

**Assemblée générale**

Distr. limitée
30 août 2018
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des
différends entre investisseurs et États)
Trente-sixième session
Vienne, 29 octobre-2 novembre 2018**

**Éventuelle réforme du règlement des différends entre
investisseurs et États (RDIE)****Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des
décideurs dans le RDIE****Note du Secrétariat****Table des matières**

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE	2
A. Évaluation des problèmes recensés	2
1. Aperçu des problèmes recensés	2
2. Cadre juridique relatif à l'indépendance et à l'impartialité	3
a) Exigences d'indépendance et d'impartialité	3
b) Face à un manque éventuel d'indépendance et d'impartialité : l'obligation de divulcation des arbitres	12
c) Contours du mécanisme de récusation	13
3. Opportunité de mener des réformes	20



I. Introduction

1. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a suggéré que le Secrétariat i) dresse une liste des problèmes soulevés à ses trente-quatrième et trente-cinquième sessions au sujet du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE) ; ii) définisse un cadre possible pour ses travaux futurs ; iii) envisage de fournir aux États des informations supplémentaires qui pourraient leur être utiles en ce qui concerne l'ampleur de certains problèmes (A/CN.9/935, par. 100).
2. Le document A/CN.9/WG.III/WP.149 présente dans les grandes lignes la liste des problèmes et le cadre de discussion visés aux points i) et ii) ci-dessus. Les documents A/CN.9/WG.III/WP.151 (la présente note) et A/CN.9/WG.III/WP.152 répondent aux demandes du Groupe de travail au sujet des arbitres et des décideurs dans le RDIE.
3. À l'instar des autres documents fournis au Groupe de travail, la présente note a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet¹.
4. Si elle contient des informations destinées à aider le Groupe de travail à examiner certains problèmes liés au RDIE afin de déterminer s'il est souhaitable de mener des réformes, la présente note ne vise aucunement à exprimer un point de vue sur les questions soulevées, qu'il appartient au Groupe de travail de trancher.

II. Garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres et des décideurs dans le RDIE

A. Évaluation des problèmes recensés

1. Aperçu des problèmes recensés

5. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a examiné la question des arbitres et des décideurs dans le domaine du RDIE, au regard notamment des exigences éthiques, dont les principaux aspects sont l'indépendance et l'impartialité des arbitres (A/CN.9/935, par. 47 à 68 et 78 à 81), l'incidence des mécanismes de nomination (A/CN.9/935, par. 54 et 69 à 77), ainsi que les qualifications et les pouvoirs des arbitres (A/CN.9/935, par. 82 à 88).
6. En particulier, le Groupe de travail a examiné les causes des critiques formulées à l'égard du régime de RDIE actuel en ce qui concerne les arbitres, de manière à pouvoir contribuer à l'examen de solutions possibles en temps voulu (A/CN.9/935, par. 55). Dans ce contexte, les problèmes soulevés étaient les suivants :
 - i) L'absence de définition précise des exigences éthiques applicables et de leur portée dans la pratique (A/CN.9/935, par. 56), ainsi que les conflits d'intérêts, le problème dit de la « double casquette » ou les conflits de fonctions résultant du fait que les arbitres peuvent également jouer un rôle de conseil dans différentes procédures de RDIE (A/CN.9/935, par. 78 à 81) ;
 - ii) Le processus et les mécanismes de nomination, l'incidence du rôle des arbitres dans des affaires de RDIE (y compris la question de la responsabilité démocratique des arbitres, A/CN.9/935, par. 58), la question de savoir si une transparence accrue est nécessaire dans le processus de nomination, notamment en cas d'intervention d'une autorité de nomination (A/CN.9/935, par. 76 et 77), et les effets des mécanismes de nomination sur la diversité (A/CN.9/935, par. 69 à 75) ;

¹ Voir les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles (en anglais seulement) sous « Additional resources », à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html. L'élaboration de la présente note s'est également fondée sur les contributions des experts suivants : Susan Franck, Jean Kalicki, Joost Pauwelyn, Sergio Puig et Maxi Scherer.

iii) Le mode de rémunération des arbitres, souvent considéré comme un élément essentiel de l'indépendance, bien que la question ait recueilli moins d'attention que d'autres problèmes soulevés à propos des arbitres, comme l'a noté le Groupe de travail (A/CN.9/935, par. 57) ;

iv) Les qualifications requises pour statuer sur des affaires de RDIE et les pouvoirs et obligations des arbitres (A/CN.9/935, par. 82 à 88) ;

v) Les incidences du financement par des tiers sur l'indépendance et l'impartialité (A/CN.9/935, par. 82 à 88).

7. La présente note traite des problèmes examinés par le Groupe de travail concernant l'efficacité du cadre juridique existant pour ce qui est de garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres, y compris les obligations de divulgation et les mécanismes de récusation. Le processus et les mécanismes de nomination, ainsi que leurs effets, et la question des qualifications et des pouvoirs des arbitres sont examinés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.152. Un prochain document de travail portera sur le financement par des tiers.

8. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a suggéré que lui soient communiquées des informations sur d'autres cadres juridiques visant à garantir l'indépendance et l'impartialité, notamment en ce qui concerne l'arbitrage commercial international et les juridictions internationales (A/CN.9/935, par. 46). La présente note comporte des renseignements sur ces éléments de comparaison et formule, le cas échéant, des observations sur la pertinence et la fiabilité des informations et des données concernant certaines questions.

2. Cadre juridique relatif à l'indépendance et à l'impartialité

a) Exigences d'indépendance et d'impartialité

i) Notions d'indépendance et d'impartialité²

9. L'indépendance et l'impartialité de la personne appelée à trancher un différend sont des éléments déterminants de tout système de justice, qui visent à garantir un procès équitable et le respect des exigences d'une procédure régulière. Le Groupe de travail a insisté sur l'importance cruciale, en matière de RDIE, de garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité des arbitres (A/CN.9/935, par. 47).

10. De l'avis général du Groupe de travail, pour être considéré comme efficace, le cadre du RDIE devrait garantir l'impartialité et l'indépendance des arbitres et des décideurs tant dans les faits qu'en apparence. Aussi a-t-il été estimé que les efforts devraient porter sur ces deux éléments (A/CN.9/935, par. 53).

11. Pour beaucoup, l'indépendance et l'impartialité sont des notions distinctes, mais étroitement liées. L'indépendance réside ordinairement dans l'absence de relations commerciales, financières ou personnelles entre un arbitre et une partie à l'arbitrage, tandis que l'impartialité désigne l'absence de partis pris ou de préventions de l'arbitre ou des décideurs à l'égard d'une partie. Le manque d'indépendance résulte habituellement de relations problématiques entre un arbitre et une partie ou son conseil, tandis que le manque d'impartialité surviendrait, par exemple, lorsqu'un arbitre semble avoir préjugé de certaines questions.

² Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente note, à l'instar des débats du Groupe de travail, se concentre sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres. La législation nationale et les règlements d'arbitrage peuvent néanmoins imposer d'autres obligations aux arbitres – notamment en matière de neutralité, d'équité à l'égard des parties, de diligence et de confidentialité. En substance, ces dispositions prévoient que l'arbitre est tenu : i) d'exercer ses fonctions en faisant preuve d'équité et de diligence, consciencieusement et rapidement tout au long de la procédure ; ii) de préserver la confidentialité des informations non publiques et de n'utiliser aucune information pour en tirer un bénéfice personnel ou porter atteinte aux intérêts de tiers. L'article 6 de la Convention CIRDI et l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en sont des exemples.

12. Les obligations d'indépendance et d'impartialité s'appliquent à toute procédure judiciaire ou assimilée de règlement des différends³.

13. Le processus de nomination des arbitres et des décideurs est susceptible de créer des liens entre la partie investie du pouvoir de nomination et l'arbitre ou le décideur. Le contexte et les incidences du processus de nomination dans différents systèmes arbitraux et judiciaires sont examinés dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.152](#).

14. En ce qui concerne la notion d'indépendance, une distinction est généralement faite entre l'indépendance individuelle, à savoir l'absence de liens entre une partie et le décideur, qui est parfois aussi appelée indépendance fonctionnelle (puisqu'elle se rapporte à la fonction de décideur), et l'indépendance institutionnelle, à savoir l'absence d'influence extérieure sur un organe de règlement des différends.

15. Il est courant que les arbitres exercent d'autres activités professionnelles, dans le cadre desquelles ils peuvent être en rapport avec les parties au litige ou être concernés par le différend, au risque de compromettre leur indépendance individuelle, qui est l'aspect principal à prendre en considération dans le contexte des procédures ad hoc de RDIE⁴. L'indépendance institutionnelle reste toutefois un élément pertinent. Dans l'arbitrage institutionnel, par exemple, le cadre institutionnel doit garantir l'indépendance structurelle (c'est-à-dire le fait que les institutions n'interviennent pas dans le règlement des différends). Si les institutions arbitrales dans les systèmes ad hoc s'en remettent principalement à l'indépendance individuelle des arbitres ou décideurs

³ Ces prescriptions s'appliquent aux juridictions nationales, à l'arbitrage commercial international, à l'arbitrage en matière d'investissement, à l'arbitrage interétatique, et aux tribunaux internationaux. Elles traduisent des principes fondamentaux ; voir, par exemple, Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, document des Nations Unies [A/810](#), p. 71 (1948), article 10 (« Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ») ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 171, article 14-1 (« Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. [...] ») ; Convention européenne des droits de l'homme, article 6-1 (« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ») ; les statuts de diverses juridictions internationales reflètent les exigences d'indépendance et d'impartialité ; voir les Principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire (2002), disponibles à l'adresse https://www.unodc.org/documents/corruption/bangalore_f.pdf. Ces exigences sont incluses dans le serment des juges ; ainsi, le statut du Tribunal international du droit de la mer formule cet engagement dans les termes suivants : « Je déclare solennellement que je remplirai mes devoirs et exercerai mes attributions de juge en tout honneur et dévouement, en pleine et parfaite impartialité et en toute conscience. » En outre, les Principes fondamentaux des Nations Unies relatifs à l'indépendance de la magistrature et les « Principes de Burgh House relatifs à l'indépendance de la magistrature internationale », qui sont des principes non contraignants censés s'appliquer avant tout aux cours et tribunaux internationaux permanents, définissent comme suit leurs lignes directrices générales sur l'indépendance et l'impartialité : « Afin de garantir l'indépendance de la magistrature, les juges doivent être indépendants des parties aux affaires dont ils connaissent, de l'État dont ils sont ressortissants ou dans lequel ils résident, du pays d'accueil où ils exercent leur fonction, et de l'organisation internationale sous l'égide de laquelle la cour ou le tribunal est établi ; les juges ne doivent être soumis à aucune influence induite, quelle qu'en soit l'origine ; les juges statuent impartialement sur la base des faits et du droit applicable ; les juges évitent tout conflit d'intérêts et tâchent de ne pas se trouver dans une situation dont on pourrait raisonnablement penser qu'elle donne lieu à un conflit d'intérêts ; les juges s'abstiennent de tout comportement incorrect dans le cadre de leurs activités judiciaires et connexes. » (Disponibles à l'adresse : <http://www.pict-pcti.org/activities/Burgh%20House%20French.pdf>).

⁴ À l'inverse, les statuts des cours et tribunaux internationaux supposent, pour la plupart, que les juges siègent à temps complet. Par conséquent, leur approche de l'activité et des relations non judiciaires se fonde sur des circonstances différentes de celles du RDIE.

à l'égard des parties et de l'objet du litige, le même principe d'indépendance institutionnelle s'applique néanmoins.

ii) *Normes existantes*

16. Dans le domaine du RDIE, les dispositions mises en place par le CIRDI et par la CNUDCI⁵, ainsi que les règles institutionnelles d'autres organes compétents⁶, visent : i) à énoncer le principe selon lequel les arbitres doivent être indépendants et impartiaux ; ii) à prévoir des règles pour prévenir toute dépendance ou partialité en imposant aux arbitres de communiquer certaines informations sur des points qui pourraient susciter des doutes quant à leur indépendance ou à leur impartialité ; iii) à définir des procédures permettant aux parties de récuser des arbitres sur la base d'un manque réel ou apparent d'indépendance ou d'impartialité, qui sont les éléments examinés dans la présente section.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'indépendance et l'impartialité sont définies dans les dispositions arbitrales susmentionnées comme des devoirs pour les arbitres, qui sont tenus de prendre leurs décisions sans ingérences extérieures ou partis pris. L'indépendance est également un droit pour un arbitre, dans la mesure où aucune entité ou personne ne peut entraver ou influencer ses décisions.

18. Des normes non contraignantes ont été élaborées pour compléter les règles applicables. Par exemple, les Lignes directrices de l'Association internationale du barreau sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international (ci-après, les « Lignes directrices de l'IBA ») énoncent un principe général d'indépendance et d'impartialité⁷. Elles prévoient aussi que chaque arbitre est tenu d'évaluer les sources potentielles de conflits d'intérêts ou de parti pris et de les déclarer⁸.

19. Certains traités d'investissement conclus récemment comprennent un code de conduite des arbitres intervenant dans le règlement des différends entre investisseurs et États nés dans le cadre de ces traités, ce code venant ainsi compléter les dispositions des règlements d'arbitrage applicables⁹. De tels codes comportent généralement des normes de conduite pour les arbitres (et d'autres personnes) et portent sur leurs obligations dans la conduite de l'arbitrage, l'obligation de déclaration et le devoir de confidentialité. Ils ne prévoient généralement pas de sanctions autres que le droit des deux parties de demander le remplacement de l'arbitre.

20. Le Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce et ses règles de conduite prévoient que toute personne visée (parmi d'autres parties concernées) « sera indépendante et impartiale, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects [...], de

⁵ Article 14-1 de la Convention CIRDI ; article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Les différences de formulation des exigences d'indépendance et d'impartialité dans les règlements précités ne sont pas considérées comme indiquant des normes différentes. Il est généralement admis que ces dispositions couvrent à la fois les exigences d'indépendance et d'impartialité (par exemple, la garantie d'indépendance dans l'exercice des fonctions peut être comprise comme une autre façon d'exprimer l'impartialité).

⁶ Voir aussi les articles 11 à 13 du Règlement d'arbitrage de la Cour permanente d'arbitrage, l'article 18 du Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017 ; l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce internationale, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2017 ; l'article 11 du Règlement d'arbitrage du Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration, en vigueur depuis le 1^{er} mars 2011.

⁷ Elles disposent que « chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment où il accepte sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester tout au long de l'instance arbitrale jusqu'à la sentence finale ou jusqu'à ce qu'il y soit autrement mis fin ». Les Lignes directrices de l'IBA peuvent être consultées à l'adresse www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

⁸ Voir la règle générale n° 7, point d), disponible à l'adresse indiquée ci-dessus.

⁹ Voir, par exemple, le Code de conduite des arbitres et des médiateurs (Accord de libre-échange entre Singapour et l'Union européenne, annexe 15-B, version de mai 2015) ; et le Code de conduite des arbitres et des médiateurs (Accord économique et commercial global (AECG) annexe 29-B).

façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées¹⁰ ».

iii) *Autres questions ou problèmes spécifiques*

21. Certains problèmes ont été recensés dans le cadre du RDIE comme présentant un risque particulier d'entraîner un manque d'indépendance et d'impartialité ou de susciter des préoccupations à cet égard. Il s'agit notamment des nominations à répétition et des situations de conflits d'intérêts ou de conflits dits « de fonctions ».

Nominations à répétition

22. La question des nominations répétées a été examinée par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session. Il a été dit que la fréquence des nominations par les États ou les investisseurs sert souvent d'indicateur indirect sur la base duquel certains arbitres sont considérés comme favorisant l'une ou l'autre partie (A/CN.9/935, par. 54). Le problème peut aussi se poser sous un autre aspect lorsque le même arbitre est nommé dans des circonstances similaires (par exemple, par des États différents, mais dans des litiges soulevant des points de droit similaires). Il est cependant difficile d'apprécier l'incidence effective des nominations à répétition sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres et de déterminer si, dans les faits, ces nominations reflètent des préférences idéologiques ou politiques, surtout en ce qui concerne leurs effets éventuels sur l'issue des arbitrages.

23. Dans une affaire du CIRDI, des nominations répétées n'ont pas été, en elles-mêmes, considérées comme indiquant un manque d'indépendance, alors même que des points de droit et de fait similaires étaient soulevés¹¹. Toutefois, dans une autre affaire, il a été estimé que « les nominations multiples d'un même arbitre par une partie ou son conseil constituent un élément qui doit être soigneusement pris en considération dans le cadre d'une action en récusation¹² ». D'autres questions dont il faut aussi tenir compte sont notamment celles de savoir si les nominations ont une importance économique pour les arbitres concernés et si elles sont révélatrices d'une dépendance de l'arbitre à l'égard de la partie qui le nomme, si les nominations répétées sont de nature à créer une relation préalable et si les points de droit et de fait soulevés se chevauchent.

24. Les Lignes directrices de l'IBA recommandent l'inclusion des nominations répétées par les parties et leurs conseils dans une « liste orange »¹³. Elles indiquent que des doutes légitimes peuvent naître si « [a]u cours des trois dernières années,

¹⁰ « Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends », 1996, disponibles à l'adresse : https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm.

¹¹ Affaire CIRDI n° ARB/10/5, *Tidewater Inc. et autres c. République bolivarienne du Venezuela*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre, le professeur Brigitte Stern, présentée par le requérant, 23 décembre 2010.

¹² Affaire CIRDI n° ARB/10/14, *OPIC Karimum Corporation c. République bolivarienne du Venezuela*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre, le professeur Philippe Sands, 5 mai 2011.

¹³ Les Lignes directrices définissent quatre catégories de « listes d'application » pour classer les conflits potentiels qui doivent être déclarés, dont la première est la liste rouge. Cette liste comprend deux sous-catégories : premièrement, la liste rouge non susceptible de renonciation, qui énonce les conflits les plus sérieux auxquels, comme l'indique l'intitulé de la sous-catégorie, il ne peut être remédié par une renonciation des parties ; deuxièmement, la liste rouge susceptible de renonciation où sont énumérées des situations qui font naître des doutes légitimes quant à l'indépendance et à l'impartialité d'un arbitre, mais qui peuvent donner lieu à une renonciation des parties (sous réserve que celle-ci soit exprimée formellement et en connaissance de cause). La liste orange est une énumération non exhaustive d'hypothèses qui ne font généralement pas l'objet d'une divulgation, mais dans lesquelles un arbitre doit évaluer au cas par cas si une situation donnée (qu'elle soit ou non expressément mentionnée dans la liste orange) peut néanmoins susciter des doutes légitimes quant à son impartialité. Enfin, la liste verte couvre les situations où il est considéré qu'il n'existe pas de conflit d'intérêts (réels ou supposés) et qui n'entraînent, par conséquent, aucune obligation de divulgation.

l'arbitre a été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par une des parties ou par une affiliée d'une des parties » ou si « [a]u cours des trois dernières années, l'arbitre a été nommé plus de trois fois comme arbitre par le même conseil ou par le même cabinet ». Toutefois, les Lignes directrices prévoient une exception à ces paramètres pour les nominations répétées dans des domaines d'arbitrage spécialisés où il est d'usage que les parties nomment les mêmes arbitres dans différentes affaires¹⁴.

Double casquette ou confusion des rôles

25. Une question très controversée, s'agissant de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres, a trait au changement de rôles de personnes qui interviennent en tant qu'arbitres, conseils ou experts dans différentes procédures de RDIE, au risque d'entraîner des conflits d'intérêts ou des conflits de fonctions¹⁵. Ces situations suscitent des préoccupations, dès lors que les arbitres ont la possibilité de se prononcer sur une question – ou semblent pouvoir le faire – en faveur d'une partie qu'ils représentent dans un autre litige. En outre, il peut arriver qu'un conseil accepte de nommer un arbitre dans une affaire, et que cet arbitre, agissant en qualité de conseil dans une autre affaire, approuve la désignation du conseil qui l'a nommé comme arbitre dans cette deuxième affaire.

26. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail s'est accordé à considérer que cette pratique, souvent qualifiée de « double casquette » ou de « confusion des rôles », était préoccupante dans la mesure où elle créait un conflit d'intérêts potentiel ou réel. Il a entendu à cette session des déclarations selon lesquelles ces conflits – ou même le simple soupçon que des décisions peuvent ainsi être influencées – pesaient de manière négative sur la perception de la légitimité du RDIE (A/CN.9/935, par. 78 et 81). Il a été souligné que les préoccupations relatives à la double casquette sont d'autant plus vives dans le domaine du RDIE que ce sont souvent les mêmes instruments juridiques, ou des instruments similaires, qui doivent être interprétés et appliqués.

27. D'un autre côté, les arguments avancés au sein du Groupe de travail en faveur de l'autorisation de cette pratique font notamment valoir que la qualité et la rigueur dont les décideurs font preuve dans le système actuel seraient compromises par une interdiction de la double casquette, compte tenu du nombre relativement restreint des arbitres de RDIE¹⁶. Un autre argument entendu par le Groupe de travail à sa trente-cinquième session est que les conseils qui souhaitent devenir des arbitres à plein temps ne peuvent pas, pour des raisons économiques, renoncer à leur pratique en tant que conseils, dès lors qu'ils n'ont aucune garantie d'être désignés comme arbitres, et que l'exercice de leurs activités de conseil peut permettre aux futurs arbitres d'acquérir l'expérience et la réputation nécessaires pour obtenir ensuite des nominations (A/CN.9/935, par. 81).

28. Tout en notant que des États ont tenté de régler la question dans de récents traités d'investissement, le Groupe de travail a souhaité, à sa trente-cinquième session, obtenir des informations supplémentaires sur l'ampleur de la pratique, de manière à délimiter le champ du problème et à en comprendre la nature (A/CN.9/935, par. 80).

¹⁴ En matière d'arbitrage commercial international, c'est l'importance économique des nominations pour l'arbitre, plutôt que le nombre de nominations au cours d'une certaine période, qui sert d'indicateur. Voir, par exemple, LCIA, décision n° 81160 (28 août 2009).

¹⁵ On trouvera une illustration de ce genre de confusion des rôles dans les liens réciproques mis en évidence dans les affaires CIRDI n° ARB/01/12, *Azurix Corp. c. République argentine* (décision de récusation non publique) ; n° ARB/02/8, *Siemens A.G. c. République argentine* (décision de récusation non publique) ; et n° ARB/04/19, *Duke Energy Electroquil Partners et Electroquil S.A. c. République de l'Équateur*.

¹⁶ Il a cependant été signalé que leur nombre a augmenté depuis que ces arguments ont été formulés pour la première fois. Voir également l'étude de PluriCourts examinée aux paragraphes 32 et suivants, ci-après.

29. Ni la législation nationale, en général, ni les règlements du CIRDI et de la CNUDCI n'interdisent la pratique de la double casquette. La question n'est pas non plus abordée dans les Lignes directrices de l'IBA. Par conséquent, pour apprécier si la double casquette fait naître des conflits d'intérêts dans la pratique, il convient de se référer à la norme générale en matière de récusation d'arbitres : existe-t-il des doutes légitimes ou d'autres critères applicables indiquant un manque d'indépendance et d'impartialité à l'égard des faits en cause ?

30. En outre, il n'existe guère de normes relatives à l'éthique qui traitent directement de la question de savoir si ce type de multiplicité des rôles est admissible ou non. Certains codes contiennent néanmoins quelques références indirectes qui peuvent être interprétées comme autorisant ou restreignant les rôles multiples dans la pratique de diverses juridictions et organisations internationales¹⁷.

31. Dans le cas des cours et tribunaux internationaux, le principe de Burgh House 8.1 prévoit que « [l]es juges ne se livrent à aucune activité extrajudiciaire incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou avec le fonctionnement efficace et diligent de la juridiction dont ils sont membres, ni à aucune activité extrajudiciaire pouvant porter ou raisonnablement paraître porter atteinte à leur indépendance ou à leur impartialité »¹⁸. L'article 16 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ) interdit aux membres de la Cour d'obtenir et d'exercer certaines fonctions¹⁹. Le statut de la CPI prévoit que « [l]es juges n'exercent aucune activité qui pourrait être incompatible avec leurs fonctions judiciaires ou faire douter de leur indépendance »²⁰

¹⁷ Voir, par exemple, l'article 18 du Code du Tribunal arbitral du sport (TAS) qui dispose : « Les personnalités figurant sur la liste d'arbitres peuvent être appelées à fonctionner dans des Formations relevant de l'une ou l'autre des chambres du TAS. » Lors de leur désignation, les arbitres et les médiateurs du TAS signent une déclaration selon laquelle ils exerceront leurs fonctions, à titre personnel, en toute objectivité et indépendance, et en conformité avec les dispositions dudit Code. Les arbitres et médiateurs du TAS ne peuvent pas agir comme conseil d'une partie devant le TAS.

¹⁸ Pour plus d'informations sur les Principes de Burgh House, voir la note de bas de page 3 ci-dessus.

¹⁹ Statut de la Cour internationale de Justice, article 16-1, 26 juin 1945, 59 Stat. 1055 (proclamant que « [l]es membres de la Cour ne peuvent exercer aucune fonction politique ou administrative, ni se livrer à aucune autre occupation de caractère professionnel. 2. En cas de doute, la Cour décide »). La Cour internationale de Justice a abordé la question de la double casquette dans deux instructions de procédure publiées en 2002 : l'instruction VII – « La Cour estime qu'il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice qu'une personne exerçant des fonctions de juge ad hoc dans une affaire exerce dans le même temps, ou ait récemment exercé, les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire portée devant la Cour. En conséquence, lorsqu'elles désignent un juge ad hoc conformément à l'article 31 du Statut et à l'article 35 du Règlement de la Cour, les parties devraient s'abstenir de choisir des personnes exerçant les fonctions d'agent, de conseil ou d'avocat dans une autre affaire soumise à la Cour, ou ayant exercé de telles fonctions au cours des trois années précédant leur désignation. En outre, les parties devraient également s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne exerçant des fonctions de juge ad hoc dans une autre affaire portée devant la Cour » ; l'instruction VIII – « 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, juge ad hoc, Greffier, Greffier adjoint ou fonctionnaire supérieur de la Cour (secrétaire juridique principal, premier secrétaire ou secrétaire) intervienne comme agent, conseil ou avocat dans une affaire portée devant la Cour. En conséquence, les parties devraient s'abstenir de nommer comme agent, conseil ou avocat dans une affaire soumise à la Cour une personne ayant été, au cours des trois années précédant cette nomination, membre de la Cour, juge ad hoc, Greffier, Greffier adjoint [...] ». Ces instructions de procédure n'ont pas eu pour effet d'empêcher totalement les juges de la CIJ d'agir en qualité d'arbitres en matière de RDIE. Une étude a constaté qu'en date de 2017, sept des 15 membres de la CIJ avaient arbitré au moins 90 affaires durant leur mandat ; trois de ces juges avaient chacun exercé les fonctions d'arbitre dans neuf affaires, et les quatre autres avaient chacun été désignés comme arbitres dans une ou deux affaires seulement ; plusieurs juges en poste avaient également siégé dans des comités d'annulation. Enfin, l'étude a conclu que des juges de la CIJ ont siégé ou siègent encore comme arbitres dans près de 10 % des 817 affaires connues relevant de traités d'investissement (voir <http://www.iisd.org/media/sitting-international-court-justice-judges-worked-arbitrators-least-90-investor-state-cases>).

²⁰ Article 40-2.

et que, d'ailleurs, « [l]es juges tenus d'exercer leurs fonctions à plein temps au siège de la Cour ne doivent se livrer à aucune autre activité de caractère professionnel ». De même, les juges de la CEDH ne peuvent exercer « aucune activité professionnelle incompatible avec leur devoir d'indépendance et d'impartialité ou avec la disponibilité requise par une activité exercée à plein temps »²¹.

32. L'Organisation mondiale du commerce (OMC) a adopté une disposition dont l'approche est assez différente de celle observée dans les statuts et les codes d'autres juridictions et organisations internationales. L'article 8 de son Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends donne la préférence aux candidats qui sont intervenus en qualité de conseil devant un groupe spécial de l'OMC²². C'est l'exemple le plus explicite d'autorisation et même d'encouragement à l'égard de la multiplicité des rôles. Le libellé du texte lui-même ne précise cependant pas si les membres ainsi recrutés peuvent ensuite continuer d'exercer comme conseils devant des groupes spéciaux de l'OMC.

33. Dans une procédure de récusation souvent citée en matière de RDIE, une apparence de parti pris ou de conflit en cas de double casquette a été jugée suffisante pour justifier la récusation²³. L'affaire a en fait été réglée par la démission de l'intéressé de ses fonctions de conseil dans l'une des affaires en cause et elle n'apporte donc pas d'éclaircissements sur l'étendue du conflit qui entraînerait la récusation.

34. Dans une étude de 2017, fondée sur 1 039 affaires recensées dans les bases de données de PluriCourts et du CIRDI²⁴, les relations entre 3 910 intervenants ont été analysées. Les conclusions concernant la double casquette peuvent être résumées comme suit : premièrement, la pratique de la double casquette est courante parmi certains arbitres qui forment un petit groupe très influent (25 personnes et en particulier un sous-groupe de cinq personnes au sein de ce groupe), mais elle n'est pas généralisée dans l'ensemble des affaires de RDIE (et n'est pas aussi répandue qu'on pourrait le penser). Deuxièmement, parmi les arbitres du « top 25 », cette pratique est restée relativement stable depuis 2005, alors que, dans le cas d'autres arbitres, elle a fortement augmenté en 2014, mais a diminué depuis. Troisièmement, ceux qui ont cessé de porter une double casquette au cours des quatre dernières années semblent l'avoir fait parce qu'ils ont atteint l'âge de la retraite. D'autres raisons retenues pour expliquer les réductions après 2014 tiennent notamment à un nombre suffisant d'affaires à arbitrer empêchant d'exercer les fonctions de conseil ou de juge à la CIJ. On peut donc supposer que les critiques formulées à l'égard de cette pratique n'ont pas joué un grand rôle dans les réductions récentes, qui ne peuvent dès lors pas servir d'indicateurs fiables pour l'avenir. Un quatrième constat est que certains arbitres éminents ont expressément déclaré qu'ils ne comptaient pas se livrer à cette pratique. Les données utilisées pour l'étude de 2017 indiquaient aussi que le vivier potentiel des arbitres en matière d'investissement s'est considérablement étoffé depuis les années 1990. Il ne semble pas qu'il existe des études comparables

²¹ Article 4 du Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme (2018), disponible à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_FRA.pdf.

²² Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 8 (Organisation mondiale du commerce) (« Les Membres s'engageront, en règle générale, à autoriser leurs fonctionnaires à faire partie de groupes spéciaux »). L'article 8 dispose : « Les groupes spéciaux seront composés de personnes très qualifiées ayant ou non des attaches avec des administrations nationales, y compris des personnes qui ont fait partie d'un groupe spécial ou présenté une affaire devant un tel groupe, qui ont été représentants d'un membre ou d'une partie contractante au GATT de 1947, ou représentants auprès du Conseil ou du Comité d'un accord visé ou de l'accord qui l'a précédé [...] ».

²³ *Telekom Malaysia Berhad c. République du Ghana*, affaire CPA n° 2003-03.

²⁴ Base de données PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database (PITAD) en date du 1^{er} janvier 2017 et procédures d'annulation du CIRDI, respectivement. Voir Malcolm Langford, Daniel Behn et Runar Hilleren Lie, « The Revolving Door in International Investment Arbitration », *Journal of International Economic Law*, vol. 20, n° 2, 1^{er} juin 2017, p. 301 à 332, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>. L'étude a conclu que, sur les 2 699 conseils représentant les requérants et les défendeurs, 1 % seulement (le « top 25 ») sont intervenus dans plus de 13 affaires.

accessibles au public concernant la portée du phénomène de la « porte tournante » (alternance des nominations comme arbitre et des interventions en qualité de conseil) ou d'autres conflits de fonctions.

Préjugés

35. Un autre type de conflit de fonctions peut survenir lorsqu'un arbitre est dit avoir « préjugé » de certaines questions, sur la base de sentences ou de décisions antérieures, de publications et de déclarations indiquant son point de vue sur des questions de droit ou sur le régime du RDIE. Une étude réalisée, entre autres, par le Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA), dans le cadre de laquelle des arbitres, des conseils, des membres des institutions arbitrales et des universitaires ont notamment été consultés, a mis en évidence une distinction qu'il convient d'opérer entre les opinions sur des points de droit ou de fait²⁵. Il en est ressorti que les décisions antérieures relatives à des questions de droit n'étaient probablement pas de nature à entraîner une récusation (conformément à l'approche adoptée dans les Lignes directrices de l'IBA). À l'inverse, les opinions exprimées au sujet de questions factuelles – notamment celles examinées dans le cadre du litige pendant – ont été jugées préoccupantes. Toutefois, les décisions rendues dans les procédures de récusation du CIRDI faisaient apparaître des variations dans le degré d'engagement considéré comme préoccupant au sujet des faits en cause, lorsque ceux-ci survenaient en dehors du litige pendant²⁶.

36. Les tribunaux ont également estimé qu'une interprétation antérieure d'une clause juridique en cause dans une affaire pendante n'indique pas nécessairement à elle seule un manque d'impartialité, dans la mesure où elle n'est pas liée au fond de l'affaire, et que le fait d'avoir précédemment avancé certains arguments en qualité de conseil n'était pas suffisant pour empêcher un arbitre d'examiner une question de manière impartiale. Des conclusions similaires ont été rendues au sujet d'opinions exprimées dans des publications universitaires, qui n'étaient pas considérées comme des preuves de l'existence d'un préjugé²⁷.

37. Les Lignes directrices de l'IBA mentionnent dans la liste verte les opinions juridiques exprimées antérieurement²⁸, à titre d'exemples de « cas de figure dans lesquels il n'existe objectivement aucun conflit d'intérêts, ni en apparence, ni en fait » et que l'« arbitre n'est donc pas tenu de révéler ».

38. Un tribunal du CIRDI a considéré qu'il n'y avait pas de manque d'indépendance et d'impartialité, à moins que les opinions exprimées ne soient « suffisamment spécifiques et claires pour qu'un tiers raisonnable et informé puisse en conclure que

²⁵ Voir le rapport publié en novembre 2013 par l'équipe de travail conjointe de l'ICCA et du Howard M. Holtzmann Center de l'American Society of International Law sur les conflits de fonctions dans l'arbitrage entre investisseurs et États, disponible à l'adresse http://www.arbitration-icca.org/publications/ASIL-ICCA_Report.html.

²⁶ Voir *Caratube c. Kazakhstan* (affaire CIRDI n° ARB13/13) et *İçkale c. Turkménistan* (affaire CIRDI n° ARB/10/24).

²⁷ Voir, par exemple, les affaires CIRDI n° ARB/10/5, *Tidewater Inc. et autres c. République bolivarienne du Venezuela*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre, le professeur Brigitte Stern, présentée par le requérant, 23 décembre 2010, et n° ARB/10/5, *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. République bolivarienne du Venezuela*, décision concernant la demande de récusation des arbitres, les professeurs Brigitte Stern et Guido Tawil, présentée par le requérant, 20 mai 2011 ; affaire CIRDI n° ARB/12/13, *Saint-Gobain Performance Plastics Europe c. République bolivarienne du Venezuela*, décision, p. 54 à 56, 27 février 2013 ; affaire CIRDI n° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. et InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. Argentine* ; affaire CIRDI n° ARB/08/17, *Participaciones Portuarias Inversiones (PIP) SARL c. Gabon*, décision, 12 novembre 2009.

²⁸ Pour un résumé des différentes listes d'application prévues par les Lignes directrices de l'IBA, voir la note de bas de page 13 ci-dessus.

l'arbitre s'appuiera sur ces opinions sans accorder l'attention qu'il se doit aux faits, circonstances et arguments présentés par les parties à la procédure »²⁹.

39. Au CIRDI, il a été considéré que les opinions ou décisions énumérées ci-après ne suffisaient pas à indiquer un parti pris : une décision, notamment procédurale, rendue précédemment contre une partie ; le rejet d'une demande de réexamen présentée par une partie ; des avis exprimés sur des points de droit qui ne sont pas soulevés dans l'affaire pendante ; une divergence d'opinions entre les membres du tribunal au sujet de l'interprétation d'un point de fait ou de droit ; le fait qu'une décision antérieure d'un arbitre fasse l'objet d'une demande d'annulation³⁰.

iv) *Autres questions ou problèmes*

40. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a entendu des déclarations indiquant que les parties aux procédures de RDIE ou leurs conseils pourraient nommer des arbitres susceptibles d'appuyer leurs positions dans l'affaire (A/CN.9/935, par. 56) et que la rémunération par des tiers, les opinions dissidentes et les nominations répétées de certains arbitres pourraient être des signes de parti pris. Il a aussi été dit que des contrôles informels, comme la pression exercée de l'intérieur dans la profession et l'intérêt des arbitres à préserver leur réputation de décideur impartial, peuvent atténuer ces problèmes. En outre, il a été avancé que la nomination d'un arbitre-président pourrait garantir un certain niveau de neutralité, d'indépendance et d'impartialité, mais que la polarisation dans les tribunaux arbitraux, où la responsabilité de statuer sur une affaire incombait en dernier lieu à l'arbitre-président, irait à l'encontre de l'idée d'un tribunal de trois membres cherchant une décision à l'unanimité (A/CN.9/935, par. 54 et 60).

41. La rémunération des arbitres par les parties a parfois été considérée comme un facteur pouvant donner l'impression que les coarbitres risquent de favoriser la partie qui les a nommés³¹ ou comme une incitation économique qui les pousserait à interpréter leur compétence au sens large, de manière à accroître le marché des futures affaires³². L'incidence relative de cette incitation économique a cependant été jugée trop faible pour qu'il y ait lieu de s'en préoccuper. Les études n'ont pas relevé de lien de causalité entre ces questions et les travaux consacrés aux tribunaux nationaux et internationaux indiquent que les juges peuvent eux aussi pécher par excès de générosité sur les questions de compétence.

42. Le Groupe de travail a aussi entendu, à sa trente-cinquième session, des arguments selon lesquels les opinions dissidentes émanaient, dans la grande majorité des cas, de l'arbitre nommé par la partie perdante, ce qui contribuait également à la perception générale d'une éventuelle partialité (A/CN.9/935, par. 57). Des explications possibles avancées par des commentateurs ont notamment trait au fait que les arbitres se sentent tenus par des obligations à l'égard des parties ou du conseil qui les ont nommés ou, à l'inverse, que les arbitres ne sont pas choisis au hasard et

²⁹ Affaire CIRDI n° ARB/07/26, *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. République argentine*.

³⁰ Outre les affaires citées dans les notes de bas de page 27 et 29 ci-dessus, voir affaire CIRDI n° ARB/08/6 *Perenco Ecuador Limited c. République de l'Équateur*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre, 8 décembre 2009 ; affaire CIRDI n° ARB/07/5, *Abaclat et autres c. République Argentine*, décision, 21 décembre 2011 ; affaire CIRDI n° ARB/12/38, *Repsol, S.A. et Butano Repsol S.A. c. République argentine*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre ; affaire CIRDI n° ARB/07/30, *ConocoPhillips Company et autres c. République bolivarienne du Venezuela*, décision concernant la demande de récusation de l'arbitre, L. Yves Fortier, Q.C., 27 février 2012.

³¹ Selon les règles supplétives des principales institutions d'arbitrage, les coarbitres sont généralement rémunérés par chacune des parties au litige, tandis que les honoraires de l'arbitre-président sont payés à parts égales par les deux parties.

³² Voir Gaukrodger, D. (2017), « Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement », OECD Working Papers on International Investment (Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international), n° 2017/05, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

que, par conséquent, le niveau de dissentiment n'est pas en soi indicatif de partialité. En outre, il ne semble pas qu'il existe un consensus sur ce que pourrait être le niveau « correct » d'opinion dissidente, ni sur la question de savoir si l'existence d'opinions dissidentes peut indiquer un parti pris. Il a également été dit que les statistiques du CIRDI font apparaître que l'émission d'une opinion dissidente réduit les chances de reconduction d'un arbitre-président dans les mêmes fonctions. De surcroît, la majorité des affaires de RDIE sont tranchées à l'unanimité, ce qui montre que, dans la plupart des cas, l'arbitre désigné par l'investisseur marque son accord sur le rejet des demandes présentées par la partie qui l'a nommé ou l'arbitre désigné par l'État accepte de statuer contre ce dernier.

b) Face à un manque éventuel d'indépendance et d'impartialité : l'obligation de divulgation des arbitres

43. Le principal mécanisme de réglementation visant à garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres est l'obligation de communiquer tous les intérêts ou d'autres liens qui peuvent être « problématiques », c'est-à-dire donner lieu à des conflits d'intérêts potentiels. En vertu des règlements du CIRDI et de la CNUDCI, les arbitres sont tenus de divulguer toute circonstance pouvant faire naître des doutes quant à leur indépendance et leur impartialité³³. Cette obligation suppose notamment qu'ils signent une déclaration concernant leurs relations passées et actuelles avec les parties et toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en cause leur garantie d'indépendance au moment de la nomination³⁴. L'obligation de divulgation demeure par la suite et suppose la notification, dans les plus brefs délais, de toute circonstance pertinente qui apparaîtrait ultérieurement.

44. Le cadre juridique comprend également des instruments non contraignants, comme les Lignes directrices de l'IBA. Ces dispositions prévoient des exigences de divulgation plus détaillées, en ce qu'elles définissent des catégories d'informations quantitatives, objectives et factuelles. En s'appuyant sur des exemples, les Lignes directrices peuvent ainsi contribuer à déterminer si, dans des affaires individuelles, certaines relations sont problématiques. Elles ne couvrent cependant pas tous les domaines pertinents en matière de RDIE, notamment en ce qui concerne les relations entre, d'une part, les arbitres et, de l'autre, les conseils et les parties.

45. Des institutions arbitrales se sont récemment employées à compléter le cadre juridique existant en formulant des orientations non contraignantes. Un exemple en est la note d'orientation relative à la divulgation des conflits par les arbitres, adoptée en 2016 par la CCI, qui vise à garantir « que les arbitres font montre d'ouverture et de transparence dans la divulgation des conflits potentiels³⁵ ». La CCI explique que cette note « repose sur le principe fondamental selon lequel les parties à un arbitrage ont un intérêt légitime à être pleinement informées de tous les faits ou circonstances qu'elles jugent pertinents, afin de s'assurer qu'un arbitre pressenti ou désigné est et reste indépendant et impartial, ou, si elles le souhaitent, d'examiner la question plus

³³ Voir l'article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; article 13-2 du Règlement du mécanisme supplémentaire du CIRDI ; article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. Il convient de noter que la question est abordée dans le cadre du processus de révision du règlement du CIRDI qui est actuellement en cours ; selon l'amendement proposé, les obligations de divulgation ont été renforcées dans les déclarations et en ce qui concerne le financement par des tiers. Cela permettra d'éviter des conflits d'intérêts dans le processus de sélection et de mieux informer les parties sur la question de savoir si une demande de récusation est justifiée. (Voir les *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Synopsis*, au paragraphe 34, disponibles à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_French.pdf.)

³⁴ Voir l'article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI ; voir l'annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

³⁵ Voir <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Pour de plus amples explications de la CPI, voir <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/>.

avant et/ou de prendre les mesures possibles envisagées par le règlement de la CCI »³⁶.

46. Dans le cas des cours et des tribunaux internationaux, la Cour internationale de Justice prévoit que si, « pour une raison spéciale », l'un des membres de la Cour estime devoir ne pas participer au jugement d'une affaire déterminée, il en fait part au Président³⁷. Les Principes de Burgh House exigent des juges qu'ils « informent la juridiction et, en tant que de besoin, les parties à la procédure, de toute circonstance qui parvient à leur connaissance à quelque moment que ce soit et qui fasse entrer en jeu l'un quelconque des principes 7 à 13 ». Ils imposent aussi aux tribunaux d'établir « des procédures qui permettent aux juges d'informer la juridiction et, en tant que de besoin, les parties à la procédure, de questions pouvant porter atteinte ou pouvant raisonnablement paraître porter atteinte à leur indépendance ou à leur impartialité dans une affaire donnée ». Ils prévoient en outre un mécanisme de dérogation analogue à celui des Lignes directrices de l'IBA : « on ne saurait empêcher un juge d'examiner une affaire lorsqu'il a dûment communiqué tout élément qui mette en jeu l'un de ces principes, que la juridiction ne s'y oppose pas et que les parties acceptent expressément et en connaissance de cause que le juge siège » (principe 15)³⁸.

47. Selon le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends de l'OMC, chaque personne membre de l'organe d'appel (parmi d'autres personnes concernées) « sera indépendante et impartiale, évitera les conflits d'intérêts directs ou indirects et respectera la confidentialité des procédures des organes conformément au mécanisme de règlement des différends, de façon que, grâce à l'observation de ces normes de conduite, l'intégrité et l'impartialité de ce mécanisme soient préservées »³⁹. Les modalités d'application sont différentes de la situation qui prévaut en matière de RDIE : les Procédures de travail pour l'examen en appel, qui s'appliquent à la procédure d'appel de l'OMC, limitent l'obligation de déclaration pour les juges en précisant que les questions dont l'intérêt serait insignifiant ne doivent pas être divulguées et que le respect de la vie privée des juges doit aussi être respecté⁴⁰.

48. Au niveau international, la portée de l'obligation faite aux arbitres d'enquêter sur d'éventuels conflits d'intérêts n'est pas claire. Certains tribunaux ont estimé qu'un arbitre est réputé impartial s'il n'a pas connaissance d'un conflit en particulier et que l'arbitre n'a pas d'obligation à cet égard, mais d'autres ont imposé aux arbitres d'enquêter sur d'éventuels conflits d'intérêts. Les Lignes directrices de l'IBA disposent qu'« [à] défaut d'avoir effectué des efforts raisonnables pour satisfaire à son devoir de recherche, l'arbitre ne pourra justifier un défaut de déclaration par son absence de connaissance de la cause de conflit »⁴¹. Toutefois, ce qui peut être considéré comme des « efforts raisonnables » est réputé dépendre des circonstances.

c) Contours du mécanisme de récusation

49. Une autre forme de protection essentielle pour garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres consiste dans des normes et procédures qui permettent aux parties de récuser des arbitres en invoquant un manque réel ou apparent d'indépendance ou d'impartialité. Un mécanisme de récusation efficace doit remplir deux fonctions. La première est de faire respecter les exigences d'indépendance et d'impartialité et donc l'intérêt public de garantir des procédures équitables, c'est-à-

³⁶ Ibid.

³⁷ Statut de la CIJ, article 24-1.

³⁸ Pour plus d'informations sur les Principes de Burgh House, voir la note de bas de page 3 ci-dessus.

³⁹ « Règles de conduite relatives au mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends », 1996, disponibles à l'adresse https://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/rc_f.htm.

⁴⁰ Règle VI. Cette règle pondère l'importance de la divulgation en fonction de facteurs concurrents, mais le règlement prévoit que tout doute doit être résolu en faveur d'une révélation.

⁴¹ Règle générale 7, point c).

dire qu'il doit permettre la récusation des arbitres partisans. Deuxièmement, il doit être suffisamment solide pour garantir le bon déroulement des affaires.

50. La constatation de la violation de normes éthiques après la nomination d'un arbitre a généralement pour conséquence la récusation et le remplacement de l'arbitre concerné. La quasi-totalité des législations arbitrales et des règlements d'arbitrage comportent des dispositions sur les procédures de récusation des arbitres en cas de non-respect des règles éthiques. Ces normes comprennent également des garanties visant à éviter le recours abusif à la procédure de récusation par les parties (par exemple, à des fins dilatoires)⁴².

51. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit également la possibilité que la récusation de l'arbitre soit acceptée par la partie qui l'a nommé, ou encore que l'arbitre récusé choisisse de se déporter, ce qui peut faciliter son remplacement (art. 13-3). Cette procédure n'implique pas la reconnaissance des motifs de la récusation par la partie ou l'arbitre récusé. On trouve un exemple de démission de l'arbitre dans une affaire examinée par le Tribunal des différends irano-américains⁴³.

52. À défaut d'orientations comparables aux normes non contraignantes mentionnées ci-dessus, la jurisprudence en matière de récusation apporte certains éclaircissements concernant l'application pratique des normes au regard des règlements du CIRDI et de la CNUDCI. Les décisions rendues dans les procédures de récusation ne sont pas publiées de manière systématique⁴⁴. Les exemples donnés sont donc nécessairement ad hoc. En outre, ces récusations reflètent les faits et les circonstances de chaque affaire, et les décisions antérieures sont éclairantes mais non contraignantes ; aussi faut-il être prudent si l'on tente d'en tirer des conclusions.

i) *Qui prend l'initiative de la récusation et supporte la charge de la preuve ? Qui rend la décision ?*

53. Une partie qui souhaite récuser un arbitre doit en aviser toutes les personnes concernées. La demande de récusation doit être consignée par écrit et doit préciser les faits et les circonstances sur lesquels elle se fonde. La plupart des règles institutionnelles, ainsi que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI disposent qu'une demande de récusation doit être présentée dans un délai spécifié à compter de la nomination des arbitres ou de la connaissance des faits sur lesquels repose la demande. Dans le cas des différends relatifs aux investissements relevant de la Convention CIRDI, le Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage (Règlement d'arbitrage du CIRDI) ne fixe pas de délai, mais prévoit qu'une demande de récusation doit être soumise dans les plus brefs délais, et en tout état de cause avant que l'instance ne soit close⁴⁵. Ces délais ont une fonction de protection importante.

54. La charge de la preuve de l'existence de faits suscitant des doutes suffisants quant à l'indépendance ou à l'impartialité d'un arbitre incombe à la partie récusante. Toutefois, la question de savoir si un fait soulève des doutes légitimes quant à l'indépendance d'un arbitre peut se poser différemment à mesure que l'affaire progresse.

⁴² Du fait de l'obligation ou de la possibilité de suspendre la procédure, en application des règlements du CIRDI et de la CNUDCI, respectivement.

⁴³ Voir la lettre du mandataire iranien à Charles M.J.A. Moons, 20, Tribunal des différends irano-américains, 181 (13 septembre 1988).

⁴⁴ Les décisions du CIRDI en matière de récusation sont publiées à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>. Le consentement des parties est nécessaire pour la publication.

⁴⁵ Il convient de noter que la question est abordée dans le cadre du processus de révision du règlement du CIRDI qui est actuellement en cours ; dans l'amendement proposé, un délai spécifique de 20 jours est ajouté pour le dépôt d'une proposition de récusation, remplaçant l'ancienne condition selon laquelle une telle requête devait être déposée « dans les plus brefs délais ». (Voir les *Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Synopsis*, au paragraphe 35, disponibles à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_French.pdf).

55. Selon le règlement d'arbitrage du CIRDI, si la demande de récusation vise un arbitre unique ou une majorité d'un tribunal arbitral, la décision est prise par le Président du Conseil administratif du CIRDI, dont les fonctions sont assurées, de plein droit, par le Président de la Banque mondiale. Toutefois, si la demande de récusation vise un des arbitres (ou une minorité d'entre eux), la décision est prise à la majorité. Selon le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, si toutes les parties n'acceptent pas la récusation ou si l'arbitre récusé ne se déporte pas, la décision est prise par l'autorité de nomination (voir art. 13).

ii) *Quel est le degré de preuve exigé pour une récusation ?*

56. Selon l'article 57 de la Convention CIRDI, une partie récusante doit démontrer (entre autres choses) un « défaut manifeste » de « toute garantie d'indépendance dans l'exercice [des] fonctions »⁴⁶ d'arbitre. La loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage fait référence à l'existence de circonstances « de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance » (art. 12-2).

57. Il est généralement admis que la preuve d'un parti pris ou d'une dépendance effectifs n'est pas requise. En effet, « il suffit de démontrer l'apparence de dépendance ou de partialité »⁴⁷. Il convient cependant que cette apparence soit manifeste ou évidente (c'est-à-dire non spéculative ou fondée sur de simples présomptions ou opinions) ; il a été dit qu'elle devrait pouvoir être perçue par le tribunal sans l'assistance d'un conseil ; elle doit être fondée sur des faits et, en cela, la norme « impose une charge de la preuve relativement lourde » à la partie récusante. De plus, selon une décision en matière de récusation rendue par l'autorité de nomination du Tribunal des différends irano-américains, « la personne récusée doit se voir accorder le bénéfice du doute quant à la véracité de ce qui est allégué à l'appui de la demande de récusation »⁴⁸.

58. Le sens précis du « défaut manifeste » varie selon les cas. Alors que ni l'article 14, ni l'article 57 de la Convention CIRDI ne font référence à un critère de « doutes raisonnables » ou à un observateur objectif, certaines décisions du CIRDI indiquent que l'existence de « doutes raisonnables » – la condition fixée par la CNUDCI – est suffisante⁴⁹. Il a ainsi été dit qu'une présomption de partialité manifeste peut naître si « un tiers estime qu'il existe une apparence évidente ou manifeste de manque d'impartialité ou d'indépendance sur la base d'une appréciation raisonnable des faits dans la présente affaire ». D'autres décisions indiquent que le terme « manifeste » suppose un niveau d'exigence plus élevé pour que l'existence d'un conflit soit évidente ou apparente⁵⁰.

⁴⁶ Pour une liste des décisions du CIRDI en matière de récusation, voir <https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>.

⁴⁷ Affaire CIRDI n° ARB/13/13, *Caratube International Oil Company LLP et M. Devinci Salah Hourani c. République du Kazakhstan*, décision concernant la demande de récusation de M. Bruno Boesch, 20 mars 2014, disponible à l'adresse <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3133.pdf>, au paragraphe 57. Ce raisonnement a également été suivi par le Président du Conseil administratif du CIRDI dans deux décisions antérieures : *Blue Bank c. Venezuela (Blue Bank Int'l & Trust (Barbade) Ltd c. République bolivarienne du Venezuela)*, affaire CIRDI n° ARB/12/20, décision concernant les demandes de récusation d'une majorité du tribunal, par. 22 à 26, 12 novembre 2013) et *Burlington c. Équateur (Burlington Resources, Inc. c. République de l'Équateur)*, affaire CIRDI n° ARB/08/5, décision concernant la demande de récusation du professeur Francisco Orrego Vicuña, 13 décembre 2013, disponible à l'adresse : **Error! Hyperlink reference not valid.**

⁴⁸ Demande de récusation de M. Assadollah Noori, membre de la première Chambre, dans l'affaire n° 248, 24, Tribunal des différends irano-américains, 309 à 324, 2 mars 1990.

⁴⁹ Affaire CIRDI n° ARB/97/3 *Compania de Aguas del Aconquija S.A. et Vivendi Universal c. République Argentine*, décision concernant la récusation du Président du Comité, 3 octobre 2001 ; Affaire CIRDI n° ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Pakistan*.

⁵⁰ C'est-à-dire que le conflit doit être « en soi, évident, clair, manifeste ou même certain, et non pas le produit d'interprétations complexes dans un sens ou un autre, ou susceptible d'être contesté d'une manière ou d'une autre ou de nécessiter des analyses approfondies ». Affaire CIRDI

59. D'une manière générale, les données montrent que, proportionnellement, très peu de récusations sont acceptées, que ce soit par rapport à l'ensemble des affaires ou aux demandes présentées⁵¹, même si ces chiffres ne reflètent peut-être pas exactement l'efficacité du mécanisme, dans la mesure où les arbitres peuvent se déporter en cas de récusation. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également prendre note du caractère factuel de ces affaires, tel qu'il ressort des quelques décisions publiées, qui donnent donc des exemples de situations où l'impartialité et l'indépendance font défaut, plutôt que des orientations complètes sur l'application des normes dans la pratique.

60. Un motif courant de récusation tient au fait que l'arbitre et la partie qui l'a nommé ou son conseil ont entretenu ou entretiennent encore des relations personnelles ou professionnelles en dehors de l'affaire pendante, ce qui peut compromettre la capacité de l'arbitre à prendre une décision de manière indépendante et impartiale. Ces relations dites « problématiques » sont appréciées en fonction de considérations comme la proximité, la durée et l'incidence financière des relations, ou le fait qu'elles sont anciennes ou encore d'actualité.

61. Les décisions rendues par le CIRDI considéraient que l'indépendance et l'impartialité des arbitres étaient compromises par les relations suivantes : lorsqu'une filiale du cabinet de l'arbitre à l'étranger plaide contre le défendeur dans un autre arbitrage et que l'arbitre récusé était rémunéré par les différentes filiales ; lorsque l'arbitre était aussi désigné comme arbitre dans une affaire connexe soulevant des points de droit et de fait qui se chevauchaient et qu'on ne pouvait dès lors pas attendre de lui qu'il conserve son objectivité et son ouverture d'esprit⁵² ; lorsque le conseil et l'arbitre appartenaient au même cabinet, à la suite d'un changement apporté à la composition de l'équipe du défendeur pour y inclure l'avocat comme conseil, après que la procédure avait commencé⁵³.

iii) *Décisions rendues dans les procédures de récusation par des instances d'arbitrage international, des systèmes nationaux et des cours et tribunaux internationaux*

62. Dans le contexte plus large de l'arbitrage international, il a été considéré que d'autres relations pouvaient soulever des « doutes légitimes » sur l'indépendance et l'impartialité des arbitres, notamment : les nominations multiples d'un arbitre dans le cas où les sources de ces nominations ne sont pas diversifiées ; des relations antérieures entre les parties et le cabinet de l'arbitre (d'une part, des conseils juridiques sans lien avec l'affaire dispensés dans le passé et, d'autre part, des conseils concernant le contrat qui faisait l'objet de l'arbitrage). Une question importante est de savoir dans quelle mesure l'arbitre dépend financièrement de l'entité ou de la

n° ARB/07/19, *Electrabel S.A. c. République de Hongrie (Electrabel)*, décision concernant la demande de récusation d'un membre du Tribunal présentée par le requérant, 25 février 2008.

⁵¹ Environ 3 % des demandes de récusation examinées par le CIRDI, et 22 % des arbitrages commerciaux rendus par le Tribunal d'arbitrage de Londres (les deux pourcentages étant fondés sur les décisions publiées). Voir aussi la contribution de la CPA dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), par. 60.

⁵² Affaire CIRDI n° ARB/13/13, *Caratube International Oil Company LLP et M. Devincci Salah Hourani c. République du Kazakhstan*, décision concernant la demande de récusation de M. Bruno Boesch, 20 mars 2014.

⁵³ Affaire CIRDI n° ARB/05/24, *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. c. Slovénie*, ordonnance concernant la participation d'un conseil, par. 34, 6 mai 2008. En revanche, les décisions rendues par le CIRDI considéraient que les relations suivantes n'entraînaient pas un manque d'indépendance et d'impartialité : un poste d'administrateur sans fonctions de direction dans une entreprise qui était actionnaire minoritaire des parties ; lorsqu'un membre du cabinet d'un arbitre avait conseillé le demandeur au sujet d'une transaction sans rapport avec l'arbitrage (mais n'avait pas donné de conseils juridiques d'ordre stratégique ou général) ; lorsque l'arbitre avait donné des conseils fiscaux au principal actionnaire de l'entreprise du demandeur et avait conclu un accord de partage des bénéfices avec les avocats de ce dernier, avant d'être nommé, mais n'occupait plus ces fonctions ; lorsqu'un arbitre avait précédemment été coconseil, aux côtés du conseil qui l'avait désigné ; lorsqu'un arbitre et le conseil d'une partie s'étaient brièvement côtoyés lors de leurs études, longtemps auparavant ; et dans le cas de contacts sociaux occasionnels entre le requérant et l'arbitre qu'il avait désigné.

personne avec laquelle il entretient des relations. S'il a un intérêt financier significatif dans l'issue de l'affaire, ou si des nominations multiples indiquent une dépendance financière à l'égard d'une partie ou de son conseil, il s'expose à être récusé.

63. Au niveau national, certaines juridictions ont considéré qu'un membre du conseil d'administration d'une entreprise ne peut arbitrer des affaires concernant ladite société, mais la Cour d'appel d'Angleterre a estimé qu'il n'y avait pas de risque de partialité dans une telle situation⁵⁴.

64. Les « listes d'application » figurant dans les Lignes directrices de l'IBA n'incluent pas les relations éventuelles en dehors de l'arbitrage pendant parmi les cas relevant de la liste rouge susceptible ou non susceptible de renonciation⁵⁵. Ces relations font partie des « hypothèses qui, selon les faits de l'espèce, peuvent faire naître des doutes légitimes dans l'esprit des parties quant à l'impartialité et à l'indépendance de l'arbitre » (c'est-à-dire de la liste orange)⁵⁶. Il s'agit notamment du fait d'avoir été consulté précédemment par l'une des parties ou d'être intervenu pour elle en qualité de conseil ; du fait d'avoir été nommé à deux reprises ou plus comme arbitre par une des parties au cours des trois années écoulées ; du fait d'avoir à son actif plus de trois nominations, mais sans rapport avec des conseils juridiques dispensés par le cabinet de l'arbitre ; de l'appartenance au même barreau qu'un autre arbitre ou que le conseil d'une des parties ; de l'intervention en qualité de coconseil et d'autres éléments indiquant une dépendance financière.

65. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que, malgré leur acceptation croissante, les Lignes directrices de l'IBA ne sont pas toujours reconnues comme définissant les normes applicables⁵⁷. Par exemple, dans une affaire jugée au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, un arbitre unique désigné dans une affaire d'arbitrage commercial international était l'un des associés d'un cabinet d'avocats qui, au cours de l'arbitrage en question, avait fourni d'importants services juridiques à une filiale du défendeur et en avait tiré des rémunérations substantielles. Le juge a cependant conclu qu'il n'y avait pas de parti pris apparent, tout en admettant que le conflit relevait clairement du paragraphe 1.4 de la liste rouge non susceptible de renonciation⁵⁸. Considérant qu'un « observateur impartial et informé » (la norme applicable en droit anglais) ne conclurait pas à l'existence d'une réelle possibilité que l'arbitre soit de parti pris, le juge a déclaré que le paragraphe 1.4 ne tenait pas dûment compte de la question de savoir « si les faits particuliers pourraient raisonnablement avoir un quelconque effet sur l'impartialité ou l'indépendance » de l'arbitre, surtout dans le cas d'espèce où ce dernier n'avait pas connaissance de la relation⁵⁹.

66. Le Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux dispose d'une base de données juridique qui comprend des

⁵⁴ *W Limited c. M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm).

⁵⁵ Pour un résumé des différentes listes d'application prévues par les Lignes directrices de l'IBA, voir la note de bas de page 13 ci-dessus.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Par exemple, ainsi qu'il a été relevé dans le document *Background Information on the IBA Guidelines*, la position de la *common law* anglaise, telle qu'énoncée dans l'arrêt *Porter c. Magill* [2001] UKHL 67, consiste à déterminer « si un observateur impartial et informé, après avoir examiné les faits, conclurait à l'existence d'une réelle possibilité que le tribunal soit de parti pris » ; en Suède, la question est de savoir s'il existe des circonstances qui peuvent « saper la confiance dans l'impartialité de l'arbitre » ; aux États-Unis, le critère est celui d'une « partialité évidente ».

⁵⁸ Le paragraphe 1.4 vise les situations dans lesquelles « [l']arbitre conseille régulièrement la partie qui l'a nommé ou une de ses affiliées, et l'arbitre ou son cabinet perçoivent d'[elles] des revenus financiers importants ».

⁵⁹ *W Limited c. M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm). La Cour de cassation en France, a cependant adopté une position différente, considérant que l'absence de déclaration de l'arbitre unique concernant le rôle de son cabinet dans une opération à laquelle avait pris part la société mère de l'une des parties à l'arbitrage était « de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre » (Cour de cassation, Civ. 1, 16 décembre 2015, N D14-26.279).

demandes de récusation⁶⁰. Dans ces affaires, la barre est placée très haut pour ce qui est des motifs de récusation ; il est notamment affirmé dans les décisions que « l'impartialité d'un juge ou d'une chambre du Tribunal est présumée et, de ce fait, sa partialité doit être démontrée sur la base d'éléments de preuve solides et suffisants » ; en l'absence de preuve du contraire, il convient de présumer que les juges du Tribunal international « sont en mesure de maintenir leur esprit libre de toute conviction ou inclination personnelle non pertinente »⁶¹.

67. Les informations publiées indiquent que le Tribunal des différends irano-américains a connu cinq procédures de récusation depuis qu'il a commencé à siéger, en 1981. Aucune demande de récusation n'a été acceptée par l'autorité de nomination, chargée de se prononcer en la matière en vertu du Règlement du Tribunal. Dans deux cas, cependant, l'arbitre s'est retiré de l'affaire ou a été récusé par la partie qui l'avait elle-même désigné⁶².

3. Opportunité de mener des réformes

Objectifs d'une réforme

68. À la trente-cinquième session du Groupe de travail, les observations suivantes ont été formulées :

- Des améliorations destinées à renforcer l'indépendance et l'impartialité des arbitres devaient être accueillies favorablement, car elles seraient dans l'intérêt tant des États que des investisseurs ;
- Le cadre visant à assurer cette indépendance et cette impartialité était constamment amélioré ; au moment d'examiner d'éventuelles solutions à une étape ultérieure, il faudrait donc tenir compte des avantages et des limites du cadre existant et des travaux entrepris par d'autres institutions ;
- Les intérêts de toutes les parties prenantes du RDIE devraient être pris en compte et les solutions envisagées devraient garantir un équilibre entre ces intérêts (A/CN.9/935, par. 62).

69. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi se demander s'il est souhaitable de tenir compte des répercussions bénéfiques que des réformes visant à renforcer l'indépendance et l'impartialité des arbitres pourraient avoir sur d'autres éléments du régime de RDIE, notamment la constance et la cohérence des sentences, ainsi que le coût et la durée des procédures.

Avis préliminaires exprimés par les États

70. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a entendu de premiers avis concernant les moyens qui pourraient permettre de mieux garantir l'indépendance et l'impartialité des arbitres.

71. Pour ce qui est des approches qui pourraient être adoptées, il a été largement convenu de l'importance des codes de conduite et autres exigences éthiques imposées aux arbitres. Considérant qu'il existait un certain nombre de textes relatifs à la conduite des arbitres (y compris des instruments non contraignants), on a souligné qu'il faudrait agir au niveau multilatéral. Dans ce contexte, il a été suggéré que la CNUDCI et le CIRDI coopèrent pour élaborer un code de ce type. Selon un autre avis,

⁶⁰ Disponible à l'adresse <http://cld.irmct.org/?q=en/cases/ictr-icty-case-law-database>.

⁶¹ Voir les affaires énumérées à l'adresse <http://cld.irmct.org/notions/show/1027/judges#>, ainsi qu'un résumé de la position du Tribunal dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Rutaganda c. le Procureur*, disponible à l'adresse <http://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-3>.

⁶² Voir la demande de récusation adressée par le mandataire des États-Unis à l'autorité de nomination, Charles M.J.A. Moons, 7, Tribunal des différends irano-américains, 289 à 301 (17 septembre 1984), et la lettre du mandataire iranien à Charles M.J.A. Moons, 20, Tribunal des différends irano-américains, 181 (13 septembre 1988).

il serait utile d'établir un code de conduite pour les conseils et les experts (A/CN.9/935, par. 64).

72. Les propositions suivantes ont également été formulées : i) veiller à ce que toutes les parties prenantes comprennent bien les seuils à partir desquels l'indépendance et l'impartialité seraient perçues comme étant compromises ; ii) prévoir des exigences quant aux qualifications et au rôle des arbitres, ainsi qu'à la diversité ou à une représentation régionale appropriée ; et iii) envisager différents moyens de nommer des arbitres, y compris un recours accru aux autorités de nomination ou le recours à des listes de candidats établies par les États (A/CN.9/935, par. 65).

Questions à examiner

73. Lors de l'examen de la mesure dans laquelle le régime de RDIE existant offre des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité des arbitres et des décideurs, ainsi que des éventuelles réformes qu'il peut juger nécessaires, le Groupe de travail souhaitera peut-être tenir compte des caractéristiques de divers autres systèmes et des réformes qui y sont actuellement menées, telles qu'elles ont été décrites ci-dessus.

74. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que les autres questions qui sont portées ci-après à son attention sont également abordées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.149, qui propose un cadre général pour l'examen de l'opportunité de réformes.

- Notions d'indépendance et d'impartialité

75. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les notions d'indépendance et d'impartialité sont difficiles à cerner, étant donné que ces termes sont employés avec plusieurs significations différentes dans les analyses juridiques. On peut distinguer au moins quatre sens qui se rattachent à l'indépendance et à l'impartialité : les termes peuvent se rapporter tantôt à des états d'esprit, tantôt à des conditions institutionnelles, tantôt à des valeurs liées à la primauté du droit, tantôt à des obligations (qui fonctionnent, selon le contexte, comme des règles ou comme des principes). Il peut être essentiel, dans d'éventuels travaux futurs consacrés à l'éthique, de faire la distinction entre ces significations⁶³.

76. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les incidences de l'importance de l'indépendance individuelle (et non institutionnelle) dans le domaine du RDIE. Les garanties habituelles en matière d'indépendance institutionnelle (budget autonome, organisation interne, transparence des procédures de recrutement, attribution objective des affaires, sécurité d'occupation et mandats fixes) n'existent pas dans le système de RDIE. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si cette caractéristique peut expliquer en partie les tensions entre les mécanismes de nomination et les notions d'indépendance et d'impartialité, étant donné que celles-ci sont issues du contexte des tribunaux et des juges.

77. En outre, les spécialistes des questions de RDIE sont relativement peu nombreux, en comparaison des spécialistes de l'arbitrage commercial en général. Une étude de 2017, fondée sur les 1 039 affaires recensées dans les bases de données de PluriCourts et du CIRDI, a conclu que le système est dominé par un petit groupe de 25 à 30 personnes (un pour cent des avocats)⁶⁴. Une personne peut donc être appelée à arbitrer un litige dont l'issue se révèle pertinente dans d'autres affaires où cette même personne intervient comme conseil ou entretient d'étroites relations professionnelles avec un conseil. Ces particularités du RDIE font que, dans la

⁶³ *Issues in contemporary jurisprudence*, n° 28, 2016, « Rule of Law – Independence, Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication », Diego M. Papayannis.

⁶⁴ Réseau des arbitres et des avocats actifs dans l'arbitrage relevant des traités d'investissement. Langford, Behn et Lie (2017) ; voir <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/news/research-news/double-hatting.html>.

pratique, il convient d'analyser les circonstances de l'affaire afin de déterminer si des relations professionnelles préexistantes entre un arbitre et l'une des parties portent atteinte au devoir d'indépendance ou d'impartialité.

78. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner l'incidence du développement de l'arbitrage international, qui a entraîné la diversification des parties participant au processus. Ainsi, les vues des parties sur l'éthique ou la conduite des arbitres peuvent différer de manière non négligeable, et les attentes d'une partie peuvent parfois être en désaccord avec celles d'autres parties provenant d'un pays différent, ou avec la pratique générale en matière d'arbitrage international. La complexité croissante des différends récents qui impliquent de nombreuses parties et portent sur des opérations compliquées pose des questions nouvelles, plus délicates, sur les exigences éthiques. Le renforcement de la réglementation de la procédure d'arbitrage et de la transparence du processus a également des incidences sur les attentes des parties en ce qui concerne l'éthique et le comportement des arbitres.

79. De plus, s'il semble y avoir un accord général sur les normes fondamentales en matière d'éthique, dans la pratique, l'évaluation du respect de ces normes peut néanmoins être menée assez différemment selon les textes jugés applicables, et également selon qu'elle est réalisée par les arbitres eux-mêmes, les parties, les institutions arbitrales ou les tribunaux nationaux. En outre, les normes éthiques, qui par nature évoluent avec la réalité pratique, sont généralement dépourvues d'explications sur leurs implications concrètes. Les tribunaux arbitraux peuvent aussi être liés par plusieurs normes éthiques en fonction de la nationalité des arbitres, de leur affiliation à un ordre des avocats ainsi que du lieu de l'arbitrage. Par conséquent, différentes normes peuvent s'appliquer en même temps, sans indication claire sur celle qui doit prévaloir en cas de conflit.

- *Divulgence et récusation*

80. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si les procédures de divulgation et de récusation sont suffisamment sûres et prévisibles pour permettre aux arbitres de déterminer dans la pratique ce qui doit être déclaré et aux parties de décider s'il y a lieu ou non de contester la nomination d'un arbitre, de demander l'annulation d'une sentence ou de s'opposer à son exécution en invoquant le défaut de déclaration d'un arbitre.

81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi tenir compte du fait que les exigences de divulgation peuvent requérir la communication d'informations qui ne constitueraient pas nécessairement un motif de récusation. Les exigences de divulgation énoncées par le Règlement de la CNUDCI imposent à l'arbitre de signaler « toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes » quant à son indépendance et à son impartialité, tandis que la récusation dépend du fait qu'« il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance »⁶⁵. De même, la « garantie d'indépendance » sur laquelle portent les obligations de divulgation prévues par le Règlement du CIRDI a été jugée plus vaste que le « défaut manifeste » de cette qualité qui conduirait à la récusation⁶⁶.

82. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être considérer que, si les normes applicables exigent des arbitres et d'autres décideurs qu'ils soient indépendants et impartiaux, elles ne donnent pas d'orientations détaillées sur l'application et l'interprétation des notions d'indépendance et d'impartialité dans la pratique. Ainsi qu'il ressort des décisions publiées qui ont été examinées ci-dessus, l'application des normes dans la pratique peut être difficile à prévoir. Par conséquent, le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si ces décisions en elles-mêmes peuvent apporter des orientations suffisantes sur les normes à appliquer en matière de divulgation et de récusation.

⁶⁵ Articles 11 et 12 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

⁶⁶ Article 6-2 du Règlement d'arbitrage du CIRDI.

83. Comme on l'a noté plus haut, l'efficacité du mécanisme de récusation dépend de la volonté des parties ou de leurs conseils de demander la récusation d'un arbitre et de l'existence d'une procédure efficace à cet effet. Il est essentiel que les décisions concernant les demandes soient prévisibles et qu'elles soient rendues promptement, sans conséquences pour la partie récusante (quelle qu'en soit l'issue). Certains exemples examinés donnent à penser que la partie qui demande la récusation redoute parfois des conséquences négatives, ce qui veut dire qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles rien n'est fait pour parer à un manque d'indépendance et d'impartialité. En outre, certains ont le sentiment que le mécanisme ne tient pas suffisamment compte des conflits d'intérêts.

84. Une observation ponctuelle fait valoir que le nombre de procédures de récusation et le nombre de demandes tactiques, vexatoires ou téméraires seraient en augmentation dans l'arbitrage international en général⁶⁷. Dans une affaire de RDIE, cinq procédures de récusation séparées ont été engagées à l'égard d'un arbitre, d'octobre 2011 à février 2016, qui ont toutes été rejetées⁶⁸.

85. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner dans quelle mesure certains éléments de procédure extérieurs au cadre de la CNUDCI et du CIRDI peuvent contribuer à renforcer l'efficacité du mécanisme. Dans certains arbitrages institutionnels, par exemple, l'institution arbitrale est saisie de la demande de récusation et les procédures prévoient la soumission successive de requêtes et d'observations écrites par les parties adverses et les arbitres.

86. Au vu de l'absence de publication systématique des décisions portant sur les demandes de récusation en matière de RDIE, le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi se demander s'il convient d'accroître la transparence à cet égard. À titre de comparaison, la LCIA publie en ligne les décisions relatives à la récusation d'arbitres en matière d'arbitrage commercial international, ainsi qu'un recueil de décisions⁶⁹.

⁶⁷ Voir, par exemple, LCIA, n° 5660 (5 août 2005).

⁶⁸ Affaire CIRDI n° ARB/07/30, *ConocoPhillips Company et autres c. République bolivarienne du Venezuela*.

⁶⁹ Disponibles à l'adresse <http://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx>. Les affaires comprennent les décisions rendues en vertu du règlement de la LCIA, et les arbitrages régis par le règlement de la CNUDCI dans lesquels la LCIA était investie du pouvoir de nomination.