



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

Arbitres et décideurs : mécanismes de nomination et questions connexes

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Mécanismes de nomination et questions connexes	2
1. Évaluation des problèmes recensés	2
a) Nomination des arbitres dans le cadre du RDIE	2
b) Comparaison avec d'autres systèmes juridictionnels	5
c) Incidence de la procédure de sélection sur la diversité et la compétence	6
III. Opportunité de mener des réformes	11
1. Objectifs des réformes	11
2. Vues préliminaires exprimées par les États	11
3. Autres questions à examiner	11



I. Introduction

1. Pour l'information du Groupe de travail, le document [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) aborde la question de l'indépendance et de l'impartialité des arbitres et la présente Note aborde les questions connexes de l'incidence des mécanismes de nomination des arbitres et de l'opportunité de mener des réformes. Sur le fondement des questions exposées dans les deux documents, la présente Note traite de l'opportunité de réformes concernant les arbitres et décideurs dans le règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE).
2. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a proposé que lui soient communiquées des informations sur d'autres cadres juridiques relatifs aux mécanismes de nomination, en particulier en ce qui concerne l'arbitrage commercial international et les juridictions internationales ([A/CN.9/935](#), par. 46). La présente Note comporte des renseignements quant à ces éléments de comparaison et elle fournit des commentaires sur la pertinence et la fiabilité des informations ainsi que des données sur certaines questions particulières.
3. À l'instar d'autres documents fournis au Groupe de travail, la présente Note a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet¹.
4. Si elle contient des informations destinées à appuyer l'examen par le Groupe de travail de certaines préoccupations liées au RDIE et de l'opportunité de mener des réformes, la présente Note ne vise aucunement à exprimer un point de vue sur les questions soulevées, tâche qui appartient au Groupe de travail.

II. Mécanismes de nomination et questions connexes

1. Évaluation des problèmes recensés

5. Dans le régime actuel de RDIE, les arbitres et décideurs sont le plus souvent nommés par les parties au litige et, dans une moindre mesure, par des autorités de nomination (notamment des institutions d'arbitrage) chargées d'appuyer le processus. Le caractère fragmenté du régime de RDIE ne prévoit donc pas de processus uniforme. La composition du tribunal et le choix des arbitres sont régis par les dispositions des traités applicables ou par des dispositions contractuelles spécifiques et, en l'absence de telles dispositions, conformément aux règles supplétives de toute institution d'arbitrage concernée (par exemple celles du CIRDI) ou au règlement ad hoc applicable (par exemple celui de la CNUDCI)

a) Nomination des arbitres dans le cadre du RDIE

Nomination par les parties

6. Les règlements du CIRDI et de la CNUDCI ont une démarche commune pour ce qui est du processus de nomination des arbitres. Ils prévoient par défaut un tribunal de trois membres, chacune des parties nommant un arbitre (ces deux arbitres étant généralement désignés en tant que « coarbitres »). Il appartient ensuite aux coarbitres

¹ Voir les références bibliographiques publiées par le Forum académique, disponibles à titre de « ressources supplémentaires » (en anglais) 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.

(CNUDCI) ou aux parties (CIRDI) de nommer par accord l'arbitre-président². Si très peu de traités d'investissement abordent les mécanismes de nomination, certains traités bilatéraux récents ont développé ce sujet, en prenant pour point de départ des approches qu'on pourrait décrire comme plus « traditionnelles »³.

7. Les règlements d'arbitrage ne prévoient pas de procédure à suivre par les parties pour trouver et nommer un arbitre. Les parties sont libres de choisir toute personne pour remplir les fonctions d'arbitre, pourvu qu'elle réponde aux critères applicables. Lorsqu'elles doivent choisir un arbitre, les parties examinent les qualifications et les antécédents des candidats. Dans le cadre de ce processus, qui peut comporter un petit entretien, elles peuvent demander aux arbitres pressentis s'ils ont déjà agi en tant qu'arbitre ou conseil dans des affaires de RDIE, s'ils ont déjà rempli des fonctions de conseil auprès des parties ou de parties qui leur sont liées, s'ils ont publié des documents ou des déclarations, et elles peuvent également souhaiter s'informer quant à la personnalité, à la réputation, aux compétences techniques et linguistiques des candidats et à leur approche du processus arbitral de manière générale.

8. Lorsque des entretiens ont lieu, les lignes directrices visant à protéger l'intégrité du processus ainsi que l'indépendance et l'impartialité d'un arbitre pressenti prévoient notamment qu'aucune tentative ne sera faite pour connaître l'opinion de celui-ci sur le fond de l'affaire⁴.

9. Dans le contexte du RDIE, lorsqu'un État intervient et que les questions en jeu ont à voir avec l'intérêt public, des préoccupations ont été soulevées en ce qui concerne le choix de l'arbitre par les parties (A/CN.9/935, par. 54).

² Au CIRDI, « le Tribunal comprend trois arbitres ; chaque partie nomme un arbitre et le troisième, qui est le président du Tribunal, est nommé par accord des parties » (voir art. 37-2 b)). Selon le Règlement de la CNUDCI, « [s]il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal » (voir art. 9-1). En pratique, même lorsque l'arbitre-président est officiellement nommé par les parties plutôt que par les coarbitres, il est d'usage que les parties conviennent que les coarbitres peuvent être consultés, afin de s'assurer que ces derniers ne voient aucune objection au fait de travailler avec l'un ou l'autre des candidats pris en compte pour la fonction.

³ Aux termes de l'Accord économique et commercial global (AECG ou CETA en anglais), les nominations sont faites par un Comité mixte (qui, en vertu de l'article 26.1, est « composé de représentants de l'Union européenne et des représentants de Canada »). Le Comité mixte nomme 15 membres du tribunal, dont cinq ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, cinq ressortissants du Canada et cinq ressortissants de pays tiers (art. 8-27.2). Il nomme également les membres du tribunal d'appel, dont il établit le nombre ultérieurement (art. 8-28.3). L'accord de libre-échange entre l'Union européenne et le Viet Nam prévoit une procédure similaire (chap. 8.II, sect. 3, art. 12-3 et 13-2).

⁴ Par exemple, la ligne directrice 8 a) des Lignes directrices de l'Association internationale du barreau (IBA) sur la représentation des parties dans les arbitrages internationaux précise que « [un] représentant d'une Partie peut communiquer avec un Arbitre potentiel afin d'évaluer son expertise, son expérience, sa capacité, sa disponibilité et l'existence d'éventuels conflits d'intérêts », mais qu'il ne doit pas discuter de l'affaire (ligne directrice 8 d)).

Nomination par des autorités de nomination

10. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les règlements du CIRDI⁵ et de la CNUDCI⁶ prévoient l'intervention d'une autorité de nomination pour aider les parties dans le cadre du processus de désignation des arbitres.

11. Le mode de nomination proprement dit et la présélection des arbitres nommés pour des affaires données sont régis par les exigences juridiques et la pratique établie, afin de permettre la nomination en temps opportun d'arbitres compétents lorsque les parties ou les coarbitres ne parviennent pas à mener ce processus à bien. Dans la pratique, une procédure de liste (ou de scrutin) représente une pratique bien établie. Une liste restreinte se compose d'arbitres qualifiés choisis par l'autorité de nomination (en fonction des circonstances de l'espèce et compte tenu des exigences juridiques en matière notamment de nationalité ou d'impartialité), sur une base informelle et parfois après consultation avec les parties.

12. S'agissant de la désignation par une autorité de nomination, la principale préoccupation est liée à l'absence de transparence du processus, comme cela a été souligné dans les travaux récents de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur la question⁷. La transparence de la désignation des arbitres par les autorités de nomination peut s'envisager à deux niveaux : premièrement, en ce qui concerne la préparation et la publication des listes (ou réservoirs) d'arbitres potentiels et le processus de sélection pour une affaire donnée ; et deuxièmement, en ce qui concerne la communication des activités de nomination par les autorités de nomination dans le cadre des affaires de RDIE.

13. Le Groupe de travail se souviendra peut-être que l'attention s'est tournée relativement récemment vers le processus de nomination mis en œuvre dans le cadre du RDIE, qui repose principalement sur la nomination par les parties et seulement de manière marginale par les autorités de nomination (voir les chiffres aux paragraphes 11 et 44 du document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#)). En outre, comme on l'a

⁵ Lorsque le CIRDI agit en tant qu'autorité de nomination (si les parties ne parviennent pas à désigner tous les membres du tribunal dans les 90 jours suivant la notification de la requête d'arbitrage), l'une ou l'autre des parties peut demander au Président du Conseil administratif du CIRDI de nommer l'arbitre ou les arbitres non encore désignés (voir la description de cette procédure dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), par. 52 à 55). La première étape consiste en un scrutin. Lorsque ce scrutin est concluant, on considère qu'il s'agit d'une nomination intervenue d'un commun accord entre les parties. Lorsque le scrutin ne débouche sur aucun accord, le CIRDI nomme une personne parmi celles figurant sur sa liste d'arbitres (les parties peuvent alors faire valoir toutes circonstances montrant que la personne choisie n'est pas dotée des qualités voulues conformément à la convention du CIRDI). Le Centre s'efforce d'achever le processus de désignation dans les 30 jours suivant la demande de nomination (<https://icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Selection-and-Appointment-of-Tribunal-Members-Convention-Arbitration.aspx>). Il convient de noter que la question est abordée dans le cadre du processus d'amendement du règlement du CIRDI qui est actuellement en cours ; selon l'amendement proposé, les parties pourraient demander de l'assistance à chaque étape et elles auraient la possibilité de demander différents types d'assistance, y compris un bulletin de sélection (non contraignant), une procédure de liste (obligatoire), ou autre (voir « Propositions d'amendement des règlements du CIRDI – Synopsis », par. 31, à l'adresse https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf).

⁶ En vertu du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la règle du tribunal de trois membres (prévu par défaut) permet à l'autorité de nomination de désigner un coarbitre ou un arbitre-président si la partie n'a pas nommé son coarbitre ou si les coarbitres ne sont pas convenus d'un arbitre-président dans les 30 jours (voir art. 8 et 9). L'autorité de nomination utilise une procédure de liste. Le Règlement de la CNUDCI prévoit que l'autorité procède à la nomination en ayant égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et en tenant également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties (voir aussi la communication du CIRDI dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), par. 42 à 56).

⁷ *Appointing Authorities and the Selection of Arbitrators in Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, document de consultation, mars 2018, David Gaukrodger, Division de l'investissement, Direction des affaires financières et des entreprises, Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, France.

noté ci-dessus, les arbitres doivent remplir certaines conditions (nationalité, expérience), faute de quoi la partie adverse pourrait les récuser, ce que les autorités de nomination cherchent à éviter (voir, en particulier, la communication de la Cour permanente d'arbitrage (CPA) au paragraphe 58 du document [A/CN.9/WG.III/WP.146](#)).

14. En ce qui concerne la communication des activités de nomination par les autorités de nomination, très peu d'informations sont rendues publiques. Il convient de noter que les institutions arbitrales ont récemment pris des mesures pour répondre aux critiques relatives au manque de transparence. En particulier, certaines des principales institutions ont autorisé que soient communiquées plus systématiquement la nomination des arbitres et la composition des tribunaux d'arbitrage⁸.

b) Comparaison avec d'autres systèmes juridictionnels

15. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mécanismes de nomination dans le cadre du RDIE sont comparables à ceux qui sont mis en œuvre dans l'arbitrage commercial et l'arbitrage entre États. Ils sont cependant très différents des mécanismes de nomination des décideurs dans les organismes internationaux (où il convient d'établir une distinction entre la sélection de décideurs destinés à devenir membres d'un organisme juridictionnel et l'attribution d'une affaire spécifique à des décideurs ou à des chambres)⁹, et des méthodes communes pour les nominations judiciaires à l'échelle nationale.

16. En ce qui concerne la nomination des juges internationaux, les États proposent des candidats à des fonctions judiciaires internationales dans le cadre d'un processus d'élection ou de nomination qui est similaire dans de nombreuses cours et tribunaux internationaux, avec néanmoins quelques variantes. Le processus est généralement transparent en ce sens qu'il est prévu dans les lois ou les règles pertinentes. Dans certains cas, un État peut désigner un candidat unique, ou les États membres en tant que groupe peuvent présenter un nombre limité de candidats, et cet ensemble de candidats est ensuite soumis à un processus électoral. Par exemple, dans le cas de la Cour internationale de Justice (CIJ), l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité procèdent aux nominations (15 juges au total) tandis que, dans le cas de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe élit un des trois candidats pour chaque siège (avec 41 juges au total). Le processus de nomination inclut des réunions formelles et informelles entre les candidats et les représentants permanents des États membres.

⁸ Le CIRDI prévoit de publier la composition de chaque tribunal arbitral. D'autres institutions qui entraient dans l'orbite de l'étude de l'OCDE (la Cour permanente d'arbitrage (CPA) et l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm) ne publient d'informations relatives à l'identité ou aux qualifications des arbitres qu'avec le consentement des parties. Dans la pratique, cependant, de nombreuses nominations sont rendues publiques, soit par consentement mutuel (par exemple par le biais des listes publiées sur le site Web de la CPA) soit par la communication d'informations par une partie (débouchant par exemple sur la publication des noms des arbitres dans la presse spécialisée, notamment les revues *Global Arbitration Review* ou *Investment Arbitration Reporter*).

⁹ Les différentes étapes de la sélection des juges dans les organes juridictionnels et les méthodes d'attribution des affaires sont présentées en détail dans le Rapport supplémentaire du Geneva Center for International Dispute Settlement (CIDS), disponible (en anglais) à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/CIDS_Supplemental_Report.pdf.

17. Le Tribunal des différends irano-américains suit dans les grandes lignes le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI¹⁰, mais il a modifié la procédure de nomination comme suit : la République islamique d'Iran et les États-Unis d'Amérique nomment chacun trois des juges, et une procédure de liste est utilisée pour nommer les trois autres. Lorsque la procédure de liste échoue ou dans tout autre cas où l'autorité de nomination est tenue de désigner les juges, celle-ci doit, en vertu de l'article 6.4 du Règlement du Tribunal, « veiller à la nomination d'un arbitre indépendant et impartial ».

18. Le Mémorandum d'accord sur le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) traite des nominations à l'Organe d'appel de l'OMC¹¹. Il prévoit que le consensus entre les membres de l'OMC est requis pour la nomination (ou le renouvellement du mandat) de sept membres de l'organe (qui siège en formation de trois membres). Il y a également eu une pratique de renouvellement automatique des mandats, sauf en cas d'infirmité, de problèmes de performance ou d'inconduite, bien que certains sièges soient récemment restés vacants faute de consensus.

c) Incidence de la procédure de sélection sur la diversité et la compétence

Diversité

19. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner l'incidence des mécanismes de nomination sur la question de la diversité des arbitres désignés dans le contexte du RDIE.

20. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail est largement convenu qu'il existait un petit groupe de personnes qui étaient régulièrement nommées en tant qu'arbitres et se trouvaient donc régulièrement à trancher dans les affaires de RDIE. Il a également noté le manque de diversité en matière de sexe, d'origine géographique et ethnique, et d'âge (A/CN.9/935, par. 70).

21. En outre, le Groupe de travail a noté que l'absence de diversité des arbitres pouvait avoir les répercussions suivantes : manque d'arbitres comprenant les préoccupations des pays en développement en matière d'élaboration de politiques ; incidences négatives possibles sur le bien-fondé des décisions ; préoccupations relatives aux impressions de partialité et de manque d'indépendance des arbitres (A/CN.9/935, par. 70).

22. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de savoir si la diversité et une qualité souhaitable en soi¹². Certaines personnes ayant répondu à un

¹⁰ Le Tribunal a été créé en application de la Déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative au règlement des différends entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran, datée du 19 janvier 1981. Aux termes de l'article III-2 de la Déclaration, « [l]es membres du Tribunal sont désignés et le Tribunal exerce ses fonctions suivant le Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), sauf dans la mesure où les parties ou le Tribunal en décident autrement afin que le présent Accord puisse être exécuté. Les règles de la CNUDCI relatives à la désignation des membres des tribunaux à trois membres s'appliquent *mutatis mutandis* à la désignation du Tribunal ».

¹¹ Art. 17-2.

¹² Dans une enquête récente, si 50 % des personnes interrogées estimaient qu'il était souhaitable d'avoir un équilibre entre les sexes dans les tribunaux arbitraux, 41 % estimaient en revanche que « cela ne fai[sai]t aucune différence ». Les réponses concernant l'origine ethnique et nationale suivaient une tendance similaire. Respectivement 80 % et 64 % des personnes interrogées déclaraient que trop d'arbitres étaient blancs ou originaires d'Europe occidentale et d'Amérique du Nord, mais seulement 54 % estimaient que l'équilibre ethnique au sein d'un tribunal était souhaitable, 31 % répondant que « cela ne fai[sai]t aucune différence ». Voir BLP International Arbitration Survey 2016 (édition 2016 de l'enquête sur l'arbitrage international du cabinet juridique BLP), disponible (en anglais) à l'adresse http://www.blplaw.com/media/download/BLP-Diversity_on_Arbitral_Tribunals_-_Survey_Report.pdf.

sondage récent ont indiqué s'être vu refuser des nominations en tant qu'arbitre en raison de facteurs liés à la diversité¹³.

23. Le Groupe de travail a également noté que les nominations répétées pourraient entraîner des problèmes de disponibilité des arbitres et être à l'origine de l'allongement de la durée et de l'élévation du coût des procédures, et que le fait de s'attaquer au manque de diversité pourrait contribuer à résoudre certaines préoccupations relatives aux conflits d'intérêts (A/CN.9/935, par. 71).

24. En ce qui concerne la répartition des sexes, la proportion de femmes arbitres dans les tribunaux liés aux traités d'investissement a été régulièrement présentée dans le cadre de divers sondages, sans que les données soient entièrement comparables. D'une manière générale, une étude détaillée réalisée en 2006 et prenant en compte les 102 sentences arbitrales alors accessibles au public a montré que sur les 145 arbitres qui étaient intervenus, 5 étaient des femmes (soit environ 3 %) ¹⁴. Au 1^{er} mars 2012, sur la base des 254 « affaires terminées » (traitées entre 1972 et 2012) publiées sur le site Web du CIRDI, il a été constaté que 43 des 745 arbitres étaient des femmes (soit 5,63 %). Une analyse similaire effectuée par la Chambre de commerce de Stockholm en 2015 a révélé que 39 des 279 personnes nommées étaient des femmes ¹⁵. Par comparaison, une analyse des nominations institutionnelles dans l'arbitrage international en général (RDIE et arbitrage commercial international) réalisée en 2011 a révélé qu'environ 6 % des arbitres étaient des femmes, pourcentage qui est passé à 17 % entre 2011 et 2016¹⁶. Toutefois, il a également été estimé qu'en ce qui concerne les nominations en tant qu'arbitres internationaux, il n'y avait pas de différence significative entre les sexes. Divers sondages indiquent également que les institutions arbitrales sont beaucoup plus disposées que les parties elles-mêmes à nommer des femmes arbitres.

25. Les cours et tribunaux internationaux ont également été critiqués pour leur faible proportion de femmes juges. Les statuts de la Cour internationale de Justice et du Tribunal international du droit de la mer ne font aucune référence à la répartition hommes-femmes. En revanche, le dernier en date des statuts de la Cour pénale internationale (CPI) exige des États parties qu'ils tiennent compte, dans le choix des juges, d'une « représentation équitable des hommes et des femmes » ¹⁷. Les commentateurs font état d'une plus grande parité des sexes à la CPI, et plus généralement dans les tribunaux pénaux et les tribunaux des droits de l'Homme¹⁸, que dans d'autres organes. Au moment de la rédaction du présent rapport, la CPI comptait plus de femmes juges (7 sur 18) que le Tribunal international du droit de la mer (3 sur 21) et la CIJ (3 sur 15).

¹³ Six pour cent des personnes interrogées estimaient qu'elles s'étaient vu refuser des nominations en raison de leur origine ethnique ; 23 % en raison de leur sexe ; 28 % parce qu'on les considérait trop jeunes ; 84 % estimaient que les arbitres étaient trop majoritairement des hommes ; 64 % estimaient que les arbitres originaires d'Europe occidentale ou d'Amérique du Nord étaient trop nombreux ; 80 % estimaient que trop d'arbitres étaient blancs. BLP International Arbitration Survey 2016 (enquête sur l'arbitrage international du cabinet juridique BLP), *ibid*.

¹⁴ Voir Susan D. Franck (2009), *Development and Outcomes of Investment Treaty Arbitration*, Harvard International Law Journal, vol. 50(2). Il a également été conclu que, s'agissant d'arbitres internationaux, la médiane était représentée par un homme de 53 ans, ressortissant d'un pays développé, qui avait déjà déclaré dix nominations à titre d'arbitre ; et que, s'agissant de conseils, la médiane était représentée par un homme de 46 ans, ressortissant d'un pays développé, qui avait déjà fait fonction de conseil dans 15 procédures d'arbitrage. Voir également *The Diversity Challenge: Exploring the 'Invisible College' of International Arbitration*, Columbia Journal of Transnational Law, vol. 53, p. 429, 2015.

¹⁵ Voir www.sccinstitute.com/Babout4the4sccBnewsB2+15Bnew4sccstatistics4on4appointments4of4female4arbitrators.

¹⁶ Voir Lucy Greenwood, C. Mark Baker; *Is the balance getting better? An update on the issue of gender diversity in international arbitration*, *Arbitration International*, vol. 31, n° 3, 1^{er} septembre 2015, p. 413 à 423, <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv034>.

¹⁷ Art. 36-8 a) iii).

¹⁸ <https://scholarlycommons.pacific.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1259&context=mlr>.

26. En ce qui concerne les nominations répétées d'un petit nombre d'arbitres, il a été constaté que, des 372 personnes désignées pour siéger aux tribunaux du CIRDI entre 1972 et 2011, 37 ont été nommées dans environ 50 % des affaires, et qu'environ un tiers d'entre elles avaient été formées dans les mêmes cinq universités. Le CIRDI a signalé que, dans près de la moitié de 289 affaires jugées entre janvier 1972 et mai 2015 (soit 45 %), les tribunaux étaient composés uniquement d'arbitres anglo-européens¹⁹. L'analyse des données relatives à ces affaires indique que, dans 84 % d'entre elles, au moins deux des membres du tribunal étaient anglo-européens, ou que l'arbitre unique était anglo-européen, et que seules 11 affaires (soit 4 % du total) ont été tranchées par des tribunaux ne comportant aucun membre anglo-européen²⁰. Plus généralement, les études indiquent que les arbitres des pays en développement ont bénéficié d'un nombre de nominations statistiquement inférieur à celui de leurs homologues originaires de pays développés²¹.

27. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les institutions arbitrales signalent qu'elles prennent des mesures pour élargir le vivier d'arbitres (A/CN.9/935, par. 71 et 72). Par exemple, en 2017, le CIRDI a rendu compte de ses efforts pour accroître la diversité comme suit : « La diversification des arbitres, conciliateurs et membres de comités ad hoc nommés s'est poursuivie au cours de l'exercice 2017 : 13 % de ces nominations ont concerné des personnes désignées pour la première fois en qualité de membre d'un tribunal ou d'un comité ad hoc CIRDI. Vingt-trois pour cent des personnes nommées pour la première fois étaient des ressortissants d'économies à faible revenu ou revenu intermédiaire, et 14 % des nouvelles personnes nommées étaient des femmes. En tout, 93 personnes originaires de 33 pays différents ont été nommées en qualité d'arbitres, de conciliateurs ou de membres de comités ad hoc dans 57 affaires CIRDI au cours de l'exercice 2017. Quatorze pour cent du nombre total des nominations effectuées au cours de l'exercice 2017 ont concerné des femmes. Le CIRDI et le défendeur/État ont chacun désigné 43,5 % des femmes ainsi nommées, tandis que 13 % des désignations de femmes ont été effectuées d'un commun accord par les parties à l'arbitrage. Aucune femme n'a été nommée par le demandeur/investisseur à titre individuel ou par les coarbitres. »²² Le CIRDI est intervenu 47 fois en tant qu'autorité de nomination en 2017 et il a nommé 31 personnes de 25 nationalités différentes. Environ 23 % des nominations effectuées par le Centre ont concerné des ressortissants d'économies à faible revenu ou à revenu intermédiaire, et 21 % des personnes désignées par le CIRDI étaient des femmes²³.

28. À titre de comparaison, le Statut de la CIJ interdit la présence de plusieurs juges originaires d'un même État parmi les quinze juges nommés à la Cour, et l'ensemble des juges doit représenter la diversité géographique et les principaux systèmes juridiques du monde²⁴.

29. Le Tribunal international du droit de la mer a les mêmes exigences. S'agissant de la CIJ, chacun des cinq membres permanents du Conseil de sécurité a toujours eu un juge de sa nationalité siégeant à la Cour. Les dix juges restants se composent de deux membres de chacun des groupes régionaux des Nations Unies²⁵. À l'OMC, le Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends prévoit que la « composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC »²⁶.

¹⁹ Statistiques communiquées sur les arbitrages CIRDI.

²⁰ BLP International Arbitration Survey, 2016, *supra* (enquête sur l'arbitrage international du cabinet juridique BLP).

²¹ Voir la deuxième étude mentionnée dans la note de bas de page 14, *supra*.

²² Rapport annuel 2017 du CIRDI, disponible à l'adresse <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/CIRDI%20RA%20FR.pdf> ; caractéristiques – voir WP 146. Voir aussi <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/27/on-arbitrators/>.

²³ Rapport annuel 2017 du CIRDI, p. 35 et 36.

²⁴ Statut, art. 9.

²⁵ La Cour pénale internationale (CPI) a la même composition régionale.

²⁶ Organisation mondiale du commerce (OMC), Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art. 17-3.

Compétence et qualifications des arbitres

30. Le Groupe de travail a examiné la question des qualifications des arbitres à sa trente-cinquième session (A/CN.9/935, par. 82 à 88). On a rappelé que la nomination par les parties donnait à celles-ci le droit de sélectionner un arbitre sur la base des qualifications et de l'expérience qu'elles jugeaient appropriées, même si elles n'avaient pas le même contrôle sur les qualifications et l'expérience de l'arbitre président (A/CN.9/935, par. 83).

31. De manière générale, il a été noté que les qualifications des arbitres ou des décideurs devraient inclure la capacité de prendre en compte des considérations pertinentes d'intérêt public ou d'ordre public, qui entraînent généralement en ligne de compte dans les affaires de RDIE. Il a été dit que ces affaires pouvaient exiger des compétences spécialisées dans les questions de droit international tant public que privé, et que les arbitres pouvaient être appelés à formuler des conclusions sur des questions de droit interne (A/CN.9/935, par. 83). La question de savoir si les arbitres connaissent bien les questions d'intérêt public est également liée aux règles techniques en matière de procédure et de preuve. Par exemple, les règles de la preuve concernant les documents qui sont ou non protégés par le secret professionnel, ou les preuves qui sont ou non admissibles, reflètent souvent des politiques publiques importantes. Le non-respect de ces règles par les arbitres dans les procédures arbitrales a des incidences politiques et peut avoir des répercussions en ce qui concerne les résultats de ces procédures²⁷.

32. S'agissant des conditions imposées aux personnes que les États contractants et le Président du Conseil administratif veulent désigner pour apparaître sur les listes de conciliateurs et d'arbitres du CIRDI²⁸, la Convention du Centre exige que « [l]es personnes désignées pour figurer sur les listes ...[soient] d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière ». Elle précise en outre que « [l]a compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante » (art. 14-1 de la Convention du CIRDI)²⁹.

²⁷ Voir la communication du Columbia Center on Sustainable Investment, disponible à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/UNCITRAL_WGIII_-_35th_session_-_CCSI_intervention_WP.142_Section_III.pdf.

²⁸ Les parties à des différends soumis au CIRDI (mais non le Président) peuvent nommer pour siéger aux tribunaux arbitraux des arbitres ne figurant pas sur la liste des arbitres. Cependant, les arbitres que les parties à des différends sélectionnent hors de la liste des arbitres doivent posséder les qualités prévues à l'article 14-1 de la Convention du CIRDI. Voir la Convention du CIRDI, art. 40-1 et 40-2.

²⁹ Des études ont montré que, dans la pratique, les arbitres nommés dans le contexte du RDIE étaient généralement des professeurs de droit international public, d'anciens juges (nationaux ou de la CIJ), des diplomates et fonctionnaires retraités de ministères des affaires étrangères ou d'organisations internationales, des avocats en exercice qui sont ou étaient associés dans un cabinet juridique ou des avocats plaidant devant les plus hautes juridictions, ou des arbitres commerciaux itinérants. Voir <http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/Qualified-Investment-Arbitrators.pdf>. L'OCDE a par ailleurs noté que les arbitres sont souvent des avocats, des professeurs ou d'anciens juges qui occupent ou ont occupé des postes à hautes responsabilités dans leurs domaines respectifs. Selon une étude récente sur les arbitres du CIRDI, les avocats du secteur privé dominant le domaine : plus de 60 % des arbitres d'investissement du Centre exercent dans le secteur privé. Environ un tiers d'entre eux sont des universitaires à temps plein. Environ 40 % sont des spécialistes du droit international public (dont certains avocats du secteur privé). Les milieux gouvernementaux sont moins représentés, bien qu'on trouve parmi les arbitres un certain nombre d'anciens juges nationaux ou internationaux. Peu d'arbitres ont précédemment participé aux négociations relatives à des traités d'investissement. La proportion importante d'arbitres commerciaux dans le domaine du RDIE a récemment fait l'objet de commentaires dans la presse. Voir Gaukrodger, D. et K. Gordon (2012), « Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community », Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2012/03, Éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>.

33. À titre de comparaison, les statuts d'un certain nombre de cours et tribunaux internationaux suivent le modèle de l'article 2 du Statut de la CIJ³⁰, qui prévoit essentiellement l'un ou l'autre de deux profils professionnels : les juges doivent être élus parmi les personnes susceptibles d'être nommées aux plus hautes fonctions judiciaires dans leurs pays respectifs. La seconde possibilité dont font état les statuts de la CIJ et d'autres organes judiciaires internationaux est d'élire des « jurisconsultes », à savoir essentiellement des universitaires et des chercheurs. Dans certains cas, les statuts exigent simplement que les individus soient des juristes de « compétence reconnue », sans indication d'un domaine juridique précis³¹. Ainsi, à la CIJ, les juges doivent avoir une compétence reconnue en « droit international ». En revanche, selon le domaine, les juges nommés pour siéger à des tribunaux spécialisés peuvent devoir justifier de qualifications plus spécifiques³².

34. Le Statut de la CPI prévoit la possibilité de constituer une commission consultative pour examiner les candidatures afin de voir si les conditions requises sont réunies³³. Une telle commission a été constituée en 2015 (lors de la nomination de neuf membres pour un mandat de trois ans). Un groupe d'experts du même genre a été mis en place à la Cour européenne des droits de l'homme.

35. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que, dans le cadre d'une enquête récente, des parties investies du pouvoir de nomination d'arbitres ont fait les commentaires suivants :

- Soixante-dix pour cent des personnes interrogées ont déclaré avoir accès à suffisamment d'informations pour faire un choix éclairé quant à la nomination des arbitres ;
- Les personnes interrogées souhaiteraient avoir accès aux décisions antérieures des arbitres, en savoir plus sur leur approche des questions de procédure et de fond et avoir une idée claire de leur disponibilité pour s'acquitter des tâches liées à de nouvelles affaires ;
- Quatre-vingts pour cent des personnes interrogées aimeraient être en mesure de fournir une évaluation des arbitres après l'affaire. Près de 90 % d'entre elles le feraient par l'intermédiaire d'une institution arbitrale³⁴.

36. Le Groupe de travail est généralement convenu qu'il devait garder à l'esprit la question, jugée importante, des qualifications des décideurs, mais que ce point particulier ne justifiait pas l'élaboration d'un outil spécifique (A/CN.9/935, par. 88).

³⁰ L'article 2 du Statut de la Cour internationale de Justice, par exemple, prévoit que « [l]a Cour est un corps de magistrats indépendants, élus, sans égard à leur nationalité, parmi les personnes jouissant de la plus haute considération morale, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions judiciaires, ou qui sont des jurisconsultes possédant une compétence notoire en matière de droit international ».

³¹ Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), art. 21-1 (« jurisconsultes possédant une compétence notoire »).

³² Voir entre autres les conditions que doivent remplir les membres de l'Organe d'appel de l'OMC conformément au Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends (personnes « qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général ») ; les juges à la Cour interaméricaine des droits de l'homme, par exemple, doivent être des spécialistes des droits de l'homme, tandis que les juges du Tribunal international du droit de la mer doivent être des experts du droit maritime.

³³ Art. 36-4 c).

³⁴ Voir l'enquête « 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration », publiée par Queen Mary University of London et White & Case, disponible à l'adresse <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>.

III. Opportunité de mener des réformes

1. Objectifs des réformes

37. À la trente-cinquième session du Groupe de travail, il a été mentionné qu'il faudrait sopeser l'opportunité de mener des réformes en tenant également compte des questions suivantes :

- Nécessité de préserver les avantages du système actuel, notamment la souplesse et la neutralité ;
- Prise en compte des intérêts de toutes les parties prenantes au RDIE et garantie de l'équilibre entre leurs intérêts ;
- Importance de l'absence de politisation de toute éventuelle solution, la dépolitisation du RDIE étant l'un des principaux avantages du système actuel ([A/CN.9/935](#), par. 63).

38. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander s'il est souhaitable de tenir compte des avantages croisés potentiels des réformes du mécanisme de nomination sur d'autres éléments du régime de RDIE, notamment l'indépendance et l'impartialité des arbitres, la constance et la cohérence des sentences, le coût et la durée des procédures, ainsi que, de manière générale, la transparence.

2. Vues préliminaires exprimées par les États

39. À sa trente-cinquième session, le Groupe de travail a entendu quelques avis préliminaires concernant d'éventuelles réformes du mécanisme de nomination des arbitres.

40. Il a également été demandé que les institutions arbitrales jouent un plus grand rôle dans la sélection des arbitres et qu'elles établissent des procédures plus transparentes pour leur nomination. On a fait remarquer que le manque d'informations relatives aux méthodes de sélection avait pour effet de limiter le principe de responsabilité inscrit dans le système. Il a été proposé que les critères de sélection soient publiés et les nominations expliquées ([A/CN.9/935](#), par. 66).

41. Ceux qui estimaient que la nomination par les parties soulevait des préoccupations d'ordre systémique ont dit que l'on pourrait envisager un régime de RDIE dans lequel la nomination ou la sélection de décideurs ne serait pas effectuée par les parties, mais par une instance indépendante. De ce point de vue, il a été souligné que, sauf à créer un organe doté de juges permanents, il y avait peu de chances que l'on puisse répondre aux préoccupations recensées. Dans ce contexte, il a été dit que l'on pourrait examiner les mécanismes utilisés dans d'autres tribunaux et organes internationaux, notamment l'Organe de règlement des différends de l'OMC ([A/CN.9/935](#), par. 67).

42. Afin de remédier au manque de diversité dans le domaine du RDIE, il a été proposé d'organiser des formations pour élargir le vivier d'arbitres potentiels et d'envisager par la suite un système de listes ou une solution globale ([A/CN.9/935](#), par. 74).

3. Autres questions à examiner

43. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions ci-après sont également abordées dans le document [A/CN.9/WG.III/WP.149](#), qui fournit un cadre général pour examiner l'opportunité de mener des réformes. Il souhaitera peut-être aussi prendre en considération d'autres questions.

44. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le mécanisme de nomination, qui a été conçu pour offrir de la souplesse et garantir le respect de l'autonomie des parties, mais qui a suscité des critiques dans le sens où les arbitres ainsi nommés manqueraient de légitimité pour traiter de questions d'intérêt public. À cet égard, il souhaitera peut-être aborder la question de la rémunération des arbitres et également examiner

le mécanisme dans le contexte des dispositifs équivalents dans d'autres systèmes, comme indiqué ci-dessus.

45. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner l'incidence du mécanisme de nomination sur le rôle attendu des arbitres. Dans l'exercice de leurs fonctions, les juges publics sont souvent liés par des règles qui les obligent à rejeter des affaires en instance ailleurs ou à rejeter des affaires pour lesquelles des mesures ont déjà été demandées dans d'autres procédures. Toutefois, comme on l'a souligné dans les discussions sur les procédures parallèles, on a constaté que les tribunaux semblaient parfois se considérer comme des entités autonomes, traitant l'affaire dont ils étaient saisis sans se sentir obligés de suivre ce qui se passait ou s'était passé dans des procédures parallèles, ou d'examiner les questions systémiques que ces procédures parallèles posaient.

46. Le Groupe de travail voudra peut-être en outre examiner les questions liées à la transparence dans les processus de nomination et l'incidence des mécanismes de nomination sur la diversité des arbitres nommés dans les affaires de RDIE.

47. Une autre question à examiner concerne la capacité qu'ont les arbitres pour ce qui est d'examiner certaines questions d'intérêt public, les répercussions des décisions sur les non-parties, les questions relatives aux critères de contrôle applicables et la question de savoir si et dans quelle mesure les tribunaux peuvent se pencher sur des décisions de fait ou de droit rendues au niveau national. Cette question a trait aux pouvoirs inhérents et implicites des tribunaux arbitraux.

48. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la diversité au sein des organes juridictionnels est nécessaire en soi pour renforcer la légitimité d'un système de règlement des différends aux yeux du public. Dans le cadre ad hoc décentralisé actuel, les personnes chargées de la sélection des arbitres subissent relativement peu de pressions pour diversifier les nominations. S'ajoutant au manque de transparence du processus de nomination, cette caractéristique signifie que les efforts visant à promouvoir la diversité dépendent exclusivement de la bonne volonté et de l'autorégulation des acteurs du processus arbitral. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si le fait de s'orienter vers un processus de sélection des décideurs plus centralisé entraînerait nécessairement une plus grande diversité (ou, au contraire, si on risquerait d'aboutir à encore moins de diversité). De ce point de vue, il souhaitera peut-être examiner les avantages qu'il y aurait à intégrer de manière formelle des considérations relatives à la diversité dans les critères de sélection.
