Nations Unies A/CN.9/881

Assemblée générale

Distr. générale
8 avril 2016
Français
Original: anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Quarante-neuvième session
New York, 27 juin-15 juillet 2016

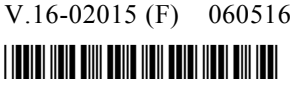
Procédures concurrentes dans l'arbitrage international

Note du Secrétariat

Table des matières

		Paragraphes	*Page*
I.	Introduction	1-3	2
II.	Causes et incidences des procédures concurrentes	4-22	3
	A. Circonstances donnant lieu à des procédures concurrentes	4-17	3
	B. Illustrations et considérations de principe	18-22	6
III.	Principes et mécanismes existants	23-40	7
	A. Litispendance et autorité de la chose jugée	24-28	7
	B. Jonction	29-34	9
	C. Mécanismes de coordination dans les traités d'investissement	35-36	10
	D. Autres mécanismes	37-39	11
	E. Conclusion	40	11
IV.	Travaux futurs possibles	41-53	11
	A. Fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux	43-48	12
	B. Encourager les États à adopter des mécanismes spécifiques dans leurs traités d'investissement	49-50	13
	C. Coordination entre institutions d'arbitrage	51	14
	D. Création d'un cadre international	52-53	14

V.16-02015 (F) 060516 090516



Merci de recycler

I. Introduction

1. À sa quarante-sixième session, en 2013, la Commission a estimé que la question des procédures concurrentes revêtait une importance croissante, surtout dans le domaine de l'arbitrage concernant les investissements, et pourrait mériter d'être examinée plus avant[1]. À sa quarante-septième session, en 2014, elle a examiné la question de savoir s'il faudrait 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 résumait brièvement les questions pertinentes (A/CN.9/816, additif). La Commission est convenue que le Secrétariat devrait étudier la question plus en profondeur, en étroite coopération avec les experts et d'autres organisations qui travaillent activement dans ce domaine, et que les travaux 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[2]. Elle a prié le Secrétariat de lui faire rapport en soulignant les questions pertinentes et en identifiant les travaux que la CNUDCI pourrait utilement mener dans ce domaine[3].

2. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission a examiné une note du Secrétariat concernant les procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements (A/CN.9/848). À l'issue de la discussion, elle a prié le Secrétariat de lui présenter, à une session ultérieure, une analyse détaillée du sujet, y compris les travaux qui pourraient être menés[4].

3. Par conséquent, la présente note a pour objectif de recenser et d'analyser les questions pertinentes, ainsi que les approches permettant de gérer de manière appropriée et d'éviter les procédures concurrentes, et de suggérer des travaux qui pourraient être menés dans ce domaine. Elle aborde la question des procédures concurrentes dans l'arbitrage international de manière générale, tout en distinguant certains aspects ayant trait à l'arbitrage commercial et à l'arbitrage relatif aux investissements[5].

---

[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, 127 et 130.

[3] Ibid., par. 130.

[4] Ibid., *soixante-dixième session, Supplément n° 17* (A/70/17), par. 147.

[5] La présente note se fonde principalement sur les documents suivants: *Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How can multiple proceedings arising from the same or related situations be handled efficiently*, rapport final sur le colloque tenu à Genève le 22 avril 2006, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue; *Contract claims et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements*, Pierre Mayer, Lalive Lecture, 22 mai 2008; *Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties*, Robin F. Hansen, The Modern Law Review, vol. 73, n° 4, juillet 2010; *Multiple Proceedings, New Challenges for the Settlement of Investment Disputes*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers 2013; *Investment treaties as corporate law: Shareholder claims and issues of consistency. A preliminary framework for policy analysis*, David Gaukrodger, documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, n° 2013/3, Division de l'investissement de l'OCDE; *Admissibility: Shareholder claims*, Zackary Douglas, The International Law of Investment

II. Causes et incidences des procédures concurrentes

A. Circonstances donnant lieu à des procédures concurrentes

4. Des procédures concurrentes dans l'arbitrage international peuvent résulter de divers facteurs comme i) la participation de multiples parties situées dans des pays différents à un accord d'investissement ou à un arrangement contractuel; ii) l'existence de multiples bases ou fondements juridiques sous-tendant les demandes; et iii) l'existence de plusieurs fors et l'absence de coordination entre ceux-ci.

1. Multiplicité des parties

5. Dans une économie mondiale de plus en plus globalisée, les investisseurs mettent au point des structures plus complexes pour réaliser des investissements à l'échelle internationale et peuvent, ce faisant, rechercher une protection maximale. Il n'est pas inhabituel qu'un investissement soit réalisé à travers une chaîne d'entités.

6. Dans l'arbitrage commercial où aucune des parties n'est un État ni une entité appartenant à un État, les circonstances suivantes sont susceptibles de donner lieu à des procédures concurrentes: multiples parties à un même contrat qui suivent des approches différentes pour choisir un mécanisme de règlement des litiges; mêmes parties concluant de multiples contrats; et multiples parties impliquées dans de multiples contrats (par exemple dans le cadre d'un projet de construction, ou d'autres projets dont différents volets sont sous-traités à différentes étapes).

7. Dans l'arbitrage relatif aux investissements, des procédures concurrentes peuvent se présenter principalement dans deux cas de figure. Dans le premier, différentes entités au sein d'une même structure sociale ont le droit d'agir en justice à l'encontre d'un État ou d'une entité appartenant à un État en relation avec le même investissement, en ce qui concerne la même mesure étatique et pour la poursuite d'intérêts essentiellement identiques, pour autant que toutes les entités soient considérées comme des investisseurs en vertu d'un traité d'investissement applicable, ou aient le droit d'agir en justice en vertu d'un contrat ou du droit national de l'investissement. Chaque entité peut avoir la possibilité d'ouvrir une procédure arbitrale en vertu d'un traité différent, en plus d'introduire des demandes en vertu du mécanisme de règlement des litiges prévu dans le contrat d'investissement (voir par. 14 et 15 ci-après). En résumé, on peut avoir plusieurs

---

Claims; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades et Ignacio Madalena; *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Arbitration*, Hanno Wehland, Oxford International Arbitration Series; *Concurrent Proceedings in Investment Disputes*, IAI Series n° 9 (E. Gaillard et D. Reich, dir. 2014); *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Asian Arbitration Lecture, 24 novembre 2015, disponible sur Internet à l'adresse http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple; Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements, Emmanuel Gaillard, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer; *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, Nathalie Voser, Julie Raneda, ASA Bulletin, vol. 33, n° 4, 2015. En outre, le Secrétariat a organisé en janvier 2016 une réunion d'experts, qui a été accueillie par le Ministère français des affaires étrangères et du développement international.

parties, qui saisissent différentes juridictions en vertu de différentes sources de droit, tout en cherchant essentiellement à obtenir les mêmes réparations pour la même mesure.

8. Dans le second cas de figure, une mesure prise par un État a des incidences sur un certain nombre d'investisseurs qui ne sont pas liés entre eux. Des États ont élaboré des politiques qui favorisent les investissements étrangers, ce qui a augmenté la fréquence des relations avec un large éventail d'investisseurs. Lorsqu'un État prend une mesure susceptible de toucher un certain nombre d'investisseurs, il risque d'être exposé à de nombreuses demandes introduites par ces investisseurs sans lien entre eux concernant cette mesure, en plus des demandes introduites par les actionnaires majoritaires et minoritaires de différentes nationalités de ces investisseurs indépendants, qui ont le droit d'agir en justice en vertu de différents traités d'investissement. En outre, lorsqu'ils concluent des accords avec des investisseurs, les États ou les entités appartenant à un État utilisent parfois des contrats standard avec des dispositions similaires. Un changement de politique d'un État qui affecte ces dispositions peut avoir des incidences sur une multitude de contrats conclus avec différents investisseurs. Si certaines questions soulevées dans le cadre de ces procédures seront identiques, il est prévisible que les différents tribunaux aboutiront à des conclusions différentes.

2. Fondements juridiques différents des demandes

9. Les fondements juridiques sous-tendant les demandes peuvent varier. Dans l'arbitrage commercial, une partie peut engager une action devant une juridiction étatique et ouvrir une procédure arbitrale en vertu d'une convention d'arbitrage. L'article II-3 de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) et l'article 8-1 de la Loi type sur l'arbitrage commercial international visent à empêcher ce genre de situations, car des parties qui ont conclu une convention d'arbitrage valable seront renvoyées à l'arbitrage.

10. Dans l'arbitrage relatif aux investissements, la situation peut être plus complexe, comme il est expliqué ci-après.

a) Demandes conventionnelles

11. Les États concluent un nombre croissant de traités d'investissement bilatéraux et multilatéraux, dans le but de promouvoir les activités économiques et de protéger les investissements et les investisseurs. Or la plupart de ces traités, voire tous, contiennent des dispositions relatives au règlement de litiges ayant trait aux investissements. Toutefois, une grande majorité d'entre eux n'envisagent pas la possibilité que de nombreuses demandes soient introduites en raison de la large définition donnée aux investisseurs et aux investissements protégés. Lors de leur conclusion, les négociateurs de ces traités négligent le risque de multiplicité des demandes introduites par des investisseurs, qu'ils soient ou non liés entre eux, et ces traités ne disposent pas de mécanismes adéquats pour traiter ces demandes.

12. En outre, la jurisprudence arbitrale reconnaît invariablement le droit des actionnaires directs et indirects d'une société locale d'ouvrir une procédure arbitrale sur la base d'un traité d'investissement pour demander réparation pour des dommages subis par la société locale. De leur côté, la législation et la jurisprudence

nationales n'autorisent généralement pas les actionnaires à demander réparation pour des dommages subis par la société au seul motif qu'ils en sont actionnaires[6].

b) Demandes contractuelles

13. Il n'est pas inhabituel, pour certains types d'investissements, d'exiger la conclusion de contrats connexes (par exemple contrats de concession) entre l'investisseur ou une société affiliée et l'État ou une entité appartenant à un État, qui forment la base des demandes contractuelles et comprennent une clause distincte relative au règlement des litiges découlant de ces contrats.

c) Combinaison de demandes conventionnelles et contractuelles

14. Un investisseur peut vouloir introduire une demande sur la base tant d'un traité d'investissement que d'un contrat. Certaines clauses de règlement des litiges figurant dans des traités d'investissement limitent l'offre d'arbitrage aux demandes fondées sur une violation des clauses normatives du traité, et excluent par conséquent les demandes fondées sur une violation du contrat d'investissement (qui doivent donc être introduites dans le cadre d'un arbitrage distinct, ou auprès d'une juridiction étatique). Par conséquent, les demandes de l'investisseur, qui sont fondées sur les mêmes faits et visent le même dommage dû à une mesure prise par l'État hôte, peuvent devoir être soumises à différents tribunaux, avec le risque d'aboutir à des conclusions contradictoires et à une double indemnisation.

15. Prenons, à titre d'exemple, le cas d'un investisseur étranger qui crée une entreprise locale dans l'État hôte, laquelle conclut un contrat avec l'État. Si ce dernier résilie le contrat, des poursuites peuvent être engagées à son encontre par l'entreprise locale, pour résiliation illicite, conformément à la clause de règlement des litiges contenue dans le contrat, et par un actionnaire étranger de l'entreprise locale, qui invoque une violation de certaines dispositions du traité d'investissement

---

[6] 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; *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2013/03, David Gaukrodger; *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, David Gaukrodger; *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2014/03, David Gaukrodger; voir également *Reflective Loss* (exposé présenté lors de la table ronde sur la liberté d'investissement, 16 octobre 2013), Eilis Ferran, 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 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 *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement*, documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2006/01, K. Yannaca-Small; OCDE, Perspectives d'investissement international (2006) (chapitre intitulé *La jonction d'instances: une solution prometteuse pour l'arbitrage des différends en matière d'investissement?*).

conclu entre l'État hôte et l'État de l'actionnaire étranger. Il en résulte des procédures concurrentes: i) un arbitrage fondé sur le contrat ou une procédure ouverte auprès d'une juridiction étatique entre l'entreprise locale et l'État hôte, et ii) un arbitrage fondé sur le traité entre l'actionnaire étranger et l'État hôte au sujet de la même mesure (résiliation du contrat). En outre, des actionnaires minoritaires de l'entreprise locale peuvent introduire leurs propres demandes conventionnelles, par exemple s'ils sont de nationalité différente que l'actionnaire majoritaire, et bénéficier de la protection d'un traité d'investissement distinct. Il se pourrait aussi que les actionnaires qui détiennent des intérêts se trouvant plus haut dans la chaîne de l'entreprise introduisent une ou plusieurs demandes conventionnelles[7].

16. Pour ce qui est de la chronologie des décisions en cas de procédures multiples, si la demande de l'entreprise locale est jugée en premier et des dommages-intérêts sont accordés, la valeur de l'entreprise demanderesse est rétablie et les actionnaires n'ont plus de raison de présenter de réclamations pour pertes par ricochet (perte de valeur de leurs actions en raison des dommages subis par la société). Dans le cas contraire, où les demandes des actionnaires sont jugées et indemnisées en premier, les conséquences pour l'entreprise et ses créanciers sont moins claires.

3. Multiplicité des fors et absence de mécanisme de coordination

17. Différentes juridictions peuvent régler les litiges découlant d'une relation commerciale ou d'investissement. Parmi celles devant lesquelles des investisseurs peuvent introduire une demande à l'encontre d'un État ou d'une entité appartenant à un État figurent i) des juridictions connaissant des litiges relatifs à un contrat, qui peuvent être des juridictions étatiques, l'arbitrage national ou international; et ii) des fors fondés sur des traités d'investissement, généralement un arbitrage sous les auspices d'une institution d'arbitrage ou ad hoc. Les parties à des opérations commerciales qui n'impliquent ni un État, ni une entité appartenant à un État, seraient en mesure d'introduire une demande devant l'une des juridictions visées au point i) ci-dessus. Il n'existe pas actuellement de modèle commun pour coordonner plusieurs procédures engagées devant différentes juridictions.

B. Illustrations et considérations de principe

18. Plusieurs causes peuvent être à l'origine de multiples procédures.

19. Les illustrations les plus connues en matière d'arbitrage relatif aux investissements sont peut-être les affaires, abondamment citées, de *Lauder* c. *la République tchèque* sur la base du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et la République tchèque, et de *CME Republic BV* c. *la République tchèque* sur la base du traité bilatéral d'investissement entre les Pays-Bas et la République tchèque. Ces deux procédures impliquaient: la même mesure et le même dommage (perte causée par l'annulation d'une licence); partiellement le même demandeur d'une perspective économique (M. Lauder qui était en son propre nom dans une procédure, et en tant qu'actionnaire de CME dans l'autre), mais des personnes morales différentes (CME et M. Lauder), de nationalités différentes (hollandaise et

[7] Voir *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Asian Arbitration Lecture, 24 novembre 2015, disponible sur Internet à l'adresse http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple.

américaine); et deux traités d'investissement distincts. Pour finir, les deux arbitrages ont abouti à des conclusions contraires (un quasi-rejet des demandes dans un cas, et l'octroi de dommages-intérêts dans l'autre).

20. Pour simplifier, les procédures multiples dans un arbitrage relatif à des investissements peuvent être réparties en trois catégories:

i) Lorsque des demandeurs ayant des liens étroits introduisent la même demande à l'encontre du même défendeur (à savoir l'État hôte ou une entité appartenant à l'État), en ce qui concerne la même mesure prise par l'État hôte, auprès de différentes juridictions;

ii) Lorsque des demandeurs sans lien entre eux engagent des procédures séparées à l'encontre du même défendeur en ce qui concerne la même mesure (en vertu d'un traité d'investissement et/ou d'un contrat); et

iii) Lorsque le défendeur engage une procédure séparée à l'encontre du demandeur auprès d'une juridiction différente.

21. Comme indiqué au paragraphe 13 du document A/CN.9/848, la multiplicité des procédures peut obliger un État à 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, est source d'injustice procédurale et peut aboutir à des issues contradictoires (par exemple dans les situations visées au paragraphe 20 i) et ii) ci-dessus). De même, les investisseurs peuvent être confrontés à de multiples demandes reconventionnelles de la part des États. En ce qui concerne la situation visée au paragraphe 20 iii), la principale incertitude – outre les coûts et le risque d'obtenir des issues contradictoires – réside dans la question de savoir quelle juridiction aura le dernier mot s'il n'y a pas de coordination entre les différentes juridictions. Des demandes concurrentes créent un risque d'indemnisations multiples pour le même dommage et peuvent être source d'insatisfaction pour les utilisateurs d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement, ce qui sape la prévisibilité de manière plus générale.

22. De même, dans l'arbitrage commercial, un cadre visant à limiter les cas de procédures multiples pourrait permettre d'accélérer et de rationaliser le processus, en plus d'éviter des décisions contradictoires sur les mêmes questions de droit ou de fait.

III. Principes et mécanismes existants

23. Il existe un certain nombre de principes et de mécanismes pour traiter les cas de procédures concurrentes décrits dans la partie II ci-dessus, qui sont utiles dans une certaine mesure. Il n'existe toutefois pas de mécanisme ou de cadre pour coordonner leur application dans les circonstances appropriées.

A. Litispendance et autorité de la chose jugée

24. Comme indiqué au paragraphe 23 du document A/CN.9/848, la litispendance et l'autorité de la chose jugée sont des principes qui peuvent être mentionnés comme faisant partie de la *lex causae* d'un litige.

25. Le principe de la litispendance, qui existe dans de nombreux systèmes juridiques, permet à une partie de demander à un tribunal de suspendre ou de rejeter une action au motif que celle-ci est déjà pendante devant une autre juridiction. Pour que ce principe s'applique, il faut également que la condition de la triple identité soit remplie entre les différentes actions: identité de parties, d'objet et de cause. Cette condition fait qu'il peut être difficile d'appliquer ce principe aux procédures concurrentes visées dans la partie II ci-avant. Ainsi, dans le contexte d'un arbitrage fondé sur un traité d'investissement, il peut être difficile d'identifier les "mêmes parties" pour appliquer ce principe dans le cas où de nombreux actionnaires introduisent des demandes pour le même dommage causé à l'entreprise par une même mesure prise par l'État hôte.

26. Le Règlement (UE) 1215/2012 ("Règlement de Bruxelles") peut donner des éclaircissements sur l'application du principe de la litispendance à des procédures concurrentes, car il prévoit des conditions moins strictes. L'article 29-1 du Règlement illustre un mécanisme de litispendance dans le cadre d'une procédure civile (comme mentionné dans le document A/CN.9/816, additif, par. 23 et 24)[8]. L'article 30 du Règlement prévoit aussi une règle discrétionnaire pour les "demandes connexes", en permettant la concentration de litiges liés ou connexes auprès d'une juridiction[9]. L'article 30-3 prévoit que "sont connexes les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément".

27. Conformément au principe de l'autorité de la chose jugée, il ne peut être statué deux fois sur le même litige (une partie ne peut pas engager deux fois la même action) et, par conséquent, ce principe s'applique dans le contexte des procédures successives. À cet égard, la Commission voudra peut-être se demander si le sujet des procédures concurrentes devrait être développé pour englober également les procédures successives (voir par. 42 ci-après). L'effet de la chose jugée soulève des questions complexes dans l'arbitrage international, d'autant plus que différents systèmes juridiques peuvent entrer en jeu pour régir l'application de ce principe (la loi du lieu de l'arbitrage précédent; la loi du lieu de l'arbitrage ultérieur; la loi régissant le fond du litige), et que ce principe a des portées différentes dans les différents systèmes juridiques nationaux.

28. On notera que les 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 prévoient 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

---

[8] L'article 29-1 prévoit ce qui suit: "lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie".

[9] L'article 30-1 et 30-2 prévoit ce qui suit: "1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu peut surseoir à statuer. 2. Lorsque la demande devant la juridiction première saisie est pendante au premier degré, toute autre juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que la juridiction première saisie soit compétente pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction".

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).

B. Jonction

29. La jonction désigne le regroupement de plusieurs demandes ou arbitrages en cours en une seule procédure. Sous réserve d'une évaluation raisonnable de l'équité et de l'efficacité, la jonction peut constituer un outil efficace pour limiter ou éviter les procédures concurrentes. Les considérations de régularité de la procédure sont un aspect important du système de jonction. La jonction nécessite un fondement, que celui-ci se trouve dans la loi ou dans un contrat (y compris un règlement institutionnel), et repose généralement sur le consentement des parties. Il convient ici de faire la distinction entre l'arbitrage commercial et l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, car le fondement de la jonction peut être différent.

1. Arbitrage commercial

30. Certains pays ont adopté une législation permettant aux juridictions étatiques de regrouper différentes procédures arbitrales, lorsque les affaires portent sur les mêmes questions de droit ou de fait. La jonction obligatoire par des juridictions étatiques peut soulever certaines difficultés en ce qui concerne l'arbitrage. Certaines de ces difficultés ont trait aux questions de consentement, à la nomination d'arbitres, aux questions de procédure et à l'exécution des sentences arbitrales.

31. On trouve aussi de plus en plus souvent des dispositions relatives à la jonction dans les règlements d'arbitrage institutionnel, qui permettent que les procédures soient regroupées dès le début lorsqu'elles ont été ouvertes en vertu du même règlement. La jonction nécessite généralement le consentement des parties, qui peut être donné soit à l'avance par la conclusion d'une convention générale d'arbitrage, soit après la survenance d'un litige. Elle est aussi généralement possible lorsque tous les contrats concernés contiennent des clauses d'arbitrage qui prévoient de soumettre un litige au même règlement d'arbitrage, appliqué par la même institution d'arbitrage. Une difficulté importante, dans un contexte multipartite, réside dans le principe selon lequel toutes les parties à une procédure arbitrale doivent avoir la même possibilité d'être entendues et de participer à la constitution du tribunal arbitral.

2. Arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités

32. On trouve aussi de plus en plus souvent des dispositions relatives à la jonction dans les traités d'investissement. Un examen des traités conclus entre octobre 2014 et septembre 2015 a permis d'identifier 21 nouveaux traités, dont 18 sont disponibles en texte intégral. Sur ces 18, 14 contiennent des dispositions relatives au règlement des litiges entre investisseurs et États. Sur ces 14, 5 contiennent des dispositions relatives à la jonction.

33. La jonction est autorisée dans les traités d'investissement, par exemple, lorsqu'il y a une question de droit ou de fait commune (par exemple art. 1126-2 de

l'ALENA)[10], ou lorsque des questions communes découlent des mêmes faits ou circonstances (par exemple art. 10.25 du Traité CAFTA). L'article 1117 de l'ALENA prévoit expressément la jonction des actions introduites par différents actionnaires pour des plaintes déposées au nom d'une entreprise constituée localement[11]. Selon les indications fournies aux tribunaux arbitraux dans certains traités d'investissement, le tribunal, lorsqu'il examine s'il convient ou non de regrouper des procédures, doit juger dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes.

34. Comme mentionné plus haut, la jonction peut aussi être effectuée en vertu d'un règlement d'arbitrage institutionnel applicable. Toutefois, il n'est généralement pas possible de regrouper des procédures ouvertes en vertu de règlements différents. À cet égard, il est intéressant de noter qu'un traité récent autorise la jonction pour divers mécanismes de règlement des litiges (voir art. 9.29 de l'accord de libre-échange entre l'UE et Singapour)[12].

C. Mécanismes de coordination dans les traités d'investissement

35. Certains traités d'investissement prévoient des mécanismes de coordination ou de concentration supplémentaires. Ainsi, de nombreux traités d'investissement récents exigent que le demandeur renonce ou mette fin à toute autre procédure (clause "no U-turn")[13].

36. Parmi ces dispositions figurent les clauses d'option irrévocable ("fork in the road"), qui obligent le demandeur à choisir de manière irrévocable entre une procédure devant les tribunaux de l'État hôte et l'arbitrage, et les clauses de

---

[10] Le paragraphe 2 prévoit ce qui suit: "Un tribunal établi aux termes du présent article qui est convaincu que les plaintes soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120 portent sur un même point de droit ou de fait pourra, dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des plaintes, et après audition des parties contestantes, par ordonnance: a) se saisir de ces plaintes et en connaître simultanément, en totalité ou en partie; ou b) se saisir de l'une ou de plusieurs des plaintes dont le règlement, selon le tribunal, faciliterait le règlement des autres, et en connaître.

[11] Le paragraphe 3 prévoit ce qui suit: "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 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances (...), et que deux ou plusieurs plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés."

[12] L'article 9.29-5 prévoit ce qui suit: "Le tribunal procédant à la jonction conduit la procédure de la manière suivante: a) à moins que toutes les parties au litige n'en conviennent autrement, lorsque toutes les demandes pour lesquelles une ordonnance de jonction est demandée ont été soumises à l'arbitrage dans le cadre du même mécanisme de règlement des différends, le tribunal procédant à la jonction agit dans le cadre du même mécanisme de règlement des différends; b) lorsque les demandes pour lesquelles une ordonnance de jonction est demandée n'ont pas été soumises à l'arbitrage dans le cadre du même mécanisme de règlement des différends: i) les parties au litige peuvent convenir du mécanisme de règlement des différends prévu à l'article 9.16 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) qui s'appliquera à la procédure de jonction; ou ii) si les parties au litige ne parviennent pas à s'accorder sur un mécanisme de règlement des différends dans les 30 jours à compter de la demande formulée conformément au paragraphe 3, le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'appliquera à la procédure de jonction."

[13] Par exemple les accords de libre-échange entre l'UE et Singapour et entre les États-Unis et Singapour.

renonciation, qui obligent l'investisseur à renoncer à tous les autres fors disponibles avant d'avoir recours à l'arbitrage relatif aux investissements.

D. Autres mécanismes

37. Parmi les autres mécanismes qui peuvent permettre de limiter les procédures concurrentes figurent l'action de groupe, la participation de tiers à la procédure, ainsi que les injonctions anti-suit et anti-arbitrage.

38. Des dispositions permettant la participation de tiers à la procédure sont contenues dans certains règlements d'arbitrage institutionnels. Les tribunaux arbitraux n'ont généralement pas la possibilité de joindre des tiers à l'arbitrage, à moins que cela ne soit expressément prévu dans le règlement d'arbitrage applicable ou autrement convenu par les parties.

39. Les injonctions anti-suit et anti-arbitrage sont des mécanismes qui peuvent être utilisés pour éviter les procédures concurrentes. Toutefois, en raison de leur nature unilatérale, elles ne constituent pas nécessairement un outil de coordination utile.

E. Conclusion

40. Les mécanismes disponibles examinés ci-dessus permettent, dans certains cas, de remédier aux conséquences des procédures concurrentes, mais ils ont aussi des limites. Comme noté plus haut, certains exigent le consentement des parties aux fins de leur application. D'autres sont prévus dans un règlement d'arbitrage ou dans un traité d'investissement dans le cas d'un arbitrage relatif aux investissements. En l'absence d'un accord des parties ou de procédures ou principes particuliers, les arbitres n'auront peut-être pas les bases nécessaires pour prendre l'initiative lorsqu'ils sont confrontés à un cas de procédures concurrentes. Ils ne seront peut-être pas conscients des options existantes, ni des limites des outils disponibles, ou ils ne pourront peut-être pas prendre les mesures appropriées pour éviter des conséquences négatives lorsque les parties ne sont pas convenues d'une approche particulière. Aux préoccupations liées aux procédures concurrentes viennent s'ajouter d'autres facteurs à prendre en compte, notamment la nécessité de respecter l'autonomie des parties, compte tenu de la nature consensuelle de l'arbitrage, et le traitement des informations protégées et confidentielles soumises pendant l'arbitrage.

IV. Travaux futurs possibles

41. La Commission voudra peut-être se demander si les travaux qui pourraient être menés dans le domaine des procédures concurrentes, qui peuvent survenir tant dans l'arbitrage commercial que dans l'arbitrage relatif aux investissements, auraient pour objectif de créer des mécanismes appropriés visant à limiter certaines des conséquences négatives identifiées dans ce domaine, comme le risque de décisions ou de sentences contradictoires et inconciliables, et de promouvoir l'efficacité des procédures et la rationalisation des coûts, tout en respectant les droits des parties dans le cadre du règlement des litiges.

42. Étant donné que les procédures multiples, dans l'arbitrage commercial et dans l'arbitrage relatif aux investissements, peuvent être concurrentes ou successives, la Commission voudra peut-être se demander s'il convient d'inclure aussi les procédures successives dans l'examen de ce sujet (voir par. 27 ci-avant). Le système d'arbitrage international comporte plusieurs niveaux. Par conséquent, les travaux relatifs aux procédures concurrentes pourraient être menés à plusieurs niveaux.

A. Fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux

43. Le mandat du tribunal arbitral de résoudre un litige repose généralement sur l'accord des parties. Un tribunal est censé le résoudre de manière efficace, dans les limites de sa compétence. Le cadre juridique procédural (traité d'investissement, règlement d'arbitrage et législation arbitrale) ne fournit que rarement des indications aux tribunaux sur la manière de traiter les procédures concurrentes. Dans la plupart des cas, lorsque les parties n'ont pas conclu d'accord relatif à ces procédures, un tribunal arbitral pourra croire qu'il doit rendre une décision finale sur le fond sans pouvoir coordonner ses efforts avec d'autres tribunaux.

44. Le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, dans son article 17-1, prévoit que "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à un stade approprié de la procédure chacune d'elles ait une possibilité adéquate de faire valoir ses droits et proposer ses moyens." La plupart des règlements d'arbitrage institutionnels contiennent une disposition similaire. La Commission voudra peut-être déterminer s'il convient de mener des travaux pour préciser, ou expliciter, les pouvoirs discrétionnaires qui peuvent être exercés par un tribunal arbitral confronté à des procédures concurrentes. L'objectif serait de fournir aux tribunaux des outils susceptibles d'être utilisés pour gérer ce genre de situations.

45. Les travaux pourraient couvrir, de manière souple, les initiatives qu'un tribunal arbitral peut envisager de prendre, en fonction des circonstances, comme:

- Demander des informations à un autre tribunal, ou ordonner aux parties de l'informer au sujet d'éventuelles procédures connexes;
- Coordonner des procédures arbitrales parallèles (par exemple tenue d'audiences conjointes ou présentation d'un jeu conjoint de preuves);
- Suspendre la procédure, ou se déclarer incompétent au motif, par exemple, que les demandes sont irrecevables (par exemple en raison d'une action parallèle en instance ailleurs);
- Déterminer s'il y a un abus de droit; et
- Ordonner la jonction, si possible.

Les travaux pourraient aussi souligner les limites de ces initiatives, compte tenu du rôle du consentement des parties à l'arbitrage et de sa relation avec le pouvoir du tribunal de trancher des questions.

46. Une question à examiner est celle de savoir si des indications à l'intention des tribunaux arbitraux devraient préciser les mesures spécifiques qu'un tribunal arbitral peut envisager dans certaines situations. Si le pouvoir discrétionnaire du tribunal

d'adopter une telle mesure serait préservé, des indications pourraient être fournies au sujet des outils existants, avec une illustration des circonstances dans lesquelles ils peuvent être utilisés. Toutefois, étant donné que les procédures concurrentes peuvent prendre différentes formes, il pourrait être difficile, pour un texte d'orientation, de fournir une liste exhaustive de tous les cas de figure.

47. Les indications à l'intention des tribunaux arbitraux pourraient être fournies sous la forme d'un instrument non contraignant, qui inclurait une liste d'options à l'usage des arbitres et décrirait la méthode à suivre dans les cas de procédures concurrentes, et laisserait le tribunal déterminer l'option adéquate dans le cas d'espèce. Dans le cadre de ces indications, on pourrait aussi préciser les raisons pour lesquelles un tribunal arbitral prendrait certaines mesures si l'existence de procédures concurrentes n'est pas jugée préjudiciable par les parties, et le fondement du pouvoir du tribunal de prendre de telles mesures en l'absence d'un accord des parties en ce sens.

48. Les travaux pourraient aussi prendre la forme d'un protocole, qui pourrait être utilisé par les parties dans le cadre de leur convention d'arbitrage.

B. Encourager les États à adopter des mécanismes spécifiques dans leurs traités d'investissement

49. Comme indiqué dans la partie III C ci-avant, des États ont commencé à inclure des dispositions visant à limiter certaines demandes dans leurs traités d'investissement. Certains traités contiennent des dispositions visant à limiter la fréquence des procédures concurrentes, ou à offrir des solutions, comme la jonction. Ils limitent certains droits fondamentaux et procéduraux des demandeurs par le biais de dispositions relatives aux définitions des investisseurs et des investissements, ainsi qu'au calcul des dommages.

50. La Commission voudra peut-être se demander s'il convient de diriger l'attention des États sur ces mécanismes dans les traités d'investissement, et si des travaux devraient être menés pour compléter ceux réalisés par la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) dans ce domaine[14].

---

[14] Par exemple, la publication de la CNUCED sur le règlement des différends entre investisseurs et États (2014) contient des sections relatives à la jonction des actions, aux clauses "fork in the road" et "no U-turn" (avec certains exemples de traité). Le chapitre IV du Rapport sur l'investissement dans le monde (2015) de la CNUCED (Réformer le régime des accords internationaux d'investissement) examine certaines questions connexes, comme la possibilité de modifier la définition des investissements et des investisseurs, la lutte contre l'utilisation "abusive" de traités et les réparations pour la même violation auprès de multiples juridictions.

C. Coordination entre institutions d'arbitrage

51. Étant donné que les procédures concurrentes sont souvent ouvertes en vertu de différents règlements d'arbitrage, la coordination entre les institutions d'arbitrage peut être un moyen utile de gérer cette situation.

D. Création d'un cadre international

52. La Commission voudra peut-être déterminer s'il vaut mieux traiter la question des procédures concurrentes au niveau multilatéral.

53. À cet égard, la Commission voudra peut-être déterminer si le Secrétariat devrait examiner plus avant s'il est possible d'élaborer un instrument multilatéral pour améliorer le cadre de règlement des litiges internationaux, dans l'intérêt de l'équité et de la justice[15]. Le principe de l'autorité de la chose jugée, la détermination de la validité de la convention d'arbitrage et le traitement des actions connexes pourraient être traités dans un instrument multilatéral de ce type.

---

[15] Voir *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Asian Arbitration Lecture, 24 novembre 2015, disponible sur Internet à l'adresse http://bit.ly/Kaufmann-Kohler-Multiple.