



Assemblée générale

Distr. générale
17 avril 2015
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies pour
le droit commercial international**
Quarante-huitième session
Vienne, 29 juin-16 juillet 2015

Procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	2
II. Procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements	6-28	3
A. Questions soulevées par des procédures concurrentes	6-14	3
B. Options possibles pour régler la question des procédures concurrentes	15-28	6
III. Observations finales	29-30	9
Annexe		10



I. Introduction

1. À sa quarante-sixième session, en 2013, la Commission a indiqué que la question des procédures concurrentes revêtait une importance croissante, surtout dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements, et pourrait mériter d'être examinée plus avant¹.

2. À sa quarante-septième session, en 2014, la Commission a examiné s'il conviendrait de charger le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) de mener des travaux concernant les procédures concurrentes dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements, en se fondant sur une note établie par le Secrétariat, qui présentait brièvement les questions pertinentes (A/CN.9/816, additif). On lui a fait savoir que l'Institut pour l'arbitrage international (IAI, Paris), le Geneva Centre for International Dispute Settlement (CIDS) et le Secrétariat avaient organisé conjointement une conférence sur ce sujet, le 22 novembre 2013. Il a été mentionné que d'autres organisations, notamment l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), avaient mené des recherches sur certains aspects de ce sujet².

3. À cette session, il a été dit que les procédures parallèles posaient de graves difficultés dans le domaine de l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, et qu'il pourrait être utile de mener des travaux en la matière. À cela, il a été répondu que la CNUDCI ne devrait pas limiter ses travaux aux procédures parallèles survenant dans le contexte de l'arbitrage relatif aux investissements, et qu'elle devrait plutôt, compte tenu des incidences que ces travaux pourraient avoir sur d'autres types d'arbitrage, les étendre également à l'arbitrage commercial. Toutefois, il a également été estimé que les procédures parallèles dans l'arbitrage relatif aux investissements et dans l'arbitrage commercial posaient des problèmes différents et qu'il serait peut-être nécessaire de les examiner séparément³.

4. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait examiner la question plus avant, en étroite coopération avec des experts et d'autres organisations qui travaillent activement dans ce domaine. Les travaux menés devraient mettre l'accent sur l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, sans toutefois négliger la question dans le contexte de l'arbitrage commercial international. La Commission a prié le Secrétariat de lui faire rapport, à une session ultérieure, en soulignant les questions pertinentes et en identifiant les travaux que la CNUDCI pourrait utilement mener dans ce domaine⁴.

5. La présente note a pour objet de présenter les questions pratiques, les différentes options possibles pour régler ces questions, et la forme qu'un instrument susceptible d'être élaboré dans ce domaine pourrait prendre. Elle met l'accent sur les procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements et les questions spécifiques à l'arbitrage fondé sur des traités. Par contre, elle ne traite pas des procédures concurrentes dans l'arbitrage commercial.

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-huitième session, Supplément n° 17 (A/68/17)*, par. 129 à 133 et 311.

² *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 126.

³ *Ibid.*, par. 127.

⁴ *Ibid.*, par. 130.

II. Procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements

A. Questions soulevées par des procédures concurrentes

1. Approche générale

6. Les différends relatifs aux investissements sont généralement complexes car ils portent sur des demandes découlant de divers instruments juridiques (par exemple traités et contrats d'investissement), peuvent impliquer des entités distinctes mais économiquement liées, et peuvent être tranchés par différentes instances (par exemple des tribunaux arbitraux établis conformément à divers traités et des tribunaux nationaux). Il existe plusieurs bases juridiques pour déterminer si des demandes multiples à l'encontre d'un État constituent des "procédures concurrentes". Dans la présente note, ce concept désigne généralement des situations où plusieurs demandes liées à des investissements sont introduites à l'encontre d'un État, ou peuvent l'être, auprès de différentes juridictions, et où ces demandes font intervenir des parties ayant des liens étroits, indépendamment du lieu où elles se trouvent, et portent sur la même mesure, ou des mesures sensiblement identiques, prises par cet État. On a volontairement adopté une approche large dans la présente note de manière à couvrir autant que possible toutes les situations pouvant donner lieu à des procédures concurrentes dans le domaine de l'arbitrage fondé sur des traités.

2. Diversité des situations

Structures des sociétés

7. Compte tenu de la complexité des structures multinationales, de la structure des investissements eux-mêmes et des relations contractuelles et conventionnelles entre les parties, il existe nécessairement de nombreuses situations dans lesquelles plusieurs demandes peuvent être introduites, ce qui donne lieu à des procédures concurrentes. Les investissements sont souvent structurés par l'intermédiaire de différentes personnes morales, dont plusieurs peuvent être en droit d'introduire une demande à l'encontre d'un État. En effet, un certain nombre d'entités différentes au sein d'une même structure de sociétés peuvent avoir le droit d'ester en justice en ce qui concerne le même investissement et à l'encontre de la même mesure étatique, sous réserve qu'elles soient toutes considérées comme des investisseurs en vertu d'un traité d'investissement applicable.

"Investisseur" et "investissement" dans les traités d'investissement

8. Les traités d'investissement donnent parfois une définition large du terme "investisseur", qui englobe tant les actionnaires directs que des actionnaires indirects plus éloignés dans la chaîne des sociétés. Ceci accroît le nombre d'entités ayant le droit d'ester en vertu d'un traité d'investissement donné. Les traités d'investissement protègent généralement les actions en tant que "biens protégés"; c'est pourquoi on a pu considérer que même les actionnaires minoritaires d'une société locale pouvaient prétendre à une protection contre la perte de valeur de leurs actions en vertu d'un traité d'investissement.

9. En outre, un nombre important de traités d'investissement contiennent des dispositions particulières relatives à une entreprise constituée localement mais sous

contrôle étranger. Certaines dispositions de ce type permettent à un actionnaire majoritaire d'introduire une demande au nom de l'entreprise (le recouvrement allant à cette dernière). D'autres considèrent l'entreprise comme étrangère et l'autorisent à introduire une demande en vertu du traité d'investissement.

Diversité des sources de droit

10. Plusieurs sources de droit différentes peuvent conférer des droits et imposer des obligations aux investisseurs et aux États. Contrats et traités offrent des fondements distincts pour intenter une action quant au fond (les règles de droit applicables étant dans ce cas souvent différentes), et une seule mesure prise par un État hôte peut donner lieu à la fois à une demande contractuelle et à une demande conventionnelle. Une demande contractuelle et une demande conventionnelle concernant la même mesure peuvent être introduites auprès de différentes juridictions, en vertu de règles de droit matériel différentes, même si les parties sont fondamentalement les mêmes et demandent essentiellement les mêmes réparations.

Diversité des fors

11. Les faits conduisant à des litiges entre investisseurs et États peuvent donner lieu à un arbitrage fondé sur un traité d'investissement, mais aussi à d'autres procédures entre les mêmes parties ou des parties étroitement liées engagées devant d'autres tribunaux, cours nationales ou fors internationaux spécialisés comme la Cour européenne des droits de l'homme. Étant donné que les droits des investisseurs peuvent être protégés en vertu de différents types d'instruments, certains investisseurs ont tendance à engager des procédures auprès de différentes juridictions pour garantir que leurs droits seront pris en compte ou maximiser leurs chances de succès. Cette situation risque d'entraîner des abus de procédure de la part des investisseurs, conséquence que les États ne prévoient manifestement pas au moment de conclure des traités d'investissement.

Demandes pour des "pertes par ricochet"

12. Il ressort de documents de travail récents de l'OCDE et de discussions intergouvernementales menées sous l'égide de l'Organisation qu'il importe de faire la distinction entre les pertes directes et les pertes par ricochet ("reflective losses") dans l'examen de demandes concurrentes en matière d'arbitrage relatif aux investissements⁵. S'agissant de demandes introduites en vertu d'un traité

⁵ Les pertes par ricochet des actionnaires ont pour origine un dommage causé à "leur" société. Elles se manifestent typiquement par une baisse du cours de l'action. Ces pertes par ricochet se distinguent des atteintes directes aux droits des actionnaires, comme le droit de voter lors de l'assemblée générale. Gaukrodger, D. (2013), "Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency", documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2013/03; Gaukrodger, D. (2014), "Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law", documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2014/02; Gaukrodger, D. (2014), "Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice", documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2014/03; voir également Eilis Ferran, Reflective Loss (exposé présenté lors de la table ronde sur la liberté d'investissement, 16 octobre 2013), disponible sur Internet à l'adresse <http://www.slideshare.net/OECD-DAF/ferran-oecdfoipresentation>. Résumé des discussions de la dix-huitième table ronde sur la liberté d'investissement (mars 2013), p. 4 à 9, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIRoundtableSummary.pdf>; résumé des discussions de

d'investissement, des tribunaux arbitraux ont estimé que les actionnaires avaient droit à réparation pour des pertes par ricochet. Par contre, les régimes nationaux excluent généralement les demandes des actionnaires pour des dommages par ricochet, pour des raisons qui tiennent tant au droit des sociétés qu'à des questions de procédure (voir par. 14 ci-après). Seule l'entreprise qui a subi le dommage direct peut faire valoir ses droits. Il ressort des travaux de l'OCDE que l'acceptation des demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet est un aspect important des demandes concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements.

3. Les procédures concurrentes nuisent-elles à la pratique des traités d'investissement?

13. Certains estiment que les procédures concurrentes nuisent à la pratique des traités d'investissement. Nombre des critiques formulées à l'égard de ces procédures traduisent des doutes quant à l'équité du processus de règlement des différends. La confiance dans l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement peut aussi être sapée par des procédures concurrentes et leurs conséquences. Les principales critiques sont les suivantes:

i) En cas de procédures concurrentes, un État doit se défendre contre plusieurs demandes concernant la même mesure, et peut-être le même préjudice économique, ce qui entraîne des doubles emplois et des dépenses additionnelles et est source d'injustice procédurale;

ii) Des demandes multiples créent un risque d'indemnisations multiples pour le même dommage par l'État hôte;

iii) Des procédures concurrentes portant sur la même mesure étatique risquent de déboucher sur une jurisprudence incohérente ou contradictoire sur des points de fait ou de droit; et

iv) L'existence voire le simple risque de procédures concurrentes risquent d'entraver le règlement amiable, de créer un certain mécontentement parmi les utilisateurs de l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement et de nuire plus généralement à la prévisibilité.

14. Il ressort des documents de travail de l'OCDE mentionnés au paragraphe 12 ci-dessus que les régimes nationaux excluent généralement les demandes des actionnaires pour des dommages par ricochet, pour toute une série de considérations de principe. Parmi ces considérations, qui se rapprochent souvent des préoccupations relatives aux demandes concurrentes mentionnées plus haut, figurent le désir de promouvoir l'économie de moyens judiciaires en réduisant le nombre de demandes relatives à un dommage, la cohérence, la prévisibilité, le souci d'éviter la double indemnisation et l'équité envers les défendeurs. Les discussions intergouvernementales menées sous l'égide de l'OCDE ont permis de conclure que

la dix-neuvième table ronde sur la liberté d'investissement (octobre 2013), p. 12 à 19, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf>. Précédemment, l'OCDE a aussi examiné, pour le compte du Comité d'investissement de l'OCDE, les questions des procédures multiples et parallèles et de la jonction des actions. Voir Yannaca-Small, K., "Improving the System of Investor-State Dispute Settlement", documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2006/01; OCDE, Perspectives d'investissement international (2006) (chapitre intitulé "La jonction d'instances: une solution prometteuse pour l'arbitrage des différends en matière d'investissement?").

si les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet soulevaient des questions de politique importantes, il ne semblait pas y avoir d'argument fort en faveur de l'acceptation généralisée de ce type de demandes dans le contexte des traités d'investissement⁶.

B. Options possibles pour régler la question des procédures concurrentes

15. Comme expliqué dans l'additif relatif au document A/CN.9/816, la question des procédures concurrentes peut être réglée de différentes manières: i) dispositions visant à limiter le nombre de procédures concurrentes; ii) coordination et échange d'informations entre les tribunaux arbitraux; iii) jonctions d'instances; et iv) explication des concepts de litispendance (*lis pendens*), d'autorité de la chose jugée (*res judicata*) et d'abus de droit. Ces options sont examinées plus en détail ci-après.

1. Dispositions types relatives à la renonciation, à la jonction d'instances et à la limitation du choix de for

16. On trouve principalement des dispositions visant à régler la question des procédures concurrentes dans les traités d'investissement récents. L'annexe à la présente note contient des exemples de dispositions y relatives. On remarquera que ces dispositions traduisent plusieurs approches différentes, qui sont résumées ci-après.

- Limitation des droits des investisseurs; renonciation aux droits

- i) Indiquer le niveau de participation indirecte requis pour qu'un investisseur ait le droit d'ester en vertu d'un traité d'investissement;
- ii) Interdire les demandes introduites par des investisseurs lorsque l'entreprise a elle-même formé un recours auprès d'une autre juridiction;
- iii) Autoriser un investisseur à former une demande uniquement si l'investisseur et l'entreprise locale retirent toute demande pendante et renoncent à leur droit de saisir une autre juridiction;
- iv) Limiter les possibilités de choix du for aux demandes qui n'ont encore été formées nulle part;

- Jonction d'instances

- v) Exiger la jonction d'instances dans certaines conditions, ou prévoir certains mécanismes de jonction; ainsi, certains traités d'investissement prévoient la création d'un nouveau tribunal arbitral lorsqu'il y a une demande de jonction des procédures; lorsque le nouveau tribunal arbitral se déclare compétent pour connaître de toutes les demandes, les tribunaux saisis initialement perdent le pouvoir de trancher les demandes qui leur ont été soumises; si la jonction d'instances n'est que partielle, les tribunaux saisis initialement peuvent trancher les demandes qui n'entrent pas dans

⁶ Résumé des discussions de la dix-neuvième table ronde sur la liberté d'investissement, p. 12 à 19, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf>.

la compétence du nouveau tribunal arbitral; le nouveau tribunal arbitral peut ordonner la suspension des arbitrages initiaux en attendant sa décision;

- Déclaration d'incompétence du tribunal arbitral

vi) Prévoir l'obligation, pour le tribunal arbitral, de se déclarer incompétent lorsqu'un investisseur ou une entreprise ne remplit pas les conditions de présentation d'une demande ou lorsqu'un tribunal de jonction d'instances est établi; et

- Suspension de l'instance par le tribunal arbitral

vii) Prévoir l'obligation, pour le tribunal arbitral, de suspendre l'instance ou de tenir compte, dans sa décision, des procédures engagées auprès d'autres juridictions (et des décisions prises par ces dernières), en cas de saisine de plusieurs juridictions.

Travaux futurs possibles

17. Les dispositions des traités d'investissement relatives à la renonciation, à la suspension de l'instance et à la jonction d'instances constituent une base juridique pour aborder la question des procédures concurrentes. Comme il a été dit plus haut, les États peuvent utiliser diverses dispositions complémentaires pour traiter ces questions dans leurs traités d'investissement.

18. Compte tenu de la tendance actuelle, la Commission voudra peut-être examiner la question de savoir s'il pourrait être utile, pour les États, qu'elle élabore des dispositions types destinées à être insérées dans les traités d'investissement futurs. Dans le cadre des travaux en la matière, on examinerait également les limites qui pourraient être fixées à l'indemnisation pour pertes par ricochet. La cohérence des dispositions visant à régler la question des procédures concurrentes dans les traités serait source de certitude pour les investisseurs, les États, les tribunaux arbitraux et les autres parties au litige, et permettrait de garantir l'application d'un mécanisme similaire en ce qui concerne ces procédures.

2. Orientations à l'usage des tribunaux arbitraux sur la suspension de l'instance, la coopération et l'échange d'informations, les situations d'abus de droit ou de procédure

19. La Commission voudra peut-être envisager de rédiger des orientations pour aider les tribunaux arbitraux dans la gestion des différends et la prise de décisions en ce qui concerne les procédures concurrentes. Le texte pourrait aborder des questions telles que la question de savoir s'il existe un pouvoir inhérent du tribunal arbitral de suspendre l'instance, de se déclarer incompétent ou de procéder à la jonction d'instances en présence de procédures concurrentes. Il pourrait aussi donner des indications sur la manière de traiter les situations d'abus de droit ou de procédure.

20. Ainsi, les orientations pourraient s'étendre aux critères régissant la suspension temporaire de l'instance, comme le poids à donner aux éléments suivants: ordre dans lequel les procédures ont été engagées, issue possible d'autres procédures en relation avec le cas d'espèce, dommages qui pourraient résulter de la suspension, capacité de l'autre juridiction à exercer ses fonctions judiciaires et niveau de similarité requis pour les procédures concurrentes.

21. Des orientations pourraient également être données sur l'échange d'informations entre les tribunaux arbitraux saisis de procédures concurrentes, l'accent étant mis sur les avantages et les inconvénients de cette pratique.

Travaux futurs possibles

22. La Commission voudra peut-être examiner s'il serait utile de rédiger des orientations, comme expliqué aux paragraphes 19 à 21 ci-dessus. Elle voudra peut-être également déterminer si des textes existants de la CNUDCI, comme la Loi type sur l'insolvabilité internationale, qui comprend des dispositions sur la coopération en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes, pourraient servir de modèle pour l'élaboration d'orientations relatives aux procédures concurrentes.

3. Litispendance et autorité de la chose jugée

23. La litispendance et l'autorité de la chose jugée sont des principes reconnus en droit international public et peuvent donc être mentionnées comme faisant partie de la *lex causae* d'un litige relatif à un investissement. Dans les affaires souvent citées *Lauder c. République tchèque* et *CME Republic BV c. République tchèque*, le tribunal a reconnu que des sentences contradictoires risquaient d'être rendues, et que la deuxième juridiction ou le deuxième tribunal amené à trancher pourrait tenir compte de la première décision pour évaluer le préjudice final.

24. Alors qu'elle s'applique à la procédure judiciaire dans les systèmes de droit civil ou de *common law*, la notion de litispendance n'a généralement pas été appliquée à l'arbitrage international; un tribunal arbitral saisi en second lieu de la même affaire qu'un autre tribunal arbitral saisi précédemment a néanmoins la compétence exclusive conformément à la convention d'arbitrage qui lui confère cette compétence.

25. La Commission voudra peut-être prendre note des rapports finaux de l'Association de droit international (ADI) pour 2006 sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en matière d'arbitrage commercial international, qui contiennent chacun une série de recommandations correspondantes⁷.

26. Le rapport de l'ADI sur la litispendance analyse les procédures concurrentes dans le droit national, le droit international et l'arbitrage commercial international et se conclut par sept recommandations. Les recommandations 2 à 5 énoncent des principes devant être pris en compte par les tribunaux arbitraux, afin d'éviter des décisions contradictoires, de prévenir la multiplication coûteuse des procédures ou de protéger les parties contre les tactiques oppressives, lorsqu'une partie leur demande de se déclarer incompétent ou de surseoir à statuer en raison de l'existence d'une procédure parallèle. La recommandation 6 énonce les conditions à réunir pour qu'un tribunal arbitral puisse suspendre temporairement une procédure à la demande d'une partie, par souci de bonne gestion de la procédure et pour les raisons mentionnées ci-avant.

27. Le rapport de l'ADI sur l'autorité de la chose jugée examine l'effet d'une sentence arbitrale commerciale internationale sur d'autres procédures arbitrales ou des procédures ultérieures entre les mêmes parties. Toutefois, il ne traite pas de

⁷ Le rapport de l'ADI et les recommandations sont disponibles sous les rubriques "Conference Report" et "Conference Resolution" Toronto (2006), à l'adresse <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>.

questions similaires soulevées en relation avec des jugements rendus par un tribunal national. Il conclut que les sentences arbitrales devraient bénéficier, dans le cadre de procédures arbitrales ultérieures, des effets positif et négatif de l'autorité de la chose jugée, de manière à promouvoir l'efficacité et la finalité de l'arbitrage commercial international, et que ces effets ne doivent pas nécessairement être soumis à un droit national, mais peuvent être soumis à des règles transnationales devant être élaborées (recommandations 1 et 2). La recommandation 3 définit les conditions de l'autorité de la chose jugée et la recommandation 4 mentionne l'extension de l'autorité de la chose jugée aux motifs sous-jacents et aux questions de fait ou de droit ayant abouti au dispositif d'une sentence arbitrale. La recommandation 5 propose une règle relative à l'abus de procédure et à l'injustice procédurale, et les recommandations 6 et 7 traitent des aspects procéduraux liés à l'invocation de l'autorité de la chose jugée. On notera toutefois que l'ADI a décidé de ne pas traiter certains points, en raison de leur complexité et de manière à ne pas empêcher une évolution dans ce domaine (voir les paragraphes 7 et 8 du rapport final de l'ADI sur l'autorité de la chose jugée).

28. Ces deux concepts présentent un certain nombre de points communs, puisqu'ils s'appliquent à des demandes essentiellement identiques introduites au même niveau de la hiérarchie judiciaire.

III. Observations finales

29. Il ressort des consultations relatives aux travaux que le secrétariat de la CNUDCI pourrait mener au sujet des procédures concurrentes qu'une solution efficace pour traiter ce sujet consisterait à concevoir des solutions de nature procédurale, en combinant des dispositions types relatives à la renonciation, à la suspension de l'instance et à la jonction d'instances, et des orientations relatives aux pouvoirs inhérents des tribunaux arbitraux lorsqu'ils sont saisis de procédures concurrentes, comme mentionné aux paragraphes 17, 18 et 22 ci-avant. Il est estimé que des travaux relatifs à des questions de fond comme la litispendance et l'autorité de la chose jugée ne produiraient peut-être pas de résultats aussi efficaces.

30. Au vu de ce qui précède, la Commission voudra peut-être déterminer si elle souhaite charger le Secrétariat de mener des travaux au sujet des procédures concurrentes, en consultation avec les experts et les organisations internationales intéressées. Un projet présentant des solutions concrètes relatives aux procédures concurrentes pourrait lui être présenté à sa quarante-neuvième session, en 2016, qui comprendrait un référentiel pour les États et les tribunaux arbitraux (mettant l'accent sur la renonciation, la suspension de l'instance, l'échange d'informations, les limites potentielles à l'indemnisation pour pertes par ricochet (évoquées dans les travaux de l'OCDE visés aux paragraphes 12 et 14 ci-avant) et la jonction d'instances) contenant des clauses types destinées à être incluses dans des traités d'investissement futurs, des meilleures pratiques et des lignes directrices.

Annexe

Exemples de dispositions visant à régler la question des procédures concurrentes dans des traités d'investissement

Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)

Article 1117: Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise

[...] 3. Lorsqu'un investisseur dépose une plainte en vertu du présent article, et qu'il dépose aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose en vertu de l'article 1116⁸ une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte en vertu du présent article, et que deux ou plusieurs plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120⁹, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126¹⁰, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés. [...]

Article 1121: Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage

1. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement: a) s'il consent à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord; et b) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante.

2. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1117, uniquement si lui-même et l'entreprise: [...] b) renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1117, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante. [...]

⁸ L'article 1116 traite d'une plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre.

⁹ L'article 1120 traite de la soumission d'une plainte à l'arbitrage.

¹⁰ L'article 1126 traite de la jonction.

4. Lorsqu'une Partie contestante a privé un investisseur contestant du contrôle d'une entreprise: a) la renonciation aux termes des paragraphes 1 b) ou 2 b) ne sera pas exigée de l'entreprise; et b) l'annexe 1120.1 b) ne s'appliquera pas.

Article 1126: Jonction

[...] 8. Un tribunal institué en vertu de l'article 1120 n'aura pas compétence pour régler une plainte, en totalité ou en partie, si un tribunal institué en vertu du présent article connaît déjà d'une telle plainte.

9. À la demande d'une partie contestante, un tribunal institué en vertu du présent article peut, en attendant sa décision en vertu du paragraphe 2, ordonner que les procédures d'un tribunal institué en vertu de l'article 1120 soient suspendues, à moins que celui-ci ne les ait déjà ajournées. [...]

ALE Australie-République de Corée¹¹

Article 11.18: Conditions et limites au consentement des Parties

[...] 2. Aucune plainte ne peut être soumise à l'arbitrage en application de la présente section, à moins que: a) le demandeur ne consente par écrit à l'arbitrage conformément aux modalités établies dans le présent accord; et b) la notification d'arbitrage ne soit accompagnée: i) pour des plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 11.16.1 a)¹², d'une renonciation écrite du demandeur; et ii) pour des plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 11.16.1 b)¹³, d'une renonciation écrite du demandeur et de l'entreprise au droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à toute mesure présumée constituer un manquement visé à l'article 11.16. [...]

Traité d'investissement bilatéral Colombie-Turquie¹⁴

Article 12. Règlement des différends entre une Partie contractante et des investisseurs de l'autre Partie contractante

[...] 7. Une fois que l'investisseur a porté son différend devant l'une des instances de règlement des différends visées au paragraphe 6 du présent article, le choix de cette instance est définitif. [...]

ALE Canada-République de Corée¹⁵

Article 8.22: Conditions préalables au dépôt d'une plainte aux fins d'arbitrage

1. Un investisseur contestant peut déposer une plainte aux fins d'arbitrage en application de l'article 8.18 uniquement si les conditions suivantes sont réunies: [...] e) l'investisseur contestant et, dans les cas où la plainte porte sur une perte ou un dommage causé à des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une

¹¹ Signé le 8 avril 2014.

¹² L'article 11.16.1 a) traite de la soumission d'une plainte à l'arbitrage par le demandeur en son nom propre.

¹³ L'article 11.16.1 b) traite de la soumission d'une plainte à l'arbitrage par le demandeur au nom d'une entreprise du défendeur qui est une personne morale que le demandeur possède ou contrôle directement ou indirectement.

¹⁴ Signé le 28 juillet 2014.

¹⁵ Signé le 22 septembre 2014.

personne morale dont l'investisseur contestant a la propriété ou le contrôle direct ou indirect, l'entreprise renonce à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant du droit interne d'une Partie ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 8.18, sauf de la manière prévue à l'annexe 8-C.

2. Un investisseur contestant peut déposer une plainte aux fins d'arbitrage en application de l'article 8.19 uniquement si les conditions suivantes sont réunies: [...] e) l'investisseur contestant et l'entreprise renonce tous deux à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant du droit interne d'une Partie ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 8.19, sauf de la manière prévue à l'annexe 8-C. [...]

4. Une renonciation de l'entreprise au titre du paragraphe 1 e) ou 2 e) n'est pas requise uniquement dans le cas où une Partie contestante a privé un investisseur contestant du contrôle de l'entreprise.

5. L'omission de remplir l'une ou l'autre des conditions préalables prévues aux paragraphes 1, 2 et 3 annule le consentement des Parties donné en application de l'article 8.24¹⁶.

Traité d'investissement bilatéral Canada-Mali¹⁷

Article 21: Conditions préalables au dépôt d'une plainte à l'arbitrage

[...] 2. L'investisseur contestant peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article 20 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise) uniquement si les conditions suivantes sont réunies: e) lorsqu'une plainte est déposée en vertu du paragraphe 1 de l'article 20 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise): [...] ii) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise de l'autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur contestant possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renonce à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie visée par la plainte dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 20 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommage-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie visée par la plainte; f) lorsqu'une plainte est déposée en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise): [...] ii) l'investisseur contestant et l'entreprise renonce à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif relevant de l'une ou l'autre des Parties, ou devant d'autres instances de règlement

¹⁶ L'article 8.24 traite du consentement à l'arbitrage.

¹⁷ Signé le 28 novembre 2014.

des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie visée par la plainte dont il est allégué qu'elle constitue un manquement visé à l'article 20 (Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre ou au nom d'une entreprise), à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommage-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire relevant de la Partie visée par la plainte.

3. Le consentement et la renonciation requis par le paragraphe 2 sont transmis à la Partie visée par la plainte et sont joints à la plainte lors de son dépôt à l'arbitrage. Une renonciation de l'entreprise aux termes des paragraphes 2 e) ii) ou 2 f) ii) n'est pas exigée lorsqu'une Partie visée par la plainte a privé l'investisseur du contrôle d'une entreprise.

Traité d'investissement bilatéral Japon-Uruguay¹⁸

Article 21: Règlement de différends concernant les investissements entre une Partie contractante et un investisseur de l'autre Partie contractante

[...] 7. Aucun différend relatif à des investissements ne peut être soumis à l'arbitrage en vertu du présent article, à moins que: a) l'investisseur contestant ne consente par écrit à l'arbitrage conformément aux modalités prévues dans le présent article; et b) l'investisseur contestant ne remette à la partie contestante une renonciation écrite au droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation de la partie contestante ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant au différend.

Note: Pour plus de sécurité juridique, si l'investisseur contestant a soumis un différend à l'arbitrage au moyen d'une renonciation écrite, conformément à l'alinéa b), le choix du for est définitif.

8. Nonobstant le paragraphe 7, l'investisseur contestant peut engager ou poursuivre une procédure d'injonction provisoire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts auprès d'un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante.

9. Une fois que l'investisseur contestant a soumis un différend relatif à des investissements à un tribunal administratif ou judiciaire de la partie contestante, le choix du for est définitif et l'investisseur contestant ne peut soumettre ultérieurement le même différend à l'arbitrage en vertu du présent article. [...]

Projet d'accord économique et commercial global (AECG) entre l'UE et le Canada¹⁹

Article X.21: Exigences procédurales et autres exigences relatives à la présentation d'une plainte à l'arbitrage

1. Un investisseur peut soumettre une plainte à l'arbitrage en vertu de l'article X.22 (Présentation d'une plainte à l'arbitrage) uniquement si les conditions suivantes sont remplies: [...]

¹⁸ Signé le 26 janvier 2015.

¹⁹ Version anglaise publiée le 26 septembre 2014 à l'adresse <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>.

d) l'investisseur satisfait aux exigences relatives à la demande de consultations;

e) l'investisseur n'évoque pas dans sa demande d'arbitrage des mesures qui n'étaient pas précisées dans sa demande de consultations;

f) l'investisseur atteste, s'il a déposé une plainte ou engagé une instance dans le but de solliciter une indemnisation ou des dommages-intérêts devant un tribunal ou une cour relevant du droit national ou international en ce qui concerne toute mesure dont le manquement est allégué dans sa plainte soumise à l'arbitrage, i) qu'une sentence définitive, un jugement ou une décision a été rendu; ou ii) qu'il s'est désisté de la plainte ou de l'instance;

L'attestation doit contenir une preuve qu'une sentence définitive, un jugement ou une décision, selon le cas, a été rendu ou une preuve que l'investisseur s'est désisté de la plainte ou de l'instance; et

g) l'investisseur renonce à son droit de déposer une plainte ou d'engager une instance dans le but de solliciter une indemnisation ou des dommages-intérêts devant un tribunal ou une cour relevant du droit national ou international en ce qui concerne toute mesure dont le manquement est allégué dans la plainte soumise à l'arbitrage.

2. Lorsque la plainte soumise à l'arbitrage porte sur une perte ou un dommage causé à une entreprise établie localement ou à des intérêts dans une entreprise établie localement que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, l'investisseur et l'entreprise établie localement doivent chacun fournir une attestation conformément au paragraphe 1 f) et une renonciation en vertu du paragraphe 1 g).

3. Les exigences des alinéas f) et g) du paragraphe 1 et du paragraphe 2 ne s'appliquent pas à une entreprise établie localement quand la Partie visée par la plainte ou l'État hôte de l'investisseur a privé un investisseur du contrôle de cette entreprise ou a autrement empêché l'entreprise de satisfaire à ces exigences.

4. À la demande de la Partie visée par la plainte, le tribunal décline sa compétence lorsque l'investisseur ou, le cas échéant, l'entreprise établie localement ne satisfait pas aux exigences prévues aux paragraphes 1 et 2.

5. La renonciation fournie conformément à l'alinéa g) du paragraphe 1 ou au paragraphe 2, selon le cas, cesse de s'appliquer:

a) quand le tribunal rejette la plainte au motif que les exigences des paragraphes 1 ou 2 n'ont pas été respectées ou pour toute autre raison de procédure ou de compétence;

b) quand le tribunal rejette la plainte en vertu de l'article X.29 (Plaintes manifestement dénuées de fondement juridique) ou de l'article X.30 (Plaintes dénuées de fondement juridique); ou

c) quand l'investisseur retire sa plainte, conformément aux règles d'arbitrage applicables, dans les 12 mois suivant la constitution du tribunal.

Article X.23: Instances en vertu de divers accords internationaux

Quand des plaintes sont déposées en vertu de la présente section et d'un autre accord international et: a) soit qu'il y a possibilité de chevauchement des indemnisations; b) soit qu'il est possible que l'autre plainte internationale ait une incidence importante sur le règlement de la plainte déposée en vertu de la présente section, le tribunal constitué en vertu de la présente section doit, dès que possible après avoir entendu les parties au différend, suspendre l'instance ou alors veiller à ce que l'instance engagée en vertu d'un autre accord international soit prise en considération dans sa décision, son ordonnance ou sa sentence.

Projet d'accord de libre-échange UE-Singapour²⁰*Article 9.20 Conditions de soumission d'une plainte à l'arbitrage*

1. Une plainte peut être soumise à l'arbitrage en vertu de la présente section uniquement si les conditions suivantes sont remplies: [...]

f) le demandeur: i) retire toute demande pendante soumise à un tribunal judiciaire ou administratif national concernant la mesure présumée constituer un manquement aux dispositions visées à la section A (Protection des investissements); et ii) déclare qu'il ne soumettra pas une telle demande avant qu'une sentence définitive n'ait été rendue conformément à la présente section;

g) le demandeur: i) retire toute demande pendante concernant la mesure présumée constituer un manquement aux dispositions visées à la section A (Protection des investissements) soumise à un autre tribunal international établi conformément à la présente section, ou à tout autre traité ou contrat; et ii) déclare qu'il ne soumettra pas une telle demande ultérieurement; et [...]

3. À la demande du défendeur, le tribunal se déclare incompétent lorsque le demandeur ne respecte pas les conditions ou ne fournit pas les déclarations visées aux paragraphes 1 et 2. [...]

²⁰ Version d'octobre 2014 (avant révision juridique), disponible en anglais à l'adresse Internet: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>.