



**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: procédures concurrentes dans l'arbitrage  
international**

**Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction . . . . .	2
II. Travaux futurs possibles . . . . .	3
A. Point de la question et objet des travaux . . . . .	3
B. Fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux . . . . .	5
1. Suspension de la procédure . . . . .	5
2. Abus de procédure . . . . .	6
3. Partage d'informations . . . . .	6
4. Autres formes de coordination . . . . .	7
5. Ordonner la jonction, si possible . . . . .	7
6. Litispendance, autorité de la chose jugée et <i>forum non conveniens</i> . . . . .	8
7. Défense en connexité ou demandes connexes . . . . .	8
C. Dispositions des traités d'investissement . . . . .	9
1. Définition des investisseurs . . . . .	9
2. Prévention de l'abus de procédure . . . . .	10
3. Mécanisme de réparation et notion de pertes par ricochet . . . . .	10
4. Jonction . . . . .	11
5. Autres dispositions conventionnelles . . . . .	11
III. Conclusions . . . . .	12



## 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<sup>1</sup>. À sa quarante-septième session, en 2014, elle a examiné la question de savoir s'il faudrait charger le Groupe de travail II (Règlement des différends) 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<sup>2</sup>. À sa quarante-huitième session, en 2015, la Commission a examiné une note du Secrétariat sur les procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements (A/CN.9/848). 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<sup>3</sup>.

2. Conformément à cette demande, la Commission était saisie, à sa quarante-neuvième session, en 2016, d'une note du Secrétariat décrivant les causes et les incidences des procédures concurrentes, les principes et mécanismes existants pour traiter les cas de procédures concurrentes dans l'arbitrage international et les travaux futurs possibles dans ce domaine (A/CN.9/881)<sup>4</sup>. À l'issue de la discussion, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait continuer de préciser les travaux qui pourraient être menés en la matière, tels qu'évoqués dans la partie IV du document A/CN.9/881, de façon qu'elle examine le sujet à une session ultérieure<sup>5</sup>.

3. En conséquence, le but de la présente note est de fournir des informations supplémentaires sur les travaux que la Commission pourrait entreprendre<sup>6</sup>.

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

<sup>2</sup> *Ibid.*, *soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 126, 127 et 130.

<sup>3</sup> *Ibid.*, *soixante-dixième session, Supplément n° 17 (A/70/17)*, par. 147.

<sup>4</sup> *Ibid.*, *soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 175 à 181.

<sup>5</sup> *Ibid.*, par. 181.

<sup>6</sup> 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*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Laurence Boisson de Chazournes, Victor Bonnin, Makane Moïse Mbengue, Rapport final du colloque de Genève (22 avril 2006); *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*; *The International Law of Investment Claims*, Zachary Douglas, 2009; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades et Ignacio Madalena, *Arbitration International*, vol. 24, n° 4 (2008); *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Hanno Wehland, *Oxford International Arbitration Series* (2013); *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, Herbert Smith Freehills et SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 novembre 2015); *Le concours de procédures arbitrales dans le droit des investissements*, Emmanuel Gaillard, *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ Lextenso Editions, octobre 2015; *Recent Developments on the Doctrine of Res Judicata in International Arbitration*

Conformément à une proposition faite à la quarante-neuvième session de la Commission, la note aborde les procédures non seulement concurrentes, mais aussi, lorsqu'il y a lieu, successives, englobant ainsi tout l'éventail des cas qui comportent des procédures multiples<sup>7</sup>. Elle se concentre principalement sur la question telle qu'elle se pose dans l'arbitrage relatif aux investissements<sup>8</sup>.

## II. Travaux futurs possibles

### A. Point de la question et objet des travaux

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

5. Dans l'arbitrage relatif aux investissements, des procédures concurrentes peuvent résulter, principalement, de deux types de situation. Dans la première, 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<sup>9</sup>. 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. En résumé, on peut avoir plusieurs 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. Étant donné le grand nombre de traités d'investissement, les participants à une relation entre investisseurs et États (c'est-à-dire la société étrangère qui investit dans un État hôte et les actionnaires de diverses nationalités) peuvent être régis par plusieurs traités. Même si la société qui investit et ses actionnaires sont protégés par le même traité, leur aptitude à introduire

---

*from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution*, Nathalie Voser & Julie Raneda, ASA Bulletin, vol. 33, n° 4 (décembre 2015); *The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes*, Hanno Wehland, ICSID Review, vol. 31, n° 3 (octobre 2016); *Parallel Proceedings in Investment Arbitration*, Giovanni Zarra G. Giappichelli Editore et Eleven International Publishing (2016); *Abuse of Process in International Arbitration*, Emmanuel Gaillard, ICSID Review, vol. 32, n° 1 (2017); *Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency*, David Gaukrodger, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2013/03; *Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law*, David Gaukrodger, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2014/02; *Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice*, David Gaukrodger, Documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international, 2014/03; CNUCED, *Accords internationaux d'investissement*, II, 2014; et CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde* (2015). En outre, la présente note se fonde sur les discussions tenues lors de la réunion de groupe d'experts organisée par le Secrétariat et accueillie par le Ministère français des affaires étrangères et du développement international en janvier 2016.

<sup>7</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 180.

<sup>8</sup> À la quarante-neuvième session de la Commission, on s'est demandé s'il fallait que les travaux portent sur l'arbitrage relatif aux investissements et/ou sur l'arbitrage commercial; il a été estimé qu'il faudrait, le cas échéant, faire la distinction entre les deux. Il a été généralement estimé qu'il était plus urgent de se concentrer sur les procédures concurrentes dans l'arbitrage d'investissement. Il a également été dit que les procédures concurrentes dans l'arbitrage commercial méritaient un examen tout aussi approfondi (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-neuvième session, Supplément n° 17 (A/69/17)*, par. 180).

<sup>9</sup> Voir A/CN.9/881, par. 7, 11, 12, 14 à 16, 19 et 20 i).

des actions distinctes pourrait aboutir à la formation de tribunaux multiples instruisant essentiellement la même action. On peut noter que les investisseurs n'ont pas nécessairement le choix d'introduire leurs demandes auprès d'une juridiction unique, car il peut ne pas exister de juridiction unique ayant compétence sur l'ensemble des demandes.

6. Dans la seconde situation, une mesure prise par un État a des incidences sur un certain nombre d'investisseurs qui ne sont pas liés entre eux<sup>10</sup>. 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 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 ou d'une entité appartenant à un État qui affecte ces dispositions peut avoir des incidences sur une multitude de contrats conclus avec différents investisseurs. Tandis que les questions de droit et de fait soulevées dans le cadre de ces procédures seront généralement communes à tous les demandeurs, il est probable que les différents tribunaux aboutiront à des conclusions différentes.

7. 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 (voir [A/CN.9/848](#), par. 13). Des procédures concurrentes impliquant des entités d'une même structure sociale (évoquées au paragraphe 5 ci-dessus) 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.

8. Les principes et mécanismes existants que l'on pourrait appliquer pour prévenir ou limiter les effets de procédures concurrentes sont la litispendance et l'autorité de la chose jugée, la jonction et la coordination dans les traités d'investissement (voir section III du document [A/CN.9/881](#)). Cependant, les possibilités d'application de la litispendance et de l'autorité de la chose jugée sont limitées. En outre, du fait de la complexité du cadre de protection des investissements, il est parfois difficile d'appliquer la jonction et la coordination à des procédures concurrentes dans le contexte d'un arbitrage fondé sur un traité. Tandis que presque tous les systèmes juridiques/judiciaires nationaux ont conçu des solutions pour éviter la coexistence de procédures concurrentes et d'issues contradictoires, il n'existe actuellement aucune solution à ce problème dans l'arbitrage international.

9. Le but de travaux sur les procédures concurrentes qui peuvent survenir dans l'arbitrage relatif aux investissements serait de fournir un cadre plus prévisible pour la coordination de ces procédures dans l'intérêt des investisseurs et des États, et de promouvoir l'efficacité procédurale et économique, la fiabilité et la légitimité du processus tout en respectant les droits des parties dans le règlement des litiges (voir [A/CN.9/881](#), par. 18 à 22). On pourrait, par exemple, rechercher les moyens de traiter certaines des conséquences négatives des procédures concurrentes, ainsi que des problèmes récurrents tels que la reddition de décisions ou de sentences contradictoires et inconciliables.

---

<sup>10</sup> Voir [A/CN.9/881](#), par. 8 et 20 ii).

## B. Fourniture d'indications aux tribunaux arbitraux

10. Lorsque la Commission a brièvement examiné, à sa quarante-neuvième session, en 2016, la forme que pourraient prendre des travaux sur la question des procédures concurrentes, il a été appuyé l'idée de fournir aux tribunaux arbitraux confrontés à ces procédures des indications concernant, par exemple, le recours aux pouvoirs prévus à l'article 17 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et dans la disposition similaire d'autres règlements<sup>11</sup>.

11. Les indications aux tribunaux arbitraux pourraient être conçues de manière à faire partie du cadre juridique procédural. En effet, les traités d'investissement, les règlements d'arbitrage et la législation arbitrale ne fournissent que rarement des indications aux tribunaux en la matière. Dans ce cas, et lorsque les parties au litige ne sont également pas parvenues à s'entendre sur la façon de traiter des procédures concurrentes, un tribunal arbitral pourrait avoir à rendre une décision finale sur le fond sans prendre de mesures, par exemple sans coordonner son action avec celle d'autres tribunaux.

12. Les indications aux tribunaux arbitraux pourraient également prendre la forme d'un instrument non contraignant, y compris une liste d'options et la méthode que le tribunal pourrait appliquer face à des procédures concurrentes, ce qui lui donnerait de la souplesse pour déterminer l'option la plus appropriée en l'espèce. Un tel instrument pourrait fournir aux tribunaux arbitraux des mesures ou des actions qu'ils pourraient prendre dans le cadre de leurs pouvoirs procéduraux. Il pourrait également préciser la raison pour laquelle il faudrait qu'un tribunal arbitral prenne certaines mesures même lorsque l'existence de procédures concurrentes n'a pas été perçue comme préjudiciable par les parties. On pourrait également souligner les limites de ces initiatives, compte tenu du consentement que les parties ont donné à l'arbitrage et de sa relation avec le pouvoir qu'a le tribunal de trancher des questions.

### 1. Suspension de la procédure

13. Une fois constitué et sa compétence établie, un tribunal arbitral possède des pouvoirs qu'il peut exercer pour contrecarrer ou limiter les incidences d'une procédure concurrente. Dans certaines circonstances, par exemple, il pourrait, après s'être assuré de sa compétence, exercer son pouvoir discrétionnaire pour suspendre la procédure jusqu'à ce qu'un autre tribunal ait rendu sa décision; il pourrait le faire en appliquant divers principes, y compris ceux d'efficacité et d'équité dans l'administration de la justice, et de respect du travail d'autres tribunaux.

#### *Travaux possibles*

14. Dans ce contexte, on pourrait élaborer un instrument qui déterminerait les circonstances dans lesquelles les tribunaux arbitraux pourraient ou devraient suspendre la procédure. On pourrait étendre ces travaux pour fournir à ces tribunaux des informations concernant i) le pouvoir qu'ils ont de suspendre la procédure dans le cadre du pouvoir qu'a un tribunal de conduire la procédure conformément aux exigences de justice et d'efficacité; et ii) la base juridique et les critères qui pourraient les aider à exercer leur pouvoir discrétionnaire à cet égard. Les considérations de bonne foi, la finalité des décisions, le calendrier de la procédure et l'aptitude d'une juridiction à s'acquitter de sa fonction judiciaire seraient des éléments à prendre en compte.

---

<sup>11</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 179.

15. On pourrait également préciser les circonstances dans lesquelles un tribunal arbitral déciderait de suspendre la procédure pour attendre l'issue d'une action parallèle, et s'il faudrait ensuite qu'il tienne dûment compte de la décision rendue dans l'autre for ou justifie tout écart par rapport à celle-ci. Plus généralement, on pourrait entreprendre d'aider les tribunaux arbitraux à déterminer les rapports qui existent entre les différents fors, par exemple si, suite à l'application de certaines règles, la décision d'un for serait prise en compte par d'autres.

16. En ce qui concerne les procédures successives, les travaux pourraient porter sur la question de savoir si un tribunal arbitral pourrait, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prendre en compte des procédures antérieures et la sentence résultante dans sa décision, par exemple sur la question de savoir si une partie pouvait et aurait dû soulever une question ou introduire une demande dans une procédure antérieure et, dans l'affirmative, s'il faudrait par la suite empêcher cette partie de soulever cette question ou d'introduire cette demande dans la procédure en cours. On pourrait inviter les tribunaux arbitraux à évaluer un dossier en tenant compte des circonstances générales du litige qui oppose les parties.

## **2. Abus de procédure**

17. L'un des motifs pour lesquels un tribunal arbitral peut rejeter une demande est l'interdiction de l'abus de procédure, principe de droit international généralement reconnu.

18. Dans le contexte de procédures concurrentes, l'interdiction de l'abus de procédure se justifiera et s'appliquera surtout lorsqu'un investisseur a déjà obtenu une décision sur le fond dans un for, mais continue de poursuivre la même action dans un autre for. Il peut également y avoir abus de procédure lorsqu'un demandeur effectue ou restructure son investissement afin d'introduire une action contre l'État hôte alors que le litige est prévisible, mais ne s'est pas encore produit<sup>12</sup>.

19. Le principe d'abus de procédure permettrait à un tribunal arbitral de déterminer les situations dans lesquelles des procédures concurrentes sont acceptables et celles dans lesquelles elles ne le sont pas. Il faut distinguer une situation dans laquelle des procédures multiples sont indispensables pour obtenir des recours adéquats d'une situation dans laquelle un investisseur cherche à tirer profit du manque général de coordination des procédures pour maximiser ses chances de succès.

### *Travaux possibles*

20. On pourrait entreprendre de préciser le principe d'abus de procédure et d'indiquer la manière dont un tribunal arbitral pourrait déterminer les situations dans lesquelles il y a abus de procédure. On pourrait, également, entreprendre de clarifier les critères à remplir pour qu'un tribunal arbitral applique ce principe de façon à empêcher que des procédures concurrentes ne surviennent en premier lieu.

## **3. Partage d'informations**

21. On pourrait inviter les tribunaux arbitraux à échanger des informations en cas de procédure concurrente ou à demander aux parties au litige de les informer de toute procédure connexe. À cet égard, les tribunaux arbitraux pourraient également chercher à savoir si les parties seraient disposées à soumettre leur litige dans un seul for.

---

<sup>12</sup> Voir la jurisprudence en question: Pac rim, Decision on the Respondent's Jurisdictional Objections (n° 9), par. 2.41; *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) c. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No. 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 décembre 2015).

22. À cet égard également, on notera que le partage d'informations pourrait se développer, la tendance étant à la transparence. De fait, le Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités a été cité dans plusieurs traités conclus depuis son entrée en vigueur, en avril 2014<sup>13</sup>. Il est également probable que la transparence s'appliquera progressivement aux arbitrages engagés en vertu de traités d'investissement conclus avant avril 2014, une fois que la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités aura pris effet<sup>14</sup>.

*Travaux possibles*

23. On pourrait énoncer les diverses initiatives dont disposent les tribunaux arbitraux ainsi que leurs limites et éventuels problèmes, comme, par exemple, des conflits avec l'obligation de confidentialité en matière de partage d'informations.

#### 4. Autres formes de coordination

24. On pourrait appeler l'attention des tribunaux arbitraux sur d'autres formes de coordination, en particulier lorsque des procédures concurrentes sont inévitables, par exemple dans les situations mentionnées au paragraphe 6 ci-dessus. Ces autres formes de coordination pourraient être la tenue d'audiences conjointes ou la présentation d'un jeu conjoint de preuves.

*Travaux possibles*

25. On pourrait entreprendre de fournir aux tribunaux arbitraux une liste d'outils qu'ils pourraient utiliser pour gérer ces situations afin d'éviter les retards inutiles, les coûts de réalisation de recherches redondantes et la présentation parallèle de soumissions écrites et orales.

26. Les travaux pourraient également prendre la forme d'un protocole que les parties pourraient utiliser dans le cadre de leur convention d'arbitrage. Ce protocole pourrait couvrir divers éléments permettant la coordination et, éventuellement, la jonction.

#### 5. Ordonner la jonction, si possible

27. La jonction désigne le regroupement de plusieurs demandes ou arbitrages en cours en une seule procédure. Elle nécessite un fondement, que celui-ci réside dans la loi ou dans un contrat (y compris un règlement institutionnel), et repose généralement sur le consentement des parties. Sous réserve d'une évaluation raisonnable de l'équité, de la régularité et de l'efficacité de la procédure, elle peut constituer un outil efficace pour limiter ou éviter les procédures concurrentes.

*Travaux possibles*

28. Tandis que l'on pourrait entreprendre de fournir des mécanismes permettant de joindre des procédures concurrentes, ce travail serait d'une utilité limitée s'il n'incluait pas la possibilité d'une coopération entre les institutions arbitrales qui administrent ces procédures. En outre, la jonction se fondant sur le consentement des parties, il faudrait étudier les moyens de prendre en compte les éventuelles préoccupations des parties. Un investisseur, par exemple, pourrait s'opposer à la

<sup>13</sup> Pour toute information sur l'état du Règlement de la CNUDCI sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, voir: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Rules\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Rules_status.html).

<sup>14</sup> Pour toute information sur l'état de la Convention des Nations Unies sur la transparence dans l'arbitrage entre investisseurs et États fondé sur des traités, voir: [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/arbitration/2014Transparency\\_Convention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html).

jonction s'il lui fallait divulguer des informations commerciales sensibles à ses codemandeurs.

## 6. Litispendance, autorité de la chose jugée et *forum non conveniens*

29. Dans le règlement d'un litige au niveau national, s'il existe deux procédures judiciaires concurrentes, diverses doctrines ont été mises au point pour les empêcher ou limiter leur incidence. Dans un système de droit romain, par exemple, un tribunal appliquera la règle de la litispendance et le juge saisi de la seconde instance suspendra probablement la procédure jusqu'à ce que le juge saisi de la première instance rende une décision. Dans les systèmes de *common law*, on peut utiliser des recours en *forum non conveniens* (et des injonctions d'interdiction de poursuivre). Si l'une des deux procédures se conclut par un arrêt, la règle de l'autorité de la chose jugée s'appliquera probablement.

### *Travaux possibles*

30. Dans le contexte de l'arbitrage international, on pourra fournir aux tribunaux arbitraux des indications concernant les principes de litispendance et d'autorité de la chose jugée, même si leur application pourra être limitée (voir [A/CN.9/881](#), par. 24 à 28). Ces travaux pourraient compléter 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, qui énoncent que les sentences arbitrales devraient, dans les procédures ultérieures, avoir des effets irréfragables et définitifs de manière à promouvoir l'efficacité et la finalité de l'arbitrage commercial international, et que ces effets ne devraient pas nécessairement être soumis à un droit national, mais qu'ils devraient pouvoir être soumis à des règles transnationales à élaborer (recommandations 1 et 2)<sup>15</sup>.

31. Dans l'arbitrage international, l'effet de la chose jugée soulève des questions complexes d'autant plus que l'application de ce principe peut être régie par différentes lois (loi du lieu de l'arbitrage précédent, loi du lieu de l'arbitrage ultérieur, loi régissant le fond du litige) et que ce principe a des portées différentes selon les systèmes juridiques. On pourrait également, dans ce domaine, entreprendre de fournir une approche plus harmonisée de cette notion.

## 7. Défense en connexité ou demandes connexes

32. Un autre outil connu dans le règlement des litiges est la défense en connexité ou demandes connexes<sup>16</sup>. Cette notion est plus large que la doctrine de la chose jugée, car elle n'est pas limitée par le critère de triple identité. On trouve un exemple de ce mécanisme dans le Règlement de Bruxelles (Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), qui énonce, pour les "demandes connexes", une règle discrétionnaire qui permet la concentration de litiges liés ou connexes dans un même for<sup>17</sup>. L'article 28.3 dispose que "sont connexes les

<sup>15</sup> Voir les recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance, l'autorité de la chose jugée et l'arbitrage, soixante-douzième Conférence de l'Association de droit international sur l'arbitrage commercial international, Toronto (Canada), 4-8 juin 2006.

<sup>16</sup> *Multiple Proceedings in International Arbitration: Blessing or Plague?*, Gabrielle Kaufmann-Kohler, Herbert Smith Freehills et SMU School of Law Asian Arbitration Lecture (24 novembre 2015).

<sup>17</sup> 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."

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". En vertu du Règlement de Bruxelles, un tribunal autre que le tribunal premier saisi peut surseoir à statuer si une action connexe est déjà pendante dans un autre État membre de l'Union européenne et attendre l'issue de cette action liée avant de rendre sa décision. Dans certaines circonstances, il peut même se dessaisir si la loi du premier tribunal permet de joindre les actions.

#### *Travaux possibles*

33. On pourrait étudier la possibilité de concevoir un mécanisme similaire dans le contexte de l'arbitrage international.

## **C. Dispositions des traités d'investissement**

34. Certains traités d'investissement contiennent des dispositions destinées à empêcher la survenue de procédures concurrentes ou à limiter leur incidence (voir la section III. C du document [A/CN.9/881](#)). Les procédures concurrentes pourront être traitées en utilisant différentes dispositions des traités d'investissement, comme on le décrit brièvement ci-dessous.

35. On pourrait entreprendre d'appeler l'attention des États sur les différents types de dispositions conventionnelles dont ils disposent pour traiter la question.

### **1. Définition des investisseurs**

36. Les définitions des termes "investisseur" ou "investissement" données dans les traités d'investissement déterminent quels investisseurs sont protégés et peuvent poursuivre des États hôtes (voir [A/CN.9/848](#), par. 8 et 9). Les définitions libérales de ces termes données dans de nombreux traités étendent la protection aux investissements indirects effectués dans le cadre d'une ou de plusieurs sociétés.

37. Les dispositions conventionnelles visent à empêcher l'utilisation abusive d'un traité d'investissement en interdisant les demandes d'investisseurs qui pratiquent le "chalandage fiscal" ou la "planification par nationalité" par le biais de sociétés "boîte à lettres" qui canalisent des investissements, mais n'effectuent pas de véritables opérations commerciales dans l'État hôte<sup>18</sup>. Il existe différentes façons de définir les investisseurs ou investissements protégés pour limiter les possibilités de demandes multiples; on peut, par exemple, renvoyer à des critères d'"activité commerciale substantielle" et définir cette dernière, ainsi que la nationalité du contrôleur ultime de la société<sup>19</sup>.

38. En outre, les dispositions de certains traités d'investissement énoncent le niveau de participation indirecte requis pour qu'un actionnaire ait le droit d'ester conformément à ces traités. Cette précision a pour but de réduire le nombre de procédures parallèles lorsque les mêmes parties (liées par le contrôle) engagent des procédures en vertu de traités différents à propos de la même mesure étatique.

39. On pourrait appeler l'attention des États sur diverses options des traités d'investissement, qui peuvent, par exemple, i) indiquer le niveau de participation indirecte requis pour qu'un investisseur ait le droit d'ester en vertu de ces traités; ii) interdire les demandes introduites par des investisseurs lorsque la société a elle-même formé un recours auprès d'une autre juridiction; iii) autoriser un investisseur à former une demande uniquement si l'investisseur et la société locale

<sup>18</sup> CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde (2015), chapitre IV.

<sup>19</sup> Ibid.

retirent toute demande pendante et renoncent à leur droit de saisir une autre juridiction; et iv) limiter les possibilités de choix du for aux demandes qui n'ont encore été formées nulle part.

## 2. Prévention de l'abus de procédure

40. Les dispositions conventionnelles relatives à l'interdiction de l'abus de procédure pourraient permettre aux tribunaux arbitraux de rejeter les demandes abusives et encourager ainsi les investisseurs à s'entendre sur un for unique pour le règlement de leurs demandes. Si les traités d'investissement énonçaient des critères clairs selon lesquels des procédures concurrentes seront jugées abusives (voir par. 17 à 20 ci-dessus), ils pourraient limiter les procédures concurrentes à celles qui sont légitimes et permettre aux parties au litige de bien comprendre ces situations<sup>20</sup>.

## 3. Mécanisme de réparation et notion de pertes par ricochet

41. Les dispositions conventionnelles relatives au mécanisme de réparation (y compris la répartition des coûts) pourraient également aider à limiter l'incidence de procédures concurrentes<sup>21</sup>.

42. En ce qui concerne la notion spécifique de "pertes par ricochet", il ressort de documents de travail récents de l'OCDE et de discussions intergouvernementales menées sous l'égide de l'Organisation qu'il importe, dans l'examen de demandes concurrentes en matière d'arbitrage relatif aux investissements, de faire la distinction entre les pertes directes et les pertes par ricochet<sup>22</sup>. Saisis de demandes introduites en vertu de traités 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 d'actionnaires en dommages par ricochet pour des raisons qui tiennent tant au droit des sociétés qu'à des questions de procédure, y compris le désir de promouvoir l'économie de moyens judiciaires en réduisant le nombre de demandes de réparation, la cohérence, la prévisibilité, le souci d'éviter toute double indemnisation et l'équité envers les défendeurs. Seule la société 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 important aspect des demandes concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements.

43. Les discussions intergouvernementales menées sous l'égide de l'OCDE ont permis de provisoirement conclure que si les demandes d'indemnisation pour pertes

<sup>20</sup> Voir *The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes*, Hanno Wehland, ICSID Review, vol. 31, n° 3 (octobre 2016).

<sup>21</sup> Voir, par exemple, CNUCED, *Accords internationaux d'investissement*, II, 2014; voir également OCDE, *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.

<sup>22</sup> 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 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.

par ricochet soulevaient d'importantes questions de politique générale, il ne semblait pas exister d'argument fort en faveur de l'acceptation généralisée de ce type de demandes dans le contexte des traités d'investissement.

#### 4. Jonction

44. Dans les traités d'investissement, on trouve également de plus en plus souvent des dispositions relatives à la jonction (voir [A/CN.9/881](#), par. 32 à 34). Il en existe deux types<sup>23</sup>. Les premières réaffirment la règle générale selon laquelle la jonction est possible si toutes les parties concernées sont d'accord. Le but de ces dispositions est d'appeler l'attention des parties au litige sur la possibilité d'une jonction, sans nécessairement en fournir le mécanisme. Les secondes autorisent, tout en la limitant, la jonction lorsqu'il existe une "question de droit ou de fait commune" (art. 1126.2 de l'ALENA, par exemple), ou lorsque des questions communes "naissent des mêmes faits ou circonstances" (art. 10.25 du Traité CAFTA, par exemple). L'article 1117 de l'ALENA prévoit expressément la jonction des actions introduites par différents actionnaires pour des demandes introduites pour le compte d'une société constituée localement. Selon les indications fournies aux tribunaux arbitraux dans certains traités d'investissement, le tribunal doit, lorsqu'il examine s'il convient ou non de joindre des procédures, juger dans l'intérêt d'un règlement juste et efficace des demandes. Ces clauses prévoient habituellement un mécanisme de jonction très détaillé. En vertu du second type de disposition, toute partie contestante aux procédures liées en cours peut en demander la jonction. Il s'ensuit la création d'un tribunal de jonction.

45. La jonction peut également s'effectuer en vertu d'un règlement d'arbitrage institutionnel applicable. Cependant, il n'est généralement pas possible de joindre des procédures ouvertes en vertu de règlements différents et/ou administrées par des institutions arbitrales différentes. Il peut être difficile de joindre des demandes fondées sur des traités différents, car elles peuvent comporter des obligations de fond, des calendriers, des obligations procédurales et des fors de règlement différents. 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 UE-Singapour)<sup>24</sup>.

#### 5. Autres dispositions conventionnelles

46. Dans les traités d'investissement, divers mécanismes ont été mis au point au fil du temps pour aborder cette question. Certains traités prévoient des mécanismes supplémentaires de coordination ou de concentration. Ainsi, de nombreux traités récents exigent que le demandeur renonce ou mette fin à toute autre procédure. Quant aux clauses d'option irrévocable, elles permettent à l'investisseur de choisir entre les tribunaux de l'État hôte et l'arbitrage international; une fois le choix fait, il est définitif.

<sup>23</sup> CNUCED, *Accords internationaux d'investissement*, II, 2014.

<sup>24</sup> 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."

47. Dans le cadre de procédures concurrentes, l'utilité de ces clauses est limitée, car elles ne s'appliquent que si les litiges sont identiques (mêmes parties, mêmes intérêts et même fondement juridique). Elles n'empêcheraient pas, par exemple, l'introduction de demandes distinctes d'actionnaires majoritaires et minoritaires.

### III. Conclusions

48. La Commission voudra peut-être se demander s'il faudrait entreprendre de fournir aux tribunaux arbitraux confrontés à des procédures concurrentes des informations sur les outils disponibles, comme le suggère la section B ci-dessus. Cela pourrait obliger à élaborer plus avant certains principes de subsidiarité et d'abus de procédure.

49. À la quarante-neuvième session de la Commission, il a été dit que l'on pourrait fournir des exemples concrets de mécanismes ou de dispositions existant dans des traités d'investissement, ainsi que des modèles à suivre, complétant ainsi les travaux déjà menés par d'autres organisations<sup>25</sup>. La Commission voudra peut-être se demander s'il faudrait appeler l'attention des États sur les mécanismes disponibles dans les traités d'investissement, tels qu'ils sont brièvement décrits dans la section C ci-dessus, pour éviter que des procédures concurrentes ne surviennent en premier lieu ou pour limiter leurs incidences.

---

<sup>25</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et onzième session, Supplément n° 17 (A/71/17)*, par. 178 et 179.