

Remarques sur le projet de Code de conduite pour les arbitres CIRDI/CNUDCI

Le blog INTER-ÉTHIQUE – Étude des relations entre droit international et éthique

Par [Raphaël Maurel](#)

Le 1er mai 2020, le CIRDI et la CNUDCI annonçaient la publication d'un [projet de Code de conduite pour les arbitres et autres personnes exerçant des fonctions d'adjudication](#) :

« Aujourd'hui, les Secrétariats du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) et de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ont publié un projet de Code de conduite pour les arbitres et autres personnes exerçant des fonctions d'adjudication.

Le projet de Code a été élaboré conjointement par les Secrétariats du CIRDI et de la CNUDCI dans le cadre des travaux du Groupe de travail III de la CNUDCI (réforme du RDIE) et du processus d'amendement des règlements du CIRDI en cours.

Le projet prévoit des principes applicables et des dispositions détaillées concernant notamment les questions d'indépendance et d'impartialité, et le devoir de conduire les procédures avec intégrité, équité, efficacité et courtoisie. Il repose sur une étude comparative des normes établies dans les codes de conduite des traités d'investissement, des règlements d'arbitrage applicables au RDIE et ceux des tribunaux internationaux.

Les commentaires sur le projet sont les bienvenus et peuvent être adressés au Secrétariat de la CNUDCI (uncitral@un.org) et au Secrétariat du CIRDI (icsidsecretariat@worldbank.org) »[\[1\]](#).

La publication de ce bref projet de Code de 12 articles, [disponible en ligne\[2\]](#), appelle plusieurs remarques. On peut rappeler brièvement son origine, qui montre une prise de conscience de la nécessité d'harmoniser les pratiques éthiques de l'arbitrage (I), avant de formuler quelques observations quant à son contenu (II).

I. L'origine du projet de Code : une synthèse de l'éthique de l'arbitrage

La réalisation du Code annonce s'inscrire dans une démarche éthique. La notion d'éthique n'apparaît pas dans le Code *stricto sensu* mais irrigue, par plus de dix occurrences, le [projet annoté et commenté\[3\]](#). Elle a d'ailleurs guidé l'ensemble de la réflexion, initiée en 2015 par l'Algérie, dont la [proposition de rédaction d'un Code de déontologie](#) était ainsi motivée :

« Cette proposition est le résultat naturel d'un constat constant, qu'au fil des années, l'arbitrage international est devenu un vrai service public, notamment lorsqu'il est rendu sous l'égide d'institutions honorablement connues et par des juristes indépendants et

confirmés.

Certes, ce service public est payant, les parties non seulement doivent rémunérer leurs conseils, mais aussi couvrir les frais de l'arbitrage et dans la mesure où il est indispensable au bon exercice du commerce mondial et où il n'y a pas d'autres choix pour maintenir le développement des investissements dans tous les domaines, l'arbitrage doit être encouragé quel que soit le règlement applicable à condition qu'il réponde à des conditions impératives de qualité.

[...]

On le sait, argent et morale ne font pas souvent bon ménage: d'un côté, l'arbitrage serait associé aux affaires, aux intérêts, aux secrets, aux réseaux et suppose flexibilité, pragmatisme, réalisme et compromis. D'un autre côté, l'éthique impliquerait une forme de désintéressement, de la transparence, du détachement par rapport aux contingences matérielles, une certaine intransigeance et une faculté de discernement claire et franche entre ce qui est bien et ce qui n'est pas acceptable.

[...]

Appliquée à l'arbitrage, on pourrait dire que l'éthique arbitrale doit regrouper un ensemble de valeurs et de comportements que les différents protagonistes d'une procédure devraient respecter ou faire respecter pour préserver l'arbitrage de ses abus, c'est-à-dire une justice alternative intègre et pérenne et dans laquelle ceux qui y recourent placent leur confiance »[4].

Le contenu du courrier de l'Algérie, dont certains passages demeurent obscurs, qui ne définit pas précisément l'éthique et la conçoit essentiellement comme un instrument de légitimation du système arbitral, pourrait être largement commenté. Néanmoins, l'unanimité autour du projet a mené à la constitution d'un Groupe de travail dont les réflexions, alimentées à la fois par le CIRDI et la CNUCED, ont permis de formuler des objectifs relativement clairs.

Faisant suite à cette proposition, le Secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international produisait en 2017 une [étude de la notion d'éthique dans l'arbitrage international](#). Celle-ci visait en particulier à recenser les cadres juridiques existant et à soulever des sujets de travail futur. Limitée à la question de l'éthique des arbitres – ce qui laisse ouverte celle de l'éthique des parties, conseils, experts *etc.* –, la note laisse d'emblée apparaître la pauvreté du droit applicable en la matière. Plusieurs enjeux sont soulignés, à l'instar du fait que les normes identifiées relèvent souvent de la déclaration de principe et sont « généralement dépourvues d'explications sur leurs implications concrètes »[5], ou du caractère diffus des normes éthiques applicables. Le rapport indique ainsi que « [m]algré 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 pour déterminer si les arbitres intervenant dans un arbitrage international pourraient mettre de côté les règles éthiques de leur pays au profit de textes internationaux »[6].

Les travaux ultérieurs reprennent ces constats. En 2019, la [note concernant une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États](#) souligne notamment que « certains traités d'investissement récemment conclus contiennent un code de conduite destiné aux membres des tribunaux », mais « ne prévoient généralement pas de sanctions autres que le droit des deux parties de demander le remplacement de l'arbitre ou du juge »[7]. La Commission avait d'ailleurs été invitée à examiner la question de savoir si le Code devait traiter

de la question des « effets d'un manquement aux normes éthiques »[\[8\]](#). La note de 2019 envisage le contenu concret d'un futur Code sur ce point, concluant que :

« Pour qu'un code de conduite élaboré sur une base multilatérale soit applicable, il faut établir ses relations avec les autres législations et règlements pertinents. L'arbitrage est principalement régi, par ordre de priorité, i) par un traité prévoyant l'arbitrage CIRDI et par la législation nationale (telle qu'interprétée par les juridictions nationales compétentes) du lieu où est rendue la sentence dans le cas d'un arbitrage ne relevant pas du CIRDI (et la Convention de New York au stade de l'exécution); ii) par un règlement d'arbitrage (qu'il s'agisse d'un règlement institutionnel ou du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) ; et iii) pour autant qu'elles entrent dans le champ d'application de l'autonomie procédurale accordée aux parties au différend par la législation visée au point i), par d'autres règles dont les parties au différend sont éventuellement convenues.

Un code de conduite pourrait être un instrument juridique non contraignant permettant de guider l'interprétation des obligations prévues dans d'autres sources. Il pourrait aussi devenir contraignant si les États contractants l'incorporent dans un traité ou si les parties au différend s'accordent sur son application »[\[9\]](#).

La juxtaposition de ces deux paragraphes interroge, et montre à tout le moins que la question est loin d'être résolue. Alors que l'une des difficultés apparues au Groupe de travail réside dans les caractères diffus et la portée variable des normes en matière d'éthique des arbitres, il paraît peu efficace de proposer une harmonisation par la création d'un outil dont la valeur est d'emblée envisagée comme mouvante. En prévoyant d'emblée une portée interprétative à défaut d'une incorporation espérée - et présentée comme subsidiaire - au sein d'autres instruments, les contours du projet manquent ici quelque peu d'ambition, alors même que la rédaction d'un Code s'inscrit dans le processus d'amendement des règlements du CIRDI. L'objectif d'harmonisation affiché apparaît dès lors difficilement atteignable, dans la double mesure où une partie significative des normes proposées sont soumises à modulation et que la réflexion quant au devenir du Code n'a pas encore abouti.

II. Le contenu du projet de Code : une harmonisation modulable

Fondé sur un certain nombre de règles éthiques contenues dans les traités bilatéraux ou multilatéraux comprenant un chapitre relatif au règlement des différends relatifs aux investissements et dans divers textes généralement applicables à la procédure arbitrale, le Code reprend logiquement leurs principales dispositions. L'on ne peut qu'être surpris, cependant, de la rareté, déjà soulevée, de ces règles éthiques dans le paysage conventionnel. Les Secrétariats du CIRDI et de la CNUCED ne relèvent que quelques normes éparses, de sorte que l'étude comparative est finalement fort limitée. Seules les dispositions de dix traités sont étudiées, auxquels s'ajoutent quelques articles de trois textes qui ne sont soit pas entrés en vigueur, soit pas encore suivies d'effet[\[10\]](#). Même en tenant compte des règles non codifiées par des traités bilatéraux et multilatéraux, il en découle une harmonisation minimale. L'on peut dès lors

légitimement penser que ce projet de Code sert avant tout à diffuser l'idée selon laquelle les traités gagneraient à intégrer des normes éthiques, plutôt qu'à les harmoniser.

S'agissant du contenu concret du Code, son application est d'abord réduite. Si la Commission était invitée à se demander si le Code devait s'appliquer aux seuls arbitres ou aux autres acteurs de l'arbitrage[11], l'intitulé du projet de Code (« *for adjudicators* ») comme son article 2 ne laissent aucun doute sur le fait que le Code ne s'applique pas aux parties. La question de l'éthique des conseils et experts pourrait pourtant faire l'objet de débats ; mais il est vrai que celle des arbitres est, de prime abord, plus fondamentale. L'indépendance, l'impartialité, l'intégrité des arbitres figurent en effet parmi les aspects les plus saillants de l'éthique de l'arbitrage, et sont régulièrement évoqués ces dernières années. Par ailleurs, la question de l'éthique de l'arbitre recoupe potentiellement celle des conseils, les premiers étant amenés à revêtir le rôle des seconds - et inversement.

L'on se rappellera à ce propos que ce n'est que très récemment, en 2018, que le Président de la Cour internationale de justice A. Yusuf a [annoncé que les juges en exercice à la Cour ne prendront plus part aux arbitrages internationaux, spécifiquement en matière commerciale et d'investissement](#). Plusieurs travaux doctrinaux récents avaient justement examiné les problématiques soulevées par la forte présence des juges à la Cour parmi les tribunaux arbitraux : au moins sept juges en poste et treize anciens juges avaient siégé ou siégeaient, y compris durant leur mandat à La Haye, en tant qu'arbitres dans divers contentieux[12]. Lesdites problématiques relèvent en partie de la sphère éthique, qu'il s'agisse des conflits d'intérêt sur le fond ou des indemnités supplémentaires non négligeables que les juges à plein temps reçoivent pour leur fonction d'arbitre - l'on est, à cet égard, moins gêné par la présence d'anciens juges à la Cour parmi les panels arbitraux. La motivation de la décision de la Cour de ne plus accepter, en général, que ses juges siègent en matière arbitrale, ne s'appuie néanmoins pas sur une prise de conscience éthique, mais repose sur l'augmentation de la charge de travail des juges à la Cour[13]. Ce positionnement sur le terrain de la gestion de la charge de travail, dont l'évolution est au demeurant indéniable, plutôt que sur le plan éthique a l'avantage d'ouvrir la porte, à titre exceptionnel, à une participation d'un juge à une procédure arbitrale - ce qui aurait été difficilement justifiable si la décision avait reposé sur le constat du manque d'éthique de la double-casquette.

En la matière, le projet de Code ne se limite pas à une simple appréciation objective, par ailleurs délicate, de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre. Son article 4 consacre en effet la théorie des apparences en précisant, sur le modèle des dispositions des accords impliquant l'Union européenne comme le CETA[14], que les arbitres ne doivent pas « *[t]ake action that creates the impression that others are in a position to influence their conduct or judgement* », ni « *directly or indirectly, incur an obligation or accept a benefit that would interfere, or appear to interfere, with the performance of their duties* ». L'on notera également le modulable article 6, qui a vocation à limiter les double-casquettes pendant une durée à déterminer : « *Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/ or] [the same treaty]* ».

Si l'ensemble paraît constituer une harmonisation par le haut des diverses normes éthiques connues, retenant pour l'essentiel les standards les plus contraignants, plusieurs dispositions demeurent incertaines. L'article 6 précité en est une illustration, reflétant les interrogations des rédacteurs : la pratique des double-casquettes doit-elle être substantiellement limitée, au regard du nombre réduit d'arbitres compétents ? Comment déterminer le délai raisonnable en la

matière ? Dans quel champ précis l'interdiction apparaît-elle raisonnable, et à l'inverse inutilement contraignante : mêmes parties, mêmes points de droit, même traité, même faits ? Pour l'instant, ces questions ne sont pas tranchées – d'où l'intérêt potentiel des commentaires du public. Dans le même ordre d'idées, l'article 8.2 du projet, présenté entre crochets, ne paraît pas devoir être appliqué de manière systématique : « *[Adjudicators shall refrain from serving in more than [X] pending ISDS proceedings at the same time so as to issue timely decisions.]* ». À cet égard, l'on comprend aisément que le nombre précis puisse varier en fonction de la destinée du Code, lequel pourrait tout autant faire l'objet d'une « clause-type » modulée dans les accords commerciaux, d'un accord après négociations par les parties à l'arbitrage ou d'une intégration parmi les règles primaires des instances arbitrales. La raison pour laquelle l'intégralité du paragraphe apparaît formellement comme étant facultatif, alors que le simple maintien de l'indétermination du nombre d'affaires pendantes suffirait à garantir la possible neutralisation du dispositif, est plus mystérieuse[15].

De la même manière, les règles de confidentialité ne semblent pas faire l'unanimité, l'expression « *and they shall not comment on any decision, ruling or award in which they participated* » de l'article 9.2 ayant également été placée entre crochets[16].

Enfin, si la question cruciale de la sanction de la méconnaissance du Code n'est pas tranchée – et ne peut l'être à ce stade –, la réflexion a abouti à d'intéressantes propositions. L'article 12 relatif à la mise en œuvre du Code de conduite demeure sobre, mais clair :

« 1. *Every adjudicator and candidate has an obligation to comply with the applicable provisions of this code.*

2. *The disqualification and removal procedures in the applicable rules shall continue to apply.*

3. *Other options based on means of implementation of the code]* »

Le commentaire de l'article 12 est, à cet égard, éclairant. Mentionnant la difficulté d'appliquer en pratique des sanctions financières ou réputationnelles, les annotations précisent que « *[t]he tools available for enforcement of the code will depend largely on how the code will be implemented. In particular, the creation of a standing body or mechanism or an advisory centre might impact the options available* »[17]. L'idée d'un mécanisme consultatif chargé de surveiller l'application du code, qui semble avoir la faveur des rédacteurs[18], est cependant ambitieuse, d'autant que son degré d'obligatorité sera certainement déterminé par son insertion, par intégration ou par renvoi, dans d'autres textes. En effet, le commentaire du projet rappelle que différentes options s'offrent pour garantir l'application du code – ce qui justifie d'ailleurs, outre les incertitudes subsistant sur telle ou telle question, l'intégration de dispositions facultatives et modulables parmi les douze articles – :

« *The most likely options would be: (i) to incorporate the code into investment treaties and other instruments of consent; (ii) to have disputing parties agree to its application at the inception of each case; (iii) to append it to the disclosure declaration that adjudicators must file upon acceptance of nomination; or (iv) to incorporate the code into applicable procedural rules. The code could also be made part of a multilateral instrument on ISDS reform, if such instrument were to be developed. In this instance, the applicability of the code would be determined by such instrument* »[19].

Rappelons, en conclusion, que ce projet de Code n'en est qu'à un stade préliminaire. Il faut, à cet égard, se féliciter de ce que le Groupe de travail III de la CNUDCI et les membres du CIRDI aient opté pour la méthode de l'appel à commentaires public, et espérer que ces commentaires, éventuellement anonymisés, soient publiés en toute transparence.

Ces commentaires, qui peuvent être formulés par toute personne physique ou morale, doivent être transmis avant le 15 octobre 2020 à l'un des deux secrétariats mentionnés en exergue, pour examen par le Groupe de travail et les États membres du CIRDI avant élaboration d'une nouvelle version.

[1] Voir la page : <https://icsid.worldbank.org/fr/actualites-et-evenements/communiqués/le-cirdi-et-la-cnudci-publient-un-projet-de-code-de-conduite>.

[2] À télécharger ici : https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Annex_A_Code_Conduct.pdf

[3] À télécharger ici : https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

[4] AGNU, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-huitième session, Vienne, 29 juin-16 juillet 2015, Proposition du Gouvernement de l'Algérie : travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage international entre États et investisseurs – code d'éthique pour les arbitres, Note du Secrétariat, 27 mai 2015, A/CN.9/855, pp. 2-3.

[5] AGNU, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Cinquantième session, Vienne, 3-21 juillet 2017, Travaux futurs possibles dans le domaine du règlement des litiges commerciaux : l'éthique dans l'arbitrage international, Note du Secrétariat, 13 avril 2017, A/CN.9/916, §42.

[6] *Ibid.*, §40.

[7] AGNU, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États) Trente-huitième session, Vienne, 14-18 octobre 2019, Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), Informations générales concernant un code de conduite, Note du Secrétariat, 31 juillet 2019, A/CN.9/WG.III/WP.167, §11.

[8] AGNU, Note du 13 avril 2017 précitée, A/CN.9/916, §43 c).

[9] *Ibid.*, §§63-64.

[10] Voir l'annexe B au projet de Code : Annex B – Summary of Codes of Conduct in Free Trade Agreements, à télécharger ici : https://icsiddev.prod.acquia-sites.com/sites/default/files/Annex_B_Codes_Conduct.pdf.

[11] La Commission était en effet invitée par le Groupe de travail à se prononcer sur la question de savoir si le futur Code devrait aborder « les mécanismes d'application (comment les règles éthiques devraient-elles être appliquées et par qui (arbitres, parties, institutions, autres?) » (AGNU, Note du 13 avril 2017 précitée, A/CN.9/916, §43 c)).

[12] Voir par exemple N. Bernasconi-Osterwalder, M. Dietrich Brauch, « Is “Moonlighting” a Problem? The role of ICJ judges in ISDS », *IISD*, Commentary, November 2017, en ligne : <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/icj-judges-isds-commentary.pdf>, ou M. Langford, D. Behn, R. Hilleren Lie, « The Ethics and Empirics of Double Hatting », *ESIL Reflection*, vol. 6, issue 7, 2017, en ligne : <https://esil-sedi.eu/fr/esil-reflection-the-ethics-and-empirics-of-double-hatting/>.

[13] Voir le Discours de S. Exc. M. Abdulqawi A. Yusuf, président de la Cour internationale de Justice, à l'occasion de la soixante-treizième session de l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 octobre 2018 (en ligne : <https://www.icj-cij.org/files/press-releases/0/000-20181025-PRE-02-00-FR.pdf>), p. 13, et notamment la fin de son propos : « Au fil des ans, la Cour a estimé que, dans certaines circonstances, il était loisible à ses membres de participer à des procédures d'arbitrage. Toutefois, sa charge de travail ne cessant de s'accroître, elle a décidé il y a quelques mois de réexaminer cette pratique et de concevoir des règles claires pour réglementer de telles activités. En conséquence de ce réexamen, les membres de la Cour ont décidé le mois dernier de ne plus accepter, en principe, de prendre part à des arbitrages internationaux. En particulier, ils ont décidé de ne plus participer à des arbitrages opposant un Etat à un investisseur ou à des arbitrages commerciaux. Cela étant, dans l'éventualité où ses membres seraient sollicités, à titre exceptionnel, par un ou plusieurs Etats préférant recourir à l'arbitrage plutôt qu'au règlement judiciaire, la Cour a décidé que, afin de rendre service aux Etats concernés, les juges en question seraient autorisés à prendre part à la procédure d'arbitrage interétatique envisagée, pourvu que les circonstances le justifient. Même dans ce cas exceptionnel, le juge ainsi autorisé ne pourra participer qu'à une procédure arbitrale à la fois. Il devra au préalable en avoir obtenu l'autorisation au moyen du mécanisme établi par la Cour. En revanche, les membres de la Cour refuseront d'être nommés arbitres par un Etat qui serait également partie à une affaire pendante devant la Cour, quand bien même cette affaire et l'arbitrage en question n'auraient aucune incidence l'un sur l'autre. Il est en effet essentiel que l'impartialité et l'indépendance des juges dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires soient irréprochables. Enfin, je ne saurais trop insister sur le fait que toute participation de membres de la Cour à de tels arbitrages entre Etats est strictement subordonnée à la condition que les activités judiciaires des intéressés aient la priorité absolue ».

[14] Voir l'annexe B au projet de Code reprenant les principales dispositions pertinentes dans le paysage conventionnel (Summary of Codes of Conduct in FTAs), p. 9.

[15] Le commentaire du *Draft Code* n'est guère éclairant sur ce point : « Paragraph 2 addresses the possibility of an absolute limitation on the number of cases an adjudicator can hear simultaneously. The idea is based on the concern that an adjudicator may not be able to dedicate the necessary time when working on many cases. However, introducing a specific number

would be controversial. The number of cases an arbitrator can diligently manage depends on a number of factors, including the complexity of the case, the capacity of the individual, and the role played by the adjudicator (presiding or not). Further, cases may settle or become dormant, allowing the adjudicator to manage other cases » (projet annoté et commenté, §80).

[16] Le commentaire semble cette fois à la frontière de la contradiction, indiquant que « Paragraph 2 recognizes that adjudicators can disclose decisions once they are in the public domain, but not otherwise. It also proposes that adjudicators not be permitted to discuss rulings in which they participated. While this practice is observed by most adjudicators, it is included in the code for avoidance of doubt » (*ibid.*, § 82).

[17] *Ibid.*, §88.

[18] *Ibid.*, §§91-92.

[19] *Ibid.*, §97.

Pour citer cette note : MAUREL Raphaël, « Remarques sur le projet de Code de conduite pour les arbitres CIRDI/CNUDCI », *Blog INTER-ÉTHIQUE*, septembre 2020, en ligne : <https://blog.u-bourgogne.fr/droit-inter-ethique/2020/09/21/remarques-sur-le-projet-de-code-de-conduite-pour-les-arbitres-cirdi-cnudci/>