d'investissement et de l'arbitrage commercial international

Si l'on devait brosser à très grands traits le portrait de l'arbitrage commercial international, l'on pourrait indiquer simplement qu'il vise à résoudre des litiges opposant deux personnes morales impliquées dans le commerce international¹². L'arbitrage commercial international a vocation – au moins en théorie – à régler rapidement, définitivement et discrètement des litiges qui opposent des personnes qui sont bien souvent des partenaires économiques dans une relation globale, avant d'être des adversaires dans un litige en particulier. Le recours à l'arbitrage commercial international permet ainsi de faire trancher, en général par un ou plusieurs arbitres, un litige en veillant à préserver la discrétion, notamment pour éviter de dévoiler des secrets d'affaires dans une audience ou un jugement publics et pour ne pas ternir la réputation des personnes opposées au cours de l'arbitrage. Les sentences rendues en matière de droit commercial international sont très souvent confidentielles, malgré la diffusion de certains extraits dans les revues spécialisées ou les ouvrages.

Quant à lui, le contentieux arbitral international relatif aux investissements consiste à confier à un ou plusieurs arbitres l'évaluation de la validité, au regard du droit international, du comportement de l'Etat vis-à-vis des investisseurs étrangers qu'il accueille sur son territoire et pour lesquels il s'est engagé internationalement à assurer un certain niveau de protection. Or, l'arbitrage d'investissement et l'arbitrage commercial international exploitaient un régime procédural très proche, prévoyant de façon générale la confidentialité de l'arbitrage, incluant la non-diffusion des sentences.

Ces régimes procéduraux se sont progressivement distingués, l'arbitrage d'investissement évoluant vers davantage de transparence dès le début

¹² L'article 1504 du Code de procédure civile, issu de la réforme du droit français de l'arbitrage en 2011, dispose que : « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

du XXI^{ème} siècle dans le cadre de l'ALENA¹³, ce qu'ont relevé différents tribunaux arbitraux, comme celui constitué dans l'affaire *Bivater c. Tanzanie*¹⁴. De la même manière, le tribunal arbitral constitué pour se prononcer sur l'affaire *Philip Morris c. Australie* a mis en avant l'intérêt public lié au règlement des litiges en droit international de l'investissement, qui suggère la mise à disposition des informations du litige auprès de la société civile en général, soulignant l'influence des règlements d'arbitrage dans cette marche vers la transparence¹⁵.

Il est vrai que le Règlement d'arbitrage du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) a évolué en 2006. En ce qui concerne les sentences arbitrales, l'article 48 du Règlement d'arbitrage du CIRDI a cherché à maintenir un équilibre entre préservation du secret des affaires, d'une part, et volonté d'exposer le raisonnement juridique des arbitres, d'autre part. Mais cette ouverture peut être qualifiée de timide : pour la publication des sentences dans leur intégralité, il est nécessaire d'obtenir le consentement des parties à l'arbitrage¹⁶. C'est le principe. En l'absence d'accord des parties, seuls peuvent être publiés des « *extraits du raisonnement juridique adopté par le tribunal* » arbitral. C'est le Secrétariat du CIRDI, entité de la Banque Mondiale, qui est chargé, en tant que dépositaire, de publier les sentences. La prochaine révision du Règlement d'arbitrage du CIRDI pourrait rendre obligatoire la publication de l'ensemble des décisions, ordonnances de

¹³ H.-L. YU et B. OLMOS GIUPPONI, *préc.*, spéc. p. 350.

¹⁴ *Bivater Gauff (Tanzania) Ltd v. United Republic of Tanzania*, aff. CIRDI ARB/05/22, ordonnance de procédure n° 3, 29 sept. 2006, spéc. §114 : “*Considerations of confidentiality and privacy have not played the same role in the field of investment arbitration, as they have in international commercial arbitration. Without doubt, there is now a marked tendency towards transparency in treaty arbitration*”.

¹⁵ *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*, Aff. CPA 2012-12, ordonnance de procédure n°5 (relative à la confidentialité), 30 nov. 2012, spéc. §51 : “*Investment disputes involve a public interest component which suggests that informations about the dispute be made available not only to the parties and the tribunal but also to civil society at large. This recognition has led to a growing practice – under the various rules chosen for investment arbitration – to provide for greater transparency*”.

¹⁶ CIRDI, Règlement d'arbitrage tel qu'issu de la révision menée en 2006.

procédure et sentences, ainsi que l'a annoncé très récemment sa Secrétaire générale, Meg Kinnear¹⁷.

De la même manière, l'article 3 (1) du Règlement de la Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (ci-après : « le Règlement de la CNUDCI sur la transparence ») prévoit la publication des documents au cœur de l'arbitrage, et notamment des « *ordonnances, décisions et sentences du tribunal arbitral* »¹⁸. L'ouverture des documents au cœur de l'arbitrage, constituée par l'article 3 (1) de ce Règlement est le principe¹⁹, mais elle est à concilier avec l'article 7 qui prévoit des exceptions à la transparence, concernant les « *informations confidentielles et protégées* ». Il revient au tribunal arbitral, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de se prononcer sur les exceptions à la transparence. Les documents de l'arbitrage faisant l'objet d'une diffusion sont ensuite publiés sur le Registre de la Transparence tenu par la CNUDCI²⁰. Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence s'applique à compter du 1^{er} avril 2014 et peut être choisi par des parties qui auraient soumis leur arbitrage au règlement d'une autre institution. De la même manière, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, datant de 2010, a été révisé en 2013 afin d'intégrer dans son article premier le Règlement de la CNUDCI sur la transparence, laissant toutefois la liberté aux parties de l'exclure. Enfin, une convention internationale, la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités (ci-après : « la Convention de Maurice

¹⁷ T. JONES, « *Kinnear sheds lights on ICSID rules amendment* », Global Arbitration Review, 6 avr. 2018.

¹⁸ V. not. P. COATES, « *The UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration : Continuing the Evolution of Investment Treaty Arbitration* », Int. Arb. Law Review, 2014, pp. 113 et s.

¹⁹ J. CAZALA, « Le Règlement de la CNUDCI sur la transparence de l'arbitrage entre investisseurs et Etats fondé sur des traités », *Cah. arb.* 2014, 4, pp. 755 et s.

²⁰ Registre Transparence de la CNUDCI, accessible sur : <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>

sur la transparence »), est entrée en vigueur le 18 octobre 2017 : cette convention internationale doit permettre l'application du Règlement Transparence de 2014 aux si nombreux – près de trois-mille – Traités Bilatéraux d'Investissement conclus précédemment par les Etats parties.

B. Au-delà des réformes actuelles : les défis de l'*open data* des sentences arbitrales d'investissement

Le mouvement de réforme de l'arbitrage d'investissement pour davantage de transparence rejoint celui qui a influencé les politiques d'*open government* et d'*open data* : c'est la volonté de rendre ouvert, de dévoiler, de montrer. Cette tendance à la diffusion est « *par essence fragile* »²¹ parce qu'elle est la conséquence d'un contexte politique et sociologique où un courant puissant est en faveur de la révélation, de la divulgation des dessous de l'action publique et, par conséquent, de la fonction du juge, en insistant sur la possibilité d'éclairer le citoyen pour « *créer une relation de confiance à travers une action ouverte ou transparente* »²². Nul ne peut prévoir si demain l'exigence de transparence sera toujours attendue des gouvernants, au sens large, et des tribunaux, quels qu'ils soient, choisis par les Etats et les organisations internationales pour trancher les litiges relatifs aux investissements.

De la même manière, si les démarches d'*open data* sont souvent vantées par leurs promoteurs comme des outils au service de la prise de connaissance du citoyen voire de sa participation à la prise de décision, il n'en demeure pas moins que, pour le moment, cette demande semble émaner davantage de certaines sphères de la société (par exemple des organisations non-gouvernementales qui expriment une certaine méfiance vis-à-

²¹ Ph. YOLKA, « *Open data* : L'ouverture, c'est l'aventure », *AJDA* 2016, pp. 79 et s.

²² H. VERDIER et S. VERGNOLLE, « L'Etat et la politique d'ouverture en France », *AJDA* 2016, pp. 92 et s.

vis de la pratique actuelle du pouvoir²³) plutôt que de la société dans son ensemble. En droit international de l'investissement, la demande d'informations supplémentaires est venue des organisations non-gouvernementales dans le cadre de demandes de dépôt de mémoires en tant qu'*amici curiae* dans l'arbitrage fondé sur l'ALENA et il y a fort à parier que la transparence accrue autour des sentences arbitrales sera avant tout exploitée par un public d'initiés : les avocats spécialisés et les consultants, les arbitres eux-mêmes, les chercheurs²⁴ et les institutions nationales ou internationales spécialisées, les services juridiques des sociétés impliquées dans les opérations d'investissements internationaux et, corrélativement, les services spécialisés des Etats.

Plus spécifique encore au droit international de l'investissement se pose la question du nombre des sentences mises à disposition, dépendant de divers facteurs. Il reste à voir si les parties à l'arbitrage d'investissement choisiront l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence²⁵ et quelle sera l'utilisation par les tribunaux arbitraux de leur pouvoir discrétionnaire dans la détermination des informations confidentielles ou protégées²⁶. Si les parties choisissent l'application du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI tel que révisé en 2013, il faudra vérifier qu'elles n'ont pas exclu l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence. Il est d'ailleurs à retenir que les parties peuvent parfois prévoir l'application d'un règlement d'arbitrage qui ne prévoirait pas de publication des sentences, ce qui ne les empêche pas, toutefois, de pré-

²³ Nous n'irons pas jusqu'à reprendre l'expression de « demande militante » employée par l'inspirateur de cette idée, S. MANSON, « La mise à disposition de leurs données publiques par les collectivités territoriales », *préc.*

²⁴ Impactant possiblement le fond du droit, le droit international de l'investissement étant une matière où la doctrine occupe une place primordiale ; v. *infra* à propos de l'harmonisation des sentences arbitrales d'investissement, pp. 12-14.

²⁵ V. *Iberdrola, S.A. and Iberdrola Energía, S.A.U. v. Plurinational State of Bolivia*, Aff. CPA 2015-05.

²⁶ V. *supra* l'articulation des articles du Règlement de la CNUDCI sur la transparence, p. 8.

voir l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence²⁷. Par ailleurs, une partie à un arbitrage d'investissement clôturé pourrait-elle diffuser la sentence²⁸ ou la faire volontairement « fuiter » ? Le nombre de sentences mises à disposition dépendra également de l'attitude des Etats – et des organisations régionales telles que l'Union européenne – dans la conclusion de leurs futurs accords d'investissement : choisiront-ils l'application du Règlement de la CNUDCI sur la transparence²⁹ ou, plus largement, adopteront-ils des règles prévoyant la publication des sentences arbitrales³⁰ ? Signeront-ils la Convention de Maurice sur la transparence, qui ne compte aujourd'hui que trois Etats Parties³¹ ? Il est à noter que la volonté de ne pas publier les sentences peut être exprimée par l'Etat lui-même, ne souhaitant pas que ses pratiques internes soient mises au jour, par exemple lorsque cet Etat est condamné pour des dysfonctionnements graves comme la corruption des gouvernants³².

La diffusion des sentences arbitrales d'investissement s'annonce ainsi progressive, en prenant en compte la diversité des pratiques selon les institutions d'arbitrage et l'absence, par nature, d'une juridiction suprême chargée de compiler et de diffuser les sentences arbitrales. À cet égard, l'on pourrait envisager de confier la compilation et la diffusion des do-

²⁷ *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SARL v. Republic of Guinea*, Aff. CIRDI ARB/14/22, ordonnance de procédure n°2, 17 sept. 2015 ; v. pour le choix partiel du Règlement de la CNUDCI sur la transparence : *Carlos Ríos and Francisco Ríos v. Republic of Chile*, Aff. CIRDI ARB/17/16, ordonnance de procédure n°2, 16 févr. 2018.

²⁸ C'est ce qu'a fait le Canada, en diffusant les documents issus de huit procédures d'arbitrage sur le Registre de la Transparence de la CNUDCI.

²⁹ V. l'article 8.36 de l'Accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Canada, bien que cet Accord ne prévoit pas la mise en place de tribunaux arbitraux internationaux « traditionnels » mais d'une Cour d'investissement disposant d'un mécanisme d'appel.

³⁰ V. par exemple l'article 10-21 de l'Accord de libre-échange, République Dominicaine – Amérique Centrale et Etats-Unis (DR-CAFTA), 2004.

³¹ Au 03 mai 2018, trois Etats sont parties : le Canada, Maurice et la Suisse. Vingt-trois Etats l'ont signée.

³² Cette idée a été exprimée par le Professeur A. DE NANTEUIL à l'occasion d'échanges autour du présent article.

cuments liés aux procédures d'arbitrage d'investissement à une seule structure dépositaire, plutôt que de poursuivre le schéma actuel légèrement déstructuré dans lequel diverses institutions d'arbitrage ont pour mission de publier les sentences et où l'initiative privée, concrétisée en des sites Internet spécialisés et parfois gratuits³³, supplée l'insuffisance de l'offre publique.

II. — LES CONSEQUENCES PREVISIBLES DE L'OPEN DATA DES SENTENCES ARBITRALES SUR LE CONTENTIEUX ARBITRAL D'INVESTISSEMENT

L'arbitrage d'investissement se caractérise par une multitude de tribunaux arbitraux, dont la composition diffère au gré des espèces : il ne s'agit pas d'un ordre de juridictions hiérarchisé, dont la jurisprudence serait uniformisée de manière verticale par une Cour suprême sur laquelle reposerait une mission régulatrice³⁴. Les mutations globales de l'arbitrage d'investissement, caractérisées par une marche rapide vers la transparence, sont amenées à créer des conséquences concrètes sur le contentieux arbitral d'investissement en renforçant le mouvement progressif de convergence des sentences arbitrales d'investissement **(A)** et l'obligation de motivation de la sentence **(B)**.

A. Le renforcement du phénomène de convergence des sentences arbitrales d'investissement

Lorsqu'elles sont diffusées, les sentences arbitrales rendues par des tribunaux arbitraux ayant eu à se prononcer sur l'interprétation et l'application des mêmes concepts juridiques servent d'autorité, permet-

³³ Nous pouvons par exemple citer Italaw, la base de données accessible gratuitement sur Internet.

³⁴ V., par opposition, un ordre de juridictions hiérarchisé avec à sa tête une Cour suprême telle que la Cour de cassation « *dans son rôle unificateur et normatif* » qui participe à l'objectif « *d'harmonisation et d'application du droit* » : J.-P. JEAN, « *Propos introductifs* », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, JCP G 27 févr. 2016 (supp.), p. 11.

tant aux tribunaux arbitraux de justifier les solutions qu'ils retiennent³⁵ : ce phénomène pourrait être qualifié de convergence, ou encore d'alignement progressif des sentences arbitrales. En 2018, Meg Kinnear, Secrétaire générale du CIRDI, a d'ailleurs évoqué la possibilité de rendre obligatoire la publicité des sentences arbitrales rendues en application du Règlement de cette institution dans le but d'assurer la cohérence des raisonnements juridiques qu'elles contiennent³⁶.

Les réformes visent à rendre publics les documents des procédures d'arbitrage en matière d'investissement et notamment les sentences. Il est dès lors possible d'imaginer que les arbitres internationaux auront plus facilement accès au produit de l'activité juridictionnelle des autres tribunaux arbitraux, ceci par le biais de leurs recherches, des écritures des parties ou, le cas échéant, des mémoires soumis en *amicus curiae*. En outre, il ne faut pas négliger l'apport de la doctrine³⁷, très influente et active en droit international de l'investissement³⁸ ; l'*open data* n'est-elle pas d'ailleurs vantée comme un atout au service de la recherche juridique, permettant

³⁵ G. BORN et E. SHENKMAN, "Confidentiality and Transparency in Commercial and Investor-State Arbitration", in *The Future of Investment Arbitration*, C. ROGERS and R. P. ALFORD (dir.), Oxford University Press, 2009, p. 39.

³⁶ T. JONES, "Kinnear sheds lights on ICSID rules amendment", *préc.*

³⁷ Le Rapport Cadiet relatif à l'*open data* des décisions de justice en France a d'ailleurs fait le lien entre la constitution, en France, d'une jurisprudence et l'activité doctrinale autour des décisions de justice rendues : L. CADIET (Rapp.), « L'*open data* des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *préc.*, spéc. p. 19.

³⁸ Les écritures des parties, les mémoires d'*amicus curiae* et les sentences arbitrales d'investissement s'appuient dans une grande mesure sur les travaux doctrinaux réalisés en la matière ; à cet égard, v. A. DE NANTEUIL, P. JACOB et F. LATTY, « Arbitrage transnational et droit international général », *Annuaire Français de Droit International*, chronique annuelle, qui identifie les sources du droit international général appliquées par les tribunaux arbitraux et consacre, à cette occasion, des développements relatifs à l'utilisation de la doctrine par les arbitres.

d' « *alimenter les travaux* »³⁹, de diffuser des « *jeux de données plus larges et représentatifs donc scientifiquement plus fiables* »⁴⁰ dans la démarche « *altruiste du partage de connaissances* »⁴¹ animant – ou étant censée animer – les chercheurs en droit ? Il est prévisible – et souhaitable ? – que cela conduise à accélérer l'harmonisation du raisonnement juridique suivi par les arbitres, par exemple à propos des notions fondamentales du droit de l'investissement comme la clause de la nation la plus favorisée, le traitement juste et équitable, la détermination des critères de l'investissement.

La transparence accrue des sentences arbitrales, permettant leur diffusion et leur libre-réutilisation, constituerait un atout certain pour l'arbitrage d'investissement à la vertu retrouvée, à l'heure où la mise en place de cours régionales ou internationales de règlement des différends liés aux investissements⁴² devient une perspective de plus en plus proche⁴³. Comme les cours publiques régionales ou internationales, l'arbitrage d'investissement offrirait, dans l'idéal, des décisions harmonieuses, cohérentes, accessibles et réutilisables.

Sans aller jusqu'à imaginer l'impact d'une potentielle justice prédictive concernant l'arbitrage d'investissement – dont l'*open data* est la prémisse en permettant l'élaboration de traitements algorithmiques⁴⁴ fiables – l'accumulation de sentences rendues à propos des mêmes concepts juri-

³⁹ Open Law, *Livre blanc sur l'open data jurisprudentiel*, p. 39, accessible en ligne : http://openlaw.fr/sites/default/files/2017-05/Livret_blanc_interactif21_04_0.pdf

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Ph. YOLKA, « *Open data : L'ouverture, c'est l'aventure* », *préc.*

⁴² À propos desquelles, v. not. : A. DE NANTEUIL, « Les mécanismes permanents de règlement des litiges, une alternative crédible à l'arbitrage d'investissement ? », *JDI (Clunet)* 2017, 1, pp. 3 et s

⁴³ V. les accords négociés par l'Union européenne avec le Vietnam, le Canada, Singapour, le Japon et, encore plus récemment, le Mexique.

⁴⁴ L. CADIET (rapp.), « *L'open data des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice* », *préc.*, spéc. p. 21.

diques permettrait de déterminer la tendance suivie par les tribunaux arbitraux. Cette tendance perceptible accentuerait la prévisibilité du droit international de l'investissement⁴⁵ et, en fonction des données de l'espèce, inciterait à un règlement amiable du contentieux, évitant un contentieux arbitral international susceptible de ternir l'image de marque de l'entreprise ou l'attractivité de l'Etat d'accueil de l'investissement.

B. Le renforcement de l'obligation de motivation de la sentence arbitrale d'investissement

Invité à délivrer sa pensée à propos de « *L'open data* et le juge administratif », Christian Vigouroux, Président de section au Conseil d'Etat, recommandait « *un soin particulier accordé à la motivation parce qu'elle marque l'indépendance et l'efficacité du juge et que pour être "open" il faut être compris* »⁴⁶. Les arbitres pourraient illustrer leurs sentences et renforcer leur motivation en citant et en exploitant les sentences précédentes, ceci grâce à leur diffusion, à leur accessibilité et à leur libre-réutilisation, qui sont des caractéristiques de l'*open data*. Cette affirmation, peut-être abrupte ou délibérément optimiste, se subdivise en deux réflexions, consacrées à l'accessibilité de la motivation des sentences arbitrales d'investissement, d'une part et à la préservation du pouvoir créateur du juge, au sens large, et surtout de l'arbitre international, au sens strict, d'autre part.

L'accessibilité renvoie à la clarté de la motivation⁴⁷, à ce qui est intelligible, compréhensible. Pour être transparent, il faut être en mesure d'expliquer un raisonnement, c'est-à-dire développer des efforts de pé-

⁴⁵ C'est aussi le point de vue défendu, pour la France, par le Rapport Cadiet qui estime que l'*open data* « *faciliterait la convergence des jurisprudences et des pratiques, source d'une meilleure prévisibilité du droit et d'un renforcement de l'égalité de traitement des justiciables* » : L. CADIET (rapp.), « *L'open data* des décisions de justice – Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice », *préc.*, spéc. p. 39.

⁴⁶ Ch. VIGOUROUX, « *Open data* et juge administratif », in *La jurisprudence dans le mouvement de l'open data*, JCP G 27 févr. 2016 (supp.), spéc. p. 31.

⁴⁷ J.-P. JEAN, « *Propos introductifs* », *préc.*, p. 9.

dagogique afin de mettre en lumière les tenants de l'argumentation juridique. Le droit international de l'investissement a une raison d'être, une origine historique qui irrigue son développement, et qui mérite d'être rappelée et explicitée dans les sentences arbitrales afin d'éclairer le sens des raisonnements juridiques qu'elles contiennent : cette branche du droit international vise à protéger un investissement réalisé par un investisseur étranger sur le territoire d'un autre Etat.

La connaissance et le recours accrus aux sentences arbitrales précédentes ne constitueraient pas pour autant une atteinte au pouvoir créateur de l'arbitre international ou, à tout le moins, à son pouvoir d'appréciation de l'état du droit : comme les juges étatiques⁴⁸ – et peut-être plus encore que les juges étatiques selon certains éminents penseurs de l'arbitrage⁴⁹ – les arbitres internationaux doivent rester en mesure d'innover et de différencier, c'est-à-dire de proposer des solutions différentes dès lors que les faits de l'espèce le justifient, surtout au vu de la diversité des situations donnant lieu à un litige et à la complexité des affaires en droit de l'investissement. Ainsi l'*open data* aurait le double mérite de porter à la connaissance des arbitres, des parties et des observateurs les raisonnements juridiques retenus par les précédents tribunaux arbitraux, en laissant aux arbitres la faculté de différencier. Le tribunal arbitral qui choisirait de s'écarter de la solution précédemment retenue devrait prendre le soin de motiver son raisonnement afin de justifier sa solution discordante.

⁴⁸ Ch. VIGOUROUX, « *Open data* et juge administratif », *préc.*, spéc. pp. 30-31.

⁴⁹ M. de BOISSESON, *Droit français de l'arbitrage international*, GLN Joly, 1990, 1131 p.