



Assemblée générale

Distr. générale
29 avril 2016
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**

Quarante-neuvième session

New York, 27 juin-15 juillet 2016

**Règlement des litiges commerciaux: travaux futurs possibles
sur l'éthique dans l'arbitrage international**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-3	2
II. Notion d'éthique et cadres juridiques existants relatifs à l'éthique dans l'arbitrage international.	4-19	2
A. Notion d'éthique dans l'arbitrage international	4-10	2
1. Règle de conduite	4	2
2. Impartialité et indépendance	5	2
3. Obligation de déclaration	6-8	3
4. Autres obligations pouvant concerner l'éthique des arbitres	9	3
5. Procédure de récusation – Violation des normes éthiques.	10	4
B. Cadres juridiques existant en matière d'éthique dans l'arbitrage international.	11-19	4
1. Législation nationale	12	4
2. Textes d'orientation élaborés par des organisations internationales ou des institutions arbitrales	13	5
3. Règlements d'arbitrage	14-16	5
4. Jurisprudence	17-18	6
5. Code d'éthique dans les traités d'investissement.	19	6
III. Questions relatives à de futurs travaux possibles	20-24	7



I. Introduction

1. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission était saisie d'une proposition de travaux futurs sur un code d'éthique applicable aux arbitres dans l'arbitrage d'investissement (A/CN.9/855), qui suggérait que les travaux sur ce sujet portent sur la conduite des arbitres, leurs rapports avec les personnes participant à l'arbitrage et les valeurs qu'ils étaient censés partager et transmettre¹.
2. À l'issue de la discussion, la Commission a demandé au Secrétariat d'étudier le sujet d'une manière large qui englobe à la fois l'arbitrage commercial et l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, en tenant compte des lois, règles et règlements existants, ainsi que des normes établies par d'autres organisations. Le Secrétariat a été prié d'évaluer la possibilité de mener des travaux dans ce domaine et de faire rapport à la Commission à une prochaine session².
3. Conformément à cette demande, l'objet de la présente note est d'examiner la notion d'éthique dans l'arbitrage international, de recenser les cadres juridiques existant dans le domaine de l'arbitrage commercial international et de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et de poser des questions ayant trait à ce sujet qui pourrait faire l'objet de travaux futurs de la Commission³. La présente note se limite à l'étude de l'éthique des arbitres, et ne porte pas sur les autres participants à l'arbitrage, tels que les conseils, les experts ou les tiers bailleurs de fonds.

II. Notion d'éthique et cadres juridiques existants relatifs à l'éthique dans l'arbitrage international

A. Notion d'éthique dans l'arbitrage international

1. Règle de conduite

4. La notion d'éthique juridique ou professionnelle renvoie aux normes et règles d'une conduite acceptable dans les professions juridiques, concernant les obligations auxquelles chacun est tenu: une conduite est jugée contraire à l'éthique lorsqu'elle n'est pas conforme aux normes morales et aux règles professionnelles. De même, la notion d'éthique dans l'arbitrage international renvoie généralement aux normes et règles applicables à la conduite des arbitres, comme il est explicité ci-après.

2. Impartialité et indépendance

5. L'impartialité et l'indépendance sont les éléments centraux de l'intégrité et de l'éthique des arbitres, lesquels sont censés éviter les conflits d'intérêts directs ou indirects. Ces conflits relèvent généralement de l'une des deux catégories suivantes: le manque d'impartialité ou le manque d'indépendance. On différencie habituellement l'impartialité et l'indépendance en opposant des considérations

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17* (A/70/17), par. 148.

² Ibid., par. 151.

³ Ibid., par. 150.

d'ordre interne et externe. L'impartialité est l'absence d'opinion préconçue ou de préjugé à l'égard d'une partie. On parlera ainsi de manque d'impartialité lorsqu'un arbitre semble avoir préjugé telle ou telle question. L'indépendance est généralement liée aux relations commerciales, financières ou personnelles qu'un arbitre entretient avec une partie à l'arbitrage, et le manque d'indépendance résulte habituellement de relations problématiques entre un arbitre et une partie ou son conseil. Les normes relatives à l'éthique prévoient généralement que les obligations d'ordre éthique demeurent applicables pendant toute la durée de la procédure (voir ci-après, chapitre B).

3. Obligation de déclaration

6. Le devoir d'impartialité et d'indépendance s'accompagne généralement de l'obligation, pour l'arbitre, de déclarer les circonstances, passées ou présentes, de nature à soulever des doutes légitimes quant à son impartialité ou son indépendance. Il revient alors à l'arbitre de déclarer que les circonstances signalées n'ont pas d'incidence, selon lui, sur son impartialité et son indépendance⁴.

7. Les traités d'investissement peuvent comprendre des éléments supplémentaires concernant l'obligation de déclaration et prévoir, par exemple, que les arbitres sont tenus de déclarer tout intérêt financier dans la procédure ou son issue, ou dans une procédure administrative, une procédure juridictionnelle interne ou une autre procédure de groupe ou de comité touchant des questions qui peuvent être tranchées dans la procédure pour laquelle leur candidature est examinée⁵.

8. Certaines normes sur l'éthique prévoient également des obligations particulières, comme le fait d'exiger d'un arbitre potentiel qu'il déclare ses relations personnelles ou commerciales avec "toute personne dont on sait qu'elle pourrait être un témoin important dans l'arbitrage"⁶.

4. Autres obligations pouvant concerner l'éthique des arbitres

9. Les devoirs d'équité et de diligence, ainsi que les qualifications et la confidentialité, peuvent faire l'objet de dispositions dans la législation nationale et les règlements d'arbitrage, qui, en substance, prévoient généralement 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 procédure⁷; et ii) de préserver

⁴ Voir, par exemple, la déclaration d'indépendance type figurant à l'annexe au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), qui donne une idée des éléments qui devraient être déclarés: "Est jointe à la présente une déclaration faite en application de l'article 11 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes, avec les parties et b) toute autre circonstance pertinente."

⁵ Voir, par exemple, l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne.

⁶ Voir, par exemple, le Code d'éthique de l'arbitre du Singapore International Arbitration Centre, 2.2 a).

⁷ Voir, par exemple, l'article 17-1 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010), ainsi que son annexe (qui prévoit que toute partie peut envisager de demander à l'arbitre une déclaration confirmant que "sur la base des informations actuellement disponibles, l'arbitre peut consacrer le temps nécessaire pour conduire l'arbitrage de manière diligente et efficace dans le respect des délais fixés par le Règlement").

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.

5. Procédure de récusation – Violation des normes éthiques

10. 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'arbitre⁸. La quasi-totalité des lois et des règlements d'arbitrage comprennent des dispositions sur les procédures de récusation des arbitres qui ne se conforment pas aux normes éthiques, ainsi que des mesures visant à éviter que ces procédures ne soient utilisées de façon abusive, comme moyen dilatoire, par les parties.

B. Cadres juridiques existant en matière d'éthique dans l'arbitrage international

11. Compte tenu du développement de l'arbitrage international, divers textes sur l'éthique ont été élaborés par des États, des organisations internationales, des institutions arbitrales ainsi que des ordres des avocats locaux. Certains ont été conçus comme des textes autonomes, d'autres intégrés dans la législation nationale, dans des règlements d'arbitrage et, plus récemment, dans des traités relatifs au règlement des litiges entre investisseurs et États (voir ci-après, par. 19). Certains ont un effet contraignant, d'autres visent à fournir des orientations générales. En réexaminant les récusations d'arbitres et les contestations de sentences en vertu des lois nationales et de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (Convention de New York), les tribunaux étatiques constituent souvent la dernière instance d'examen de la conduite d'un arbitre.

1. Législation nationale

12. La Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type sur l'arbitrage") a été adoptée par un grand nombre de pays et ses articles 12 et 13, relatifs aux motifs et à la procédure de récusation, donnent des indications sur l'éthique attendue d'un arbitre⁹. Ainsi, elle prévoit que tout arbitre est soumis à l'obligation continue de déclarer aux parties des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance¹⁰. La Loi type sur

⁸ Voir, par exemple, l'article 6-2 du Règlement d'arbitrage du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), qui prévoit ce qui suit: "Avant la première session du Tribunal ou lors de cette session, chaque arbitre signe une déclaration. [...] Tout arbitre qui ne signe pas une telle déclaration avant la fin de la première session du Tribunal est considéré comme ayant démissionné." De même, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI prévoit une procédure de récusation dans le cas où des arbitres ne feraient pas preuve de l'impartialité et de l'indépendance voulues.

⁹ Les pays qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type sur l'arbitrage sont répertoriés sur l'Internet à l'adresse suivante:

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html.

¹⁰ L'article 12-2 de la Loi type sur l'arbitrage prévoit ce qui suit: "Un arbitre ne peut être récusé que s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance, ou si celui-ci ne possède pas les qualifications convenues par les parties. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a nommé ou à la nomination duquel elle a participé que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette nomination."

l'arbitrage prévoit également expressément que les arbitres ne sauraient être récusés pour des motifs autres que ceux énoncés au paragraphe 2 de l'article 12¹¹.

2. Textes d'orientation élaborés par des organisations internationales ou des institutions arbitrales

13. Conformément aux dispositions de la législation nationale et des règlements d'arbitrage, les normes professionnelles traitant de la question des conflits d'intérêts se réfèrent généralement au principe selon lequel les arbitres ont l'obligation continue de demeurer impartiaux et indépendants¹². Ainsi, les directives de l'Association internationale du barreau relatives aux conflits d'intérêts comprennent des exemples de relations acceptables ou interdites, lesquelles se subdivisent entre celles qui peuvent être écartées et celles qui ne le peuvent pas. Ces listes sont indicatives et donnent des détails sur des situations particulières qui, en fonction des faits de l'espèce, sont de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité et l'indépendance d'un arbitre. Il convient de noter que pendant l'examen des directives de l'Association internationale du barreau, un consensus s'est dégagé pour dire, de manière générale, que ces directives s'appliqueraient tant à l'arbitrage commercial qu'à l'arbitrage d'investissement, et tant aux juristes qu'aux non-juristes exerçant les fonctions d'arbitre¹³.

3. Règlements d'arbitrage

14. La plupart des règlements d'arbitrage comprennent des déclarations de principe plutôt que des dispositions détaillées sur l'impartialité et l'indépendance des arbitres, ainsi que des règles particulières sur la procédure de récusation des arbitres. Par exemple, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (version révisée en 2010 et en 2013), qui s'applique aux litiges commerciaux et aux litiges entre investisseurs et États, traite des déclarations et de la récusation des arbitres dans ses articles 11 à 13. Selon ce règlement, à moins que l'autre partie ne donne son accord ou que l'arbitre ne se retire volontairement, la décision sur la récusation est prise par l'autorité de nomination compétente. Les décisions en matière de récusation sont généralement réexaminées par les tribunaux étatiques conformément à la loi sur l'arbitrage applicable ou dans le cadre de la Convention de New York.

15. Les règlements d'arbitrage d'institutions comprennent des dispositions analogues, parfois assorties de légères variantes. Ils peuvent, par exemple, faire référence aux "doutes légitimes" concernant l'impartialité et l'indépendance des arbitres, exiger des arbitres qu'ils examinent la question de savoir si les

¹¹ Les *travaux préparatoires* montrent qu'il a été proposé de retirer les mots "ne... que" à l'article 12-2 de la Loi type sur l'arbitrage, mais qu'il a été jugé préférable de les conserver pour bien souligner que les autres motifs de récusation éventuellement prévus dans le droit national n'étaient pas recevables dans le cadre de l'arbitrage commercial international (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17 (A/40/17)*, par. 116 à 119).

¹² Par exemple: Code d'éthique (American Arbitration Association), Code de conduite professionnelle et éthique (Chartered Institute of Arbitrators), Code de conduite (Union européenne), Directives sur les conflits d'intérêts (Association internationale du barreau), Charte de l'arbitrage éthique (Federation of Arbitration Centre) et Code d'éthique de l'arbitre (Singapore International Arbitration Centre).

¹³ Directives de l'Association internationale du barreau relatives aux conflits d'intérêts, page ii.

circonstances contestables feraient naître des doutes “aux yeux des parties”, ou renvoyer à un “manque supposé d’impartialité ou d’indépendance”.

16. Dans le cas particulier du règlement de litiges entre investisseurs et États, l’article 14 de la Convention du CIRDI exige des arbitres et des conciliateurs qu’ils “[jouissent] d’une haute considération morale, [soient] d’une compétence reconnue (...) [et offrent] toute garantie d’indépendance dans l’exercice de leurs fonctions”. Cette exigence est complétée par la signature d’une déclaration d’indépendance au début de la procédure, prévue à l’article 6-2 du Règlement d’arbitrage du CIRDI. L’article 57 de la Convention prévoit un mécanisme selon lequel une partie peut demander la récusation d’un arbitre pour tout motif impliquant “un défaut manifeste des qualités requises par l’article 14, alinéa 1)”. L’article 39 de la Convention prévoit de manière générale qu’un arbitre ne peut être de la même nationalité qu’une partie au différend.

4. Jurisprudence

17. Comme il a été dit plus haut, la Loi type sur l’arbitrage, y compris ses articles 12 et 13, a été adoptée dans un certain nombre de pays. Toutefois, elle ne donne pas de définition pour des termes tels que “doutes légitimes”, “impartialité” ou “indépendance” et, en conséquence, les tribunaux étatiques utilisent leurs propres critères pour interpréter ces notions. Le Précis de jurisprudence concernant la Loi type sur l’arbitrage offre une analyse des décisions de justice sur le sujet¹⁴. Les tribunaux soulignent le caractère obligatoire de l’impartialité et de l’indépendance et analysent l’obligation de déclaration des arbitres. Dans certaines décisions, il est souligné que, pour qu’il soit fait droit à une demande de récusation, les doutes légitimes quant à l’impartialité ou l’indépendance des arbitres doivent découler de circonstances objectives¹⁵. Dans certains cas, il a été considéré que la notion de “doute légitime” devait être prouvée par des faits objectifs qu’une personne raisonnable et éclairée considérerait comme relevant de la partialité de la part d’un arbitre. Certaines juridictions exigent un véritable fait de partialité pour qu’un arbitre puisse être récusé.

18. Les décisions de justice concernant la Convention de New York peuvent également être pertinentes. La jurisprudence montre que certaines parties tentent de s’opposer à l’exécution de sentences arbitrales étrangères en faisant valoir que les arbitres n’ont pas l’indépendance et l’impartialité voulues. Ces requêtes, qui se fondent généralement sur l’article V-2 b) de la Convention¹⁶, sont rarement couronnées de succès. Les tribunaux soulignent que la question posée ne relève pas de l’ordre public et que la partie aurait dû la soulever pendant la procédure d’arbitrage.

5. Code d’éthique dans les traités d’investissement

19. Certains traités d’investissement conclus récemment comprennent un code de conduite des arbitres intervenant dans le règlement de litiges entre investisseurs et

¹⁴ Le Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international est disponible sur l’Internet, en anglais seulement, à l’adresse suivante: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/mal2012.html.

¹⁵ Voir Précis de jurisprudence concernant la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage commercial international, art. 12.

¹⁶ Disponible sur l’Internet à l’adresse suivante: <http://www.newyorkconvention1958.org>.

États nés dans le cadre d'un traité¹⁷. Ce type de code comporte généralement des normes de conduite pour les arbitres (et d'autres personnes) et porte sur les obligations dans la conduite de l'arbitrage, l'obligation de déclaration et le devoir de confidentialité.

III. Questions relatives à de futurs travaux possibles

20. Malgré le développement de l'arbitrage international et la diversité des sources et des textes sur l'éthique, aucune directive n'a été établie sur la stratégie à adopter par les arbitres, par exemple en ce qui concerne la question de savoir si les arbitres intervenant dans un arbitrage international devraient mettre de côté les règles en matière d'éthique de leur pays au profit de textes internationaux. Comme l'a noté la Commission à sa quarante-huitième session, les tribunaux arbitraux peuvent être liés par plusieurs normes d'éthique en fonction de la nationalité des arbitres, de leur affiliation à un ordre des avocats ainsi que du lieu de l'arbitrage¹⁸. En conséquence, des normes concurrentes peuvent s'appliquer, sans indication claire sur celle qui doit prévaloir.

21. Le développement de l'arbitrage international a également entraîné la diversification des parties participant au processus. Ainsi, les vues 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. S'il semble y avoir un accord général sur les normes fondamentales en matière d'éthique de l'arbitrage international, dans la pratique, l'évaluation du respect de ces normes peut 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. 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 le comportement éthique des arbitres.

22. En outre, les normes décrites dans la partie B ci-dessus comprennent des déclarations de principe sur les devoirs en matière d'éthique, mais sont généralement dépourvues d'explications sur leurs implications concrètes.

23. Compte tenu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être examiner les questions suivantes:

- a) Question de savoir si une source harmonisée et faisant autorité en matière d'éthique dans l'arbitrage international serait utile;
- b) Question de savoir si les travaux qui seraient menés dans le domaine de l'éthique dans l'arbitrage international auraient pour objet d'éliminer les incertitudes et les incohérences observées dans les normes éthiques existantes, et

¹⁷ 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).

¹⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-dixième session, Supplément n° 17* (A/70/17), par. 150.

concernant leur application; dans ce cas, question de savoir si un nouvel instrument devrait traiter un ou plusieurs des points suivants: i) les personnes concernées (outre les arbitres), ii) le contenu des normes éthiques (limité à l'impartialité et à l'indépendance, ou englobant d'autres obligations), iii) les méthodes et la portée de la déclaration, iv) la procédure de récusation, v) les effets de la violation des normes éthiques, et vi) les mécanismes d'application (comment les règles éthiques devraient-elles être appliquées et par qui (arbitres, parties, institutions, autres)?);

c) Question de savoir si les instruments existants définissent assez précisément la portée de la déclaration et la procédure de récusation: quel niveau de détail devrait-il être fourni en relation avec la déclaration et la procédure de récusation d'un arbitre? Les obligations, notamment d'impartialité et d'indépendance, pourraient-elles être écartées et, si oui, sous quelles conditions?

d) Question de savoir si les conséquences de la non-conformité aux normes éthiques sont traitées suffisamment dans le détail dans les instruments existants.

24. Il ressort des exemples donnés dans la partie II ci-dessus que les normes éthiques dans l'arbitrage entre investisseurs et États et dans l'arbitrage commercial portent en grande partie sur les mêmes obligations, avec quelques variantes. La Commission voudra peut-être se demander si des travaux sur le sujet devraient englober à la fois l'arbitrage commercial et l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, ou s'il faudrait faire la distinction pour tenir compte des différences manifestes entre ces deux types d'arbitrage.
