

Commentaires annotés de l'Union européenne et de ses États membres sur le projet de code de conduite des arbitres et des juges en matière d'investissement élaboré conjointement par les secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI¹

11.9.2020.

Commentaires généraux de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 12 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres tiennent à remercier les secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI pour le travail remarquable qu'ils ont accompli sur ce projet de code de conduite.

Tout au long du processus de modification des règles du CIRDI et des délibérations au sein du groupe de travail III de la CNUDCI, l'Union européenne et ses États membres ont plaidé en faveur d'une réforme qui, entre autres, fournisse des garanties appropriées concernant l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des juges, notamment par l'instauration d'un code de conduite contraignant applicable à toutes les procédures de règlement des différends entre investisseurs et États.

En ce qui concerne les délibérations au sein de la CNUDCI, lors de la trente-huitième session du groupe de travail III tenue en octobre 2019, «[i]l a été indiqué qu'il faudrait peut-être établir des distinctions pertinentes entre les règles énoncées dans un code de conduite selon qu'elles seraient destinées aux arbitres ad hoc ou aux juges siégeant dans un organe permanent. [...] Il a été proposé que le Groupe de travail s'efforce, en tous les cas, d'élaborer en parallèle des normes s'appliquant aux arbitres et aux juges» ([A/CN.9/1004*](#), [point 55](#), guillemets ajoutés). En outre, le groupe de travail III a demandé que les travaux préparatoires relatifs à un code de conduite «[recensent] les aspects qui s'appliqueraient uniformément aux membres des tribunaux tranchant des affaires de RDIE et ceux qui différeraient selon que les destinataires seraient membres d'un tribunal ad hoc ou juges d'un organe permanent et, en conséquence, proposer des options différentes» ([A/CN.9/1004*](#), [point 68](#), guillemets ajoutés).

Néanmoins, le texte actuel du projet de code de conduite ne fait pas de distinction entre les arbitres ad hoc et les juges permanents. Il utilise le terme générique anglais «adjudicator» pour les deux catégories (voir le projet d'article 1^{er}, paragraphe 1, ainsi que les points 6 et 15 du commentaire) et applique les mêmes dispositions aux deux catégories, sans opérer de distinction. Bien que quelques exceptions pertinentes pour les juges permanents soient mentionnées dans le commentaire, le texte des projets d'articles ne reflète aucune différence (voir point 9 du commentaire).

Ainsi qu'il sera expliqué en détail ci-après, un certain nombre de dispositions de ce projet de code de conduite semblent difficilement applicables aux juges permanents nommés par les parties à un mécanisme permanent, qui seraient employés à plein temps pour des mandats à long terme et non renouvelables, percevraient des salaires fixes et n'exerceraient aucune activité extérieure (ci-après les «juges permanents», voir [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)).

Aussi l'Union européenne et ses États membres invitent-ils le secrétariat de la CNUDCI à établir une distinction plus claire entre les règles en matière d'éthique selon qu'elles s'appliqueraient aux arbitres

¹ La version anglaise du projet de code et les commentaires correspondants sont disponibles à l'adresse suivante: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_code_of_conduct.docx.

Les traductions du projet de code et des commentaires correspondants dans les autres langues des Nations unies seront disponibles sur le site web du groupe de travail III de la CNUDCI: https://uncitral.un.org/fr/working_groups/3/investor-state.

ad hoc ou aux juges permanents. Pour ce faire, il pourrait être envisagé d'établir, dans le cadre du code de conduite, une distinction claire entre les parties ou chapitres qui s'appliquent à l'arbitrage ad hoc et ceux qui s'appliquent à un mécanisme permanent. Les règles applicables aux juges permanents pourraient s'inspirer notamment des règles existantes en matière d'éthique adoptées par des cours et tribunaux internationaux dotés de juges à plein temps.

En ce qui concerne le processus de réforme du CIRDI, l'Union européenne et ses États membres ont proposé que, dans l'attente de l'adoption d'un code de conduite, l'acceptation de la nomination s'accompagne d'un engagement spécifique à respecter les règles en matière d'éthique pertinentes en vigueur, telles que les lignes directrices de l'Association internationale du barreau (IBA) sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international. Cette proposition, qui a également été soutenue par d'autres membres du CIRDI, n'a malheureusement pas été retenue par le secrétariat du CIRDI dans la version la plus récente du projet de règles révisées du CIRDI.

D'autres commentaires concernant certaines dispositions particulières sont insérés en caractères gras dans le texte du commentaire relatif au projet de code de conduite, en établissant, le cas échéant, une distinction entre les commentaires selon qu'ils concernent les juges permanents ou les arbitres ad hoc.

Commentaire n° 1 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 19 du commentaire relatif au projet de code)

La note de bas de page n° 5 du commentaire relatif au projet de code de conduite donne à penser que la notion de «candidats» à la fonction de juge permanent se réfère aux juges qui sont membres d'un mécanisme permanent avant qu'ils ne soient sélectionnés pour connaître d'une affaire particulière.

L'Union européenne et ses États membres estiment au contraire que, dans le cadre d'un mécanisme permanent, les obligations imposées aux «candidats» devraient s'appliquer aux personnes dont la candidature au poste de juge permanent est en cours d'examen. Une fois devenues juges permanents, ces personnes seraient tenues en permanence de respecter le code de conduite, y compris avant qu'elles ne soient choisies pour connaître d'une affaire particulière.

En outre, il se peut que la définition de «candidats» doive également englober les personnes qui postulent directement en vue d'une sélection au poste de juge permanent si la procédure de sélection applicable le permet. L'Union européenne et ses États membres proposent donc d'insérer dans le projet d'article 1^{er}, paragraphe 3, les termes «ou qui sont informées par une autre voie de l'examen de leur candidature» entre «have been proposed or contacted» (ont été proposées ou contactées) et «for selection and potential appointment» (en vue de la sélection et d'une nomination éventuelle).

Commentaire n° 2 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 22 du commentaire relatif au projet de code)

Les règles du code de conduite devraient également s'appliquer au règlement des différends entre États en matière d'investissements et, mutatis mutandis, également à d'autres mécanismes de règlement à l'amiable, tels que la médiation, la conciliation ou la procédure de constatation des faits. Cette modification devrait se refléter dans toutes les dispositions concernées du projet de code de conduite, y compris dans les projets d'article 1^{er} et d'article 2 (définitions et champ d'application).

Commentaire n° 3 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 23 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres proposent de réexaminer le code de conduite à l'issue des discussions afin d'évaluer les dispositions qui devraient s'appliquer aux assistants et celles qui ne le devraient pas.

Commentaire n° 4 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 24 du commentaire relatif au projet de code)

Conformément au commentaire n° 1 ci-dessus, il est proposé d'insérer les termes «ou qu'ils sont informés par une autre voie de l'examen de leur candidature» entre «as soon as they are contacted in relation to» (dès qu'ils sont contactés) et «a possible appointment» (en vue d'une éventuelle nomination).

Commentaire n° 5 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 30 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant les juges permanents:

Dans le cadre d'un mécanisme permanent, la compétence des juges serait assurée par des dispositions statutaires pertinentes et par les procédures de sélection. Les juges seraient tenus en permanence d'entretenir leurs connaissances et leurs compétences tout au long de leur mandat. Cependant, il ne serait pas possible pour les parties au différend de récuser un juge pour défaut prétendu de compétence.

- Concernant les arbitres ad hoc:

L'Union européenne et ses États membres proposent de poursuivre la réflexion et de continuer à examiner s'il y a lieu d'inclure la question des compétences dans un code de conduite applicable aux arbitres ad hoc, et d'envisager les répercussions possibles d'une telle décision (par exemple, le risque éventuel de récusation abusive pour défaut prétendu de compétence).

Commentaire n° 6 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 31 du commentaire relatif au projet de code)

Une «obligation de disponibilité» ne semble pas appropriée dans le cas de juges à plein temps qui n'exerceraient pas d'autres professions. Les règles régissant la conduite des juges permanents devraient plutôt s'inspirer de dispositions similaires en vigueur au sein de cours internationales. Par exemple, l'article 23, paragraphe 3, du statut de la Cour internationale de justice dispose que: «[I]es membres de la Cour sont tenus, à moins de congé, d'empêchement pour cause de maladie ou autre motif grave dûment justifié auprès du Président, d'être à tout moment à la disposition de la Cour.»

Commentaire n° 7 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 32 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres proposent de faire référence à «toute obligation applicable en matière de confidentialité et de non-divulgaration» (guillemets ajoutés) au point d) du projet d'article 3.

Commentaire n° 8 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 38 du commentaire relatif au projet de code)

Les règles relatives aux juges permanents nommés par les parties au traité et non par les parties au différend devraient également disposer au paragraphe 2, point a), du projet d'article 4, que les juges ne doivent pas être influencés par leur loyauté «envers une partie».

Commentaire n° 9 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 45 du commentaire relatif au projet de code)

Le projet de paragraphe 1 de l'article 5 devrait indiquer de manière plus explicite que les juges sont tenus de déclarer tout intérêt, toute relation ou tout élément qui pourrait raisonnablement être considéré comme affectant leur indépendance ou leur impartialité, indépendamment de leur forme ou du moment spécifique où ces intérêts, relations ou éléments ont pu apparaître.

Commentaire n° 10 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les arbitres ad hoc (à la suite du point 48 du commentaire relatif au projet de code)

Tel qu'il est proposé, le texte du projet d'article 5, paragraphe 2, point a), imposerait la communication d'informations au sujet de l'existence de relations au cours des cinq années précédentes. Selon les cas, certaines relations antérieures pourraient avoir une incidence sur la présence d'un conflit. Par conséquent, une période d'«au moins» cinq ans devrait être un minimum pour la communication d'informations.

Commentaire n° 11 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 64 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres estiment que les obligations d'information visées aux paragraphes 1, 3 et 4 (première phrase) sont suffisantes dans le cadre d'un mécanisme permanent. Dans le cas de juges à plein temps n'exerçant aucune autre activité professionnelle, les conflits d'intérêts en lien avec des affaires seront moins fréquents. Par conséquent, des obligations étendues en matière d'information ne sont pas indispensables pour chaque affaire. Dans ce scénario, les conflits d'intérêts en lien avec des affaires seraient couverts par les obligations générales prévues dans le projet d'article 5, paragraphes 1, 3 et 4 (première phrase), lesquelles garantissent la communication d'informations et la possibilité de récusation.

Commentaire n° 12 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les arbitres ad hoc (à la suite du point 64 du commentaire relatif au projet de code)

Afin de garantir que les informations pertinentes énumérées dans le projet de paragraphe 2 de l'article 5 sont fournies, la communication devrait être effectuée au moyen d'un formulaire normalisé annexé au code de conduite, avec la possibilité d'ajouter ou d'annexer tout document, et conformément à toute autre procédure établie par les parties. Les formulaires de «déclaration» actuellement utilisés dans les procédures du CIRDI pourraient servir de modèle.

Commentaire n° 13 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 64 du commentaire relatif au projet de code)

Il y aurait lieu de supprimer la seconde phrase du paragraphe 4 du projet d'article 5. L'Union européenne et ses États membres estiment qu'il ne devrait pas incomber aux arbitres et aux juges de déterminer ce que revêt une incidence insignifiante («trivial» en anglais), mais plutôt aux parties au différend, à l'autorité de nomination ou aux co-arbitres (comme cela est applicable dans un système ad hoc), ou à la Cour et à son président (dans le cadre d'un mécanisme permanent) d'apprécier si les informations communiquées ont une incidence insignifiante aux fins de la récusation ou de la destitution éventuelle.

Commentaire n° 14 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 64 du commentaire relatif au projet de code)

Il serait utile de préciser davantage à qui les informations doivent être communiquées (aux parties au différend, aux parties, au secrétariat, aux co-juges, à la Cour, au président de la Cour, etc.). Là encore, le texte pourrait être différent selon que le projet d'article 5 s'applique à un mécanisme permanent ou à un arbitrage ad hoc.

Commentaire n° 15 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 68 du commentaire relatif au projet de code)

Interdire le cumul des fonctions présenterait l'avantage non négligeable de réduire les préoccupations liées aux conflits d'intérêts. Toutefois, comme indiqué au point 68 du commentaire, dans le système de RDIE traditionnel, de nombreux arbitres ne sont nommés qu'à une seule occasion, et demander à tout arbitre potentiel de se retirer d'autres affaires peut entraver l'entrée de nouveaux venus dans le système d'arbitrage et donc constituer un obstacle au renforcement de la diversité de sexe et d'origine géographique, un objectif important reconnu par le groupe de travail III de la CNUDCI et par une majorité de membres du CIRDI au cours des discussions du CIRDI. [Arbitral Women](#) indique que, dans une enquête récente portant sur 353 affaires enregistrées par le CIRDI entre 2012 et 2019, sur 1 055 nominations, seules 152 concernaient la nomination de 35 femmes (14,4 % seulement), et que deux arbitres femmes représentaient à elles seules 45,3 % des nominations de femmes.

Un mécanisme permanent permettrait non seulement de répondre aux préoccupations liées aux conflits d'intérêts en se dotant de juges à plein temps n'exerçant aucune activité extérieure, mais également de renforcer la diversité de sexe et d'origine géographique en incluant dans son statut des exigences en la matière pour la sélection des juges permanents. Plusieurs statuts et actes d'exécution en vigueur au sein de cours internationales peuvent servir d'exemples [voir, par exemple, l'article 36, paragraphe 8, du statut de Rome de la Cour pénale internationale ainsi que les modalités de présentation des candidatures et d'élection des juges, du procureur et des procureurs adjoints de la Cour pénale internationale - ICC-ASP/3/Res.6, point 20 b) et c)].

Commentaire n° 16 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 73 du commentaire relatif au projet de code)

Comme indiqué au point 73 du commentaire, le projet d'article 6 n'est pas approprié dans le cas de juges permanents qui seraient employés à plein temps avec un salaire et des avantages suffisants pour compenser la perte de revenus due à l'absence d'autres activités professionnelles. Les juges à plein temps ne seraient pas autorisés à exercer simultanément d'autres activités professionnelles, conformément aux règles et à la pratique en vigueur au sein de cours internationales existantes. Par exemple, les articles 16 et 17 du statut de la Cour internationale de justice prévoient des règles d'incompatibilité pour les juges de ladite Cour. Plus récemment, la Cour internationale de justice [a](#)

décidé que ses membres en exercice n'agiraient pas en tant qu'arbitres dans le règlement des différends entre investisseurs et États ou dans l'arbitrage commercial. De même, l'article 40, paragraphes 2 et 3, du statut ainsi que l'article 10 du code d'éthique judiciaire de la Cour pénale internationale prévoient des exigences similaires en matière d'incompatibilité.

Un code de conduite pour les juges permanents devrait également comporter des règles de conduite détaillées applicables à ces juges à la fin de leur mandat, y compris l'interdiction d'exercer des fonctions ou des professions spécifiques pendant une période déterminée après la fin de leur mandat. Une source d'inspiration pourrait être trouvée dans les codes de conduite figurant dans les accords de l'Union sur le règlement des différends entre investisseurs et États ou dans l'instruction de procédure VIII de la Cour internationale de justice, laquelle dispose ce qui suit: «La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne ayant été jusqu'à une date récente membre de la Cour [...] intervienne comme agent, conseil ou avocat dans une affaire portée devant la Cour.»

Commentaire n° 17 de l'Union européenne et de ses États membres concernant des systèmes ad hoc (à la suite du point 73 du commentaire relatif au projet de code)

Comme indiqué dans le commentaire relatif au projet de code de conduite, dans le contexte actuel de l'arbitrage ad hoc, une telle règle nécessiterait une identification précise des rôles qui ne peuvent être concomitants ainsi que la détermination d'une durée. Compte tenu de l'importance des préoccupations en jeu, l'Union européenne et ses États membres souhaiteraient une discussion spécifique sur cet aspect entre les membres du CIRDI.

Commentaire n° 18 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 76 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres renvoient à leur commentaire n° 5 ci-dessus.

Commentaire n° 19 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 79 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres réitèrent leur commentaire n° 6 ci-dessus relatif à l'«obligation de disponibilité» pour les juges permanents.

Commentaire n° 20 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 80 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant un mécanisme permanent:

Le paragraphe 2 du projet d'article 8 n'est pas nécessaire et n'est donc pas approprié dans le cas d'un mécanisme permanent, dans le cadre duquel l'attribution des affaires serait gérée selon les règles fixées pour ce mécanisme.

- Concernant l'arbitrage ad hoc:

L'Union européenne et ses États membres proposent d'étudier plus avant la possibilité de limiter le nombre d'affaires que les juges peuvent entendre simultanément, en vue de définir d'éventuelles limitations.

Commentaire n° 21 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 84 du commentaire relatif au projet de code)

Le projet d'article 10 ne serait pas applicable dans le cadre d'un mécanisme permanent doté de juges nommés par les parties contractantes, qui seraient employés à plein temps et auraient l'obligation permanente de signaler l'existence de tout conflit d'intérêts.

Les règles en matière d'éthique applicables aux juges permanents ne devraient pas inclure ce projet de disposition.

Commentaire n° 22 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 87 du commentaire relatif au projet de code)

L'Union européenne et ses États membres conviennent que le projet d'article 11 ne serait pas applicable dans le cadre d'un mécanisme permanent doté de juges à plein temps. Les juges permanents ne percevraient pas d'honoraires de la part des parties au différend pour le temps consacré à une affaire. Ils bénéficieraient d'une rémunération fixe prédéterminée, versée sur le budget du mécanisme permanent, comparable à la rémunération des juges en poste au sein d'autres cours internationales.

Les règles en matière d'éthique applicables aux juges permanents ne devraient pas inclure ce projet de disposition.

Commentaire n° 23 de l'Union européenne et de ses États membres concernant les juges permanents (à la suite du point 90 du commentaire relatif au projet de code)

Des règles relatives à la récusation, à la révocation et à la destitution des juges permanents devraient être prévues dans le statut instituant un tel mécanisme. Ce statut inclurait également des règles sur la mise en œuvre des obligations en matière d'éthique imposées aux anciens juges, c'est-à-dire aux juges permanents à la fin de leur mandat.

Commentaire n° 24 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 92 du commentaire relatif au projet de code)

Des sanctions pécuniaires pourraient être difficiles à instaurer de manière générale, mais il peut être plus facile d'envisager d'éventuelles sanctions financières dans le contexte d'un mécanisme permanent, dans le cadre duquel les juges seraient employés à plein temps et percevraient une rémunération fixe et probablement également une pension.

Commentaire n° 25 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 93 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant les juges permanents:

Des sanctions morales (visant la réputation) pourraient être difficiles à instaurer de manière générale. Toutefois, elles ne seraient pas nécessaires dans le contexte d'un mécanisme permanent, dans le cadre duquel les juges pourraient être écartés du mécanisme en cas de violations graves et répétées du code de conduite.

- Concernant les arbitres ad hoc:

Les conséquences éventuelles liées au non-respect des délais, par exemple, ont fait l'objet de discussions entre les membres du CIRDI dans le cadre du processus actuel de modification des règles. Tout en reconnaissant les difficultés inhérentes à la mise en œuvre de sanctions morales visant la «réputation», l'Union européenne et ses États membres seraient favorables à la poursuite des réflexions sur le sujet.

Commentaire n° 26 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 94 du commentaire relatif au projet de code)

Il n'est pas souhaitable qu'un centre consultatif soit chargé de dresser une liste des arbitres et des juges dans le chef desquels une violation des dispositions du code a été constatée. Ce n'est pas le rôle d'un centre consultatif.

Commentaire n° 27 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 95 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant un mécanisme permanent:

Une Cour et son président auraient, sans nul doute, la responsabilité de faire appliquer le code en cas de violations commises par des juges permanents, conformément aux règles et pratiques en vigueur au sein de cours internationales existantes (par exemple, les articles 18 et 24 du statut de la Cour internationale de justice).

- Concernant l'arbitrage ad hoc:

Il se pourrait qu'un mécanisme permanent ait comme responsabilité de faire appliquer le code également en cas de violations commises par des arbitres ad hoc, mais le fait que seules les parties à la Cour financent ses activités devrait être pris en considération.

Commentaire n° 28 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 96 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant un mécanisme permanent:

Seules les règles du code de conduite et du statut instituant le mécanisme permanent seraient applicables aux juges permanents dans l'hypothèse d'une Cour internationale (ou «anationale»).

- Concernant l'arbitrage ad hoc:

Dans le cadre de l'arbitrage ad hoc, la question de la relation entre un code de conduite et d'autres règles existantes nécessiterait une analyse plus approfondie.

Commentaire n° 29 de l'Union européenne et de ses États membres (à la suite du point 97 du commentaire relatif au projet de code)

- Concernant un mécanisme permanent:

L'Union européenne et ses États membres sont favorables à l'inclusion d'un code de conduite pour les juges permanents dans un instrument multilatéral sur la réforme du RDIE, qui s'appliquerait aux juges permanents d'un mécanisme permanent.

- Concernant l'arbitrage du CIRDI:

L'Union européenne et ses États membres sont favorables à ce qu'un code de conduite contraignant pour les arbitres ad hoc fasse partie intégrante du règlement du CIRDI. L'acceptation de la nomination à la fonction d'arbitre du CIRDI pourrait s'accompagner d'un engagement à respecter le code de conduite.
