Nations Unies A/CN.9/WG.III/WP.193

Assemblée générale

Distr. limitée
22 janvier 2020
Français
Original : anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement des différends entre investisseurs et États)
Trente-neuvième session
New York, 30 mars-3 avril 2020

Éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE)

Procédures multiples et demandes reconventionnelles

Note du Secrétariat

Table des matières

		Page
I.	Introduction	2
II.	Procédures multiples	2
	A. Généralités	2
	B. Mécanismes existants	3
	C. Questions à examiner	5
III.	Demandes reconventionnelles	8
	A. Mécanismes généraux et existants	8
	B. Questions à examiner	10

V.20-00604 (F)

Merci de recycler

I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a entrepris des travaux concernant une éventuelle réforme du règlement des différends entre investisseurs et États (RDIE), conformément au mandat que lui avait confié la Commission à sa cinquantième session, en 2017[1]. À ces sessions, il a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.

2. À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a établi un calendrier de projet pour l'étude des options de réforme, et a commencé à le mettre en œuvre[2]. Il a été convenu que sa trente-neuvième session serait consacrée à l'examen, entre autres, des procédures multiples, y compris des demandes reconventionnelles.

3. En conséquence, la présente note traite des procédures multiples et des demandes reconventionnelles, l'absence de cadre applicable en la matière ayant été jugée préoccupante, au point de justifier une réforme. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, elle a été établie sur la base d'un large éventail d'informations publiées sur le sujet[3] et ne cherche pas à exprimer un avis quant aux options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Procédures multiples

A. Généralités

4. Lors de ses délibérations sur l'uniformité, la cohérence, la prévisibilité et la rectitude des décisions des tribunaux tranchant des affaires de RDIE, le Groupe de travail a noté que la question des résultats divergents se posait de manière plus aiguë dans le cas de procédures multiples engagées au titre de traités d'investissement, de lois, d'instruments et d'accords qui prévoyaient un accès au RDIE (A/CN.9/935, par. 22). Il a été estimé que l'existence de procédures multiples entraînant des interprétations divergentes par les tribunaux tranchant des affaires de RDIE était l'une des raisons qui expliquaient le manque d'uniformité (A/CN.9/964, par. 42), que les procédures multiples avaient une incidence négative sur la durée et le coût d'ensemble des procédures, et allaient donc à l'encontre de l'économie des moyens judiciaires (A/CN.9/964, par. 45), et qu'elles pouvaient perturber l'équilibre des droits et intérêts des parties prenantes (A/CN.9/964, par. 42). Il a également été dit que les procédures

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément nº 17* (A/72/17), par. 263 et 264. Il est rendu compte des délibérations et décisions des trente-quatrième, trente-cinquième, trente-sixième et trente-septième sessions du Groupe de travail dans les documents A/CN.9/930/Rev.1 et additif, A/CN.9/935, A/CN.9/964 et A/CN.9/970, respectivement.

[2] Il est rendu compte des délibérations et décisions de la trente-huitième session du Groupe de travail dans le document A/CN.9/1004. Le document A/CN.9/WG.III/WP.166 donne une vue d'ensemble des options de réforme.

[3] Christoph Schreuer, « Multiple Proceedings », in Andrea Gattini, Attila Tanzi et Filippo Fontanelli (éd.), *General Principles of Law and International Investment Arbitration* (Brill Nijhoff, 2018), p. 152 à 167 ; Hanno Wehland, « The Regulation of Parallel Proceedings in Investor-State Disputes », *ICSID Review*, vol. 31, nº 3 (2016), p. 576 à 596 ; Gabrielle Kaufmann-Kohler, « Multiple Proceedings–New Challenges for the Settlement of Investment Disputes », in Arthur W. Rovine (éd.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (Brill Nijhoff, 2015), p. 3 à 12 ; José Antonio Rivas, « ICSID Treaty Counterclaims: Case Law and Treaty Evolution », in Jean E. Kalicki et Anna Joubin-Bret (éd.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (2015, Brill Nijhoff), p. 779 à 827 ; Andrea K. Bjorklund, « The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law », *Lewis & Clark Law Review 17* (2013), p. 461 à 464 ; Arnaud de Nanteuil, « Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers? », in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals 17* (2018), p. 374 à 392 ; et Jean E. Kalicki, « Counterclaims by States in Investment Arbitration », *IISD Investment Treaty News* (14 January 2013).

multiples nuisaient à la prévisibilité de manière générale et avaient des effets néfastes, en particulier pour les pays en développement (A/CN.9/964, par. 46). À l'issue des débats, le Groupe de travail a conclu qu'il était souhaitable que la CNUDCI mette au point des réformes pour répondre à ces préoccupations (A/CN.9/964, par. 53).

5. Les communications présentées par des États au sujet des options de réforme en vue de la troisième étape du mandat du Groupe de travail (les « communications ») soulèvent également des questions liées aux procédures multiples. Il est proposé, par exemple, d'élaborer des instruments de droit souple visant à dissuader les demandeurs de déposer la même demande auprès de différentes institutions arbitrales, judiciaires ou administratives[4]. Il est également proposé de regrouper les demandes multiples présentées en vertu d'un même traité, ce qui permettrait de gagner du temps et de réduire les frais, tout en garantissant qu'une seule décision soit rendue pour des affaires portant sur des faits similaires[5]. En outre, il a été estimé que la mise en place d'un mécanisme juridictionnel permanent offrirait un avantage significatif pour la gestion des demandes multiples[6].

6. En principe, deux cas de figure peuvent donner lieu à des procédures multiples. Dans le premier cas de figure, 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 publique en ce qui concerne le même investissement et la même mesure étatique, et pour la poursuite d'intérêts essentiellement identiques. Ces entités peuvent introduire leur demande auprès de différentes juridictions et en vertu de différentes sources de droit, mais cherchent au fond à obtenir la même réparation pour la même mesure, ce qui est susceptible de donner lieu à une indemnisation multiple[7]. 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. Par exemple, un changement de politique d'un État peut avoir des incidences sur un large éventail de contrats comprenant une clause de stabilisation conclus avec différents investisseurs. Si 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 décisions rendues par les différents tribunaux conduisent à des résultats divergents.

7. On trouvera ci-après un aperçu des mécanismes existants et des questions à examiner pour ce qui est du traitement des procédures multiples dans le contexte du RDIE. Il s'appuie sur les travaux que le Secrétariat a menés, en vue de leur examen par la Commission, sur le thème des procédures concurrentes, qui était inscrit au programme de travail de cette dernière depuis sa quarante-sixième session[8].

B. Mécanismes existants

8. Afin de prévenir l'ouverture de procédures multiples ou d'en limiter les incidences, les États ont prévu dans leurs traités d'investissement des mécanismes et outils divers, comme exposé ci-après (A/CN.9/964, par. 50).

Définition des investisseurs et de l'investissement

9. Les définitions des termes « investisseur » et « investissement » données dans les traités d'investissement déterminent quels investisseurs sont protégés et peuvent

[4] A/CN.9/WG.III/WP.174, communication présentée par le Gouvernement turc, p. 2.

[5] A/CN.9/WG.III/WP.161, communication présentée par le Gouvernement marocain, par. 9 ; A/CN.9/WG.III/WP.176, communication présentée par le Gouvernement sud-africain, par. 75.

[6] A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, communication présentée par l'Union européenne et ses États membres, par. 56.

[7] Il convient également de mentionner le document A/CN.9/WG.III/WP.170, qui porte sur les demandes présentées par des actionnaires et les pertes par ricochet.

[8] Les documents A/CN.9/848, A/CN.9/881 et A/CN.9/915 décrivent les causes et les incidences des procédures concurrentes, les principes et mécanismes existants pour le traitement des cas de procédures concurrentes dans l'arbitrage international et les travaux futurs possibles dans ce domaine.

poursuivre des États hôtes. 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[9].

10. Il existe différentes méthodes pour écarter certains investisseurs ou investissements de façon à limiter les possibilités de demandes multiples. L'une d'entre elles consiste à insérer une clause de refus d'avantages, qui énonce des critères d'activité commerciale substantielle et de propriété ou de contrôle[10].

Demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet

11. Les dispositions conventionnelles relatives aux demandes présentées par des actionnaires pour des pertes par ricochet précisent s'il est possible ou non d'introduire ce type de demandes et constituent donc un moyen de s'attaquer à une autre source de procédures multiples. Les dispositions de certains traités d'investissement définissent le niveau de participation indirecte requis pour qu'un actionnaire ait le droit d'engager une action conformément à ces traités (voir A/CN.9/WG.III/WP.170, par. 25 à 34).

Abus de procédure

12. Les dispositions conventionnelles interdisant les abus de procédure donnent aux tribunaux arbitraux les moyens de rejeter les demandes abusives et encouragent ainsi les investisseurs à s'entendre sur un for unique pour le règlement de leurs demandes[11]. En énonçant des critères clairs pour déterminer quelles sont les procédures multiples qui doivent être considérées comme abusives, les traités d'investissement limitent la possibilité de mener des procédures multiples et permettent aux parties aux litiges de bien comprendre ces situations.

Regroupement

13. Les traités d'investissement comprennent également des dispositions sur le regroupement de procédures[12]. Il en existe deux types. Les premières réaffirment la règle générale selon laquelle un regroupement est possible lorsque toutes les parties concernées y consentent, l'objectif étant d'appeler l'attention des parties au litige sur la possibilité de regroupement, sans nécessairement prévoir de mécanisme à cet effet. Les secondes précisent les circonstances dans lesquelles un regroupement est autorisé, par exemple dans le cas où les demandes portent sur une question de droit ou de fait commune et ont trait aux mêmes faits ou situations[13]. Ces clauses décrivent généralement un mécanisme très détaillé, que toute partie à un litige faisant l'objet de l'une des procédures en cours liées entre elles peut invoquer pour demander le regroupement des procédures. Cette demande déclenche un processus qui comprend l'établissement d'un tribunal de jonction[14].

---

[9] Rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde (2015), chap. IV, p. 143, 144 et 148.

[10] Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA), art. 1113-2 ; et Traité sur la Charte de l'énergie, art. 17-1.

[11] Traité bilatéral d'investissement Colombie-Royaume-Uni (2010), art. IX.12 ; et *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A.* c. *République du Pérou*, affaire CIRDI n° ARB/11/17, sentence (9 janvier 2015).

[12] Collection de la CNUCED consacrée aux problèmes relatifs aux accords internationaux d'investissement, II, 2014.

[13] ALÉNA, art. 1117-3 et 1126 ; Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM), art. 14.D.12 ; Accord de libre-échange entre l'Amérique centrale, la République dominicaine et les États-Unis (CAFTA-DR), art. 10.25 ; Accord économique et commercial global (CETA), art. 8.43 ; Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP), art. 9.28 ; et Accord de promotion du commerce États-Unis-Panama, art. 10.25.

[14] Pour ordonner le regroupement, les tribunaux arbitraux doivent avoir à l'esprit l'intérêt d'un règlement juste et efficace des demandes et entendre les avis des parties aux litiges (voir, par exemple, ACEUM, art. 14.D.12-6).

14. Le regroupement peut également s'effectuer en vertu d'un règlement d'arbitrage institutionnel applicable.

Mécanismes de coordination ou de concentration

15. Certains traités d'investissement prévoient des mécanismes de coordination ou de concentration. Ainsi, de nombreux traités récents exigent que le demandeur renonce ou mette fin à tout autre recours ou procédure, approche connue en anglais sous le nom de « no U-turn » (pas de volte-face). Les clauses dites d'option irrévocable (« fork-in-the-road ») offrent à l'investisseur la possibilité de choisir entre les tribunaux de l'État hôte et l'arbitrage international ; une fois ce choix effectué, il est définitif.

C. Questions à examiner

16. L'application des mécanismes susmentionnés peut toutefois être limitée (A/CN.9/964, par. 49), en particulier du fait que la majeure partie des traités d'investissement ne comportent pas de dispositions à cet effet (A/CN.9/964, par. 51). Une autre source de limitation réside, par exemple, dans le fait que le regroupement de procédures ne peut s'appliquer que si les litiges sont identiques (même parties, mêmes intérêts et même fondement juridique) et qu'il n'est généralement pas possible de regrouper des procédures ouvertes en vertu de règlements différents ou administrées par des institutions d'arbitrage différentes. Le consentement de toutes les parties, y compris de l'État défendeur, est nécessaire. Par ailleurs, il peut se révéler difficile de regrouper des demandes fondées sur des traités différents (ainsi que sur des contrats et sur le droit interne), car ces derniers peuvent prévoir des obligations de fond, des calendriers et des obligations procédurales différents (A/CN.9/964, par. 49). Toutefois, quelques traités très récents prévoient la possibilité de regrouper des procédures qui n'ont pas été ouvertes dans le cadre du même mécanisme de règlement des différends[15].

17. Compte tenu des avis selon lesquels le régime de RDIE existant ne prévoit pas de mécanismes appropriés pour répondre aux préoccupations exprimées au sujet des procédures multiples, le Groupe de travail voudra peut-être établir un cadre plus prévisible pour le traitement de ces procédures, ce qui serait dans l'intérêt des investisseurs et des États, et renforcerait l'efficacité procédurale, la fiabilité et la légitimité (A/CN.9/964, par. 48). Pour mettre au point des solutions pertinentes, il voudra peut-être accorder une attention particulière aux conséquences négatives des procédures multiples et aux problèmes récurrents, tels que le prononcé de décisions contradictoires et inconciliables (A/CN.9/964, par. 48), tout en tenant compte de l'autonomie des parties et de la nature consensuelle de l'arbitrage, ainsi que du droit d'accès à la justice (A/CN.9/964, par. 46 et 47).

---

[15] L'article 3.24-5 de l'Accord de protection des investissements entre l'Union européenne et Singapour prévoit ce qui suit : « La formation de jonction du tribunal procède comme suit : a) à moins que l'ensemble des parties au différend n'en conviennent autrement, lorsque tous les recours susceptibles d'être visés par l'ordonnance de jonction sollicitée ont été introduits en vertu du même mécanisme de règlement des différends, la formation de jonction se fonde sur le mécanisme en question ; b) si les recours susceptibles d'être visés par l'ordonnance de jonction sollicitée n'ont pas été introduits en vertu du même mécanisme de règlement des différends : i) les parties au différend peuvent s'entendre sur un mécanisme de règlement des différends mentionné à l'article 3.6 (Introduction d'un recours auprès du tribunal), qui s'applique aux instances jointes ; ou ii) si les parties au différend ne parviennent pas à s'entendre sur un même mécanisme de règlement des différends dans les 30 jours suivant la demande faite en application du paragraphe 3, le règlement d'arbitrage de la CNUDCI s'applique aux instances jointes ». L'article 14.D.12-8 de l'ACEUM prévoit que le tribunal de jonction « mène ses travaux conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, sous réserve des modifications (...) ».

1. Portée des travaux et définition des procédures multiples

18. Comme indiqué plus haut (voir par. 6 ci-dessus), diverses circonstances peuvent donner lieu à des procédures multiples, par exemple, la participation de multiples parties éventuellement situées dans des pays différents, l'existence de multiples motifs ou fondements juridiques sous-tendant les demandes, l'existence de plusieurs fors et l'absence de coordination entre fors concurrents.

19. Le Groupe de travail voudra peut-être établir une hypothèse de travail concernant la définition des procédures multiples, afin de circonscrire la portée de ses travaux[16]. Dans la mesure où toutes les procédures multiples ne sont pas source de problèmes, il voudra peut-être se concentrer sur celles qui nuisent davantage au RDIE, par exemple celles qui mettent un État dans l'obligation de se défendre contre plusieurs demandes concernant la même mesure, et éventuellement le même préjudice économique, ce qui entraîne des doubles emplois et des dépenses additionnelles, est source d'injustice procédurale et peut aboutir à des résultats contradictoires et à des indemnisations multiples (A/CN.9/964, par. 46). Le Groupe de travail voudra peut-être également se demander s'il souhaite élaborer uniquement des solutions pour le traitement des procédures multiples ouvertes en vertu de traités d'investissement (A/CN.9/964, par. 43).

2. Élaboration de mécanismes pour le traitement des procédures multiples

20. Le Groupe de travail voudra peut-être perfectionner les mécanismes visant à prévenir les procédures multiples ou à en limiter les incidences.

Jonction ou regroupement

21. Le Groupe de travail pourrait s'attacher à concevoir des mécanismes permettant la jonction de tiers et le regroupement des procédures multiples. Sous réserve d'une évaluation raisonnable de l'équité, de la régularité et de l'efficacité de la procédure, ces mécanismes peuvent être utiles pour limiter ou éviter les procédures multiples et promouvoir l'efficacité. Toutefois, ils doivent permettre aux institutions arbitrales qui administrent les procédures de coopérer entre elles, faute de quoi leur utilité serait limitée. En outre, dans la mesure où la jonction et le regroupement se fondent sur le consentement des parties, le Groupe de travail pourrait étudier les moyens de prendre en compte les éventuelles préoccupations des différentes parties concernées.

Interruption ou suspension de procédures

22. Un tribunal arbitral, dès lors qu'il est constitué et que sa compétence est établie, dispose de pouvoirs inhérents qu'il pourrait exercer pour prévenir les procédures multiples ou en limiter les incidences[17]. Dans certaines circonstances, il pourrait, par exemple, après s'être assuré de sa compétence, exercer son pouvoir discrétionnaire pour interrompre ou 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 des travaux d'autres tribunaux.

23. Le Groupe de travail pourrait élaborer une clause qui déterminerait les circonstances dans lesquelles un tribunal arbitral pourrait ou devrait interrompre ou suspendre la procédure dont il est chargé. Il pourrait également étudier la question de savoir si le tribunal, après avoir interrompu ou suspendu la procédure, devrait prendre dûment en considération la décision rendue dans l'autre for ou se justifier de tout écart par rapport à celle-ci.

---

[16] Il convient de préciser, par exemple, que les procédures multiples incluent les procédures concurrentes, parallèles et successives (A/CN.9/964, par. 43).

[17] *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited* c. *République arabe d'Égypte*, affaire CIRDI nº ARB/84/3, décision sur la compétence, 27 novembre 1985 (« [t]out tribunal a le pouvoir inhérent d'interrompre la procédure lorsque la justice l'exige, et la latitude du présent Tribunal d'en faire ainsi est établie par l'article 44 de la Convention »).

Abus de procédure

24. L'un des motifs sur lesquels un tribunal arbitral pourrait se fonder pour rejeter une demande est l'abus de procédure[18]. Dans le contexte de procédures multiples, 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 (ce qui constitue une tentative abusive d'acquisition d'un droit)[19]. Le principe d'abus de procédure permettrait à un tribunal arbitral de déterminer les situations dans lesquelles des procédures multiples sont acceptables et celles dans lesquelles elles ne le sont pas.

25. Le Groupe de travail pourrait s'attacher à préciser le principe d'abus de procédure et à indiquer la manière dont un tribunal arbitral pourrait déterminer les situations dans lesquelles il y a abus de procédure.

Mise en commun des informations et autres mécanismes de coordination

26. Le Groupe de travail pourrait s'employer à formuler, à l'intention des tribunaux arbitraux, des orientations sur les diverses initiatives qu'ils pourraient prendre pour mettre en commun leurs informations, ainsi que sur les limites de ces initiatives et les problèmes qui pourraient se poser, par exemple la survenue de conflits avec les obligations de confidentialité. Parmi les outils qui pourraient être mis en œuvre figurent, par exemple, la tenue d'audiences conjointes ou la présentation d'un jeu conjoint de preuves, le but étant d'éviter les retards inutiles, les coûts de réalisation de recherches redondantes et la présentation parallèle de communications écrites et orales.

Litispendance, autorité de la chose jugée et forum non conveniens

27. Le Groupe de travail pourrait également tâcher d'introduire dans le régime de RDIE les doctrines de la litispendance, de l'autorité de la chose jugée et du *forum non conveniens*.

28. Dans le contexte du contentieux interne, diverses doctrines visant à prévenir les procédures judiciaires multiples ou à en limiter les incidences ont été mises au point. Dans les systèmes de droit romain, par exemple, un tribunal appliquera la doctrine de la litispendance, c'est-à-dire que le tribunal saisi de la seconde instance suspendra probablement la procédure jusqu'à ce que le tribunal saisi de la première instance rende une décision. Dans les systèmes de *common law*, la doctrine du *stare decisis*, en vertu de laquelle les tribunaux sont tenus de se conformer aux précédents, et les recours que constituent le *forum non conveniens* et les injonctions antipoursuites, y compris les injonctions de non-exécution, peuvent être utilisés. Si l'une des deux procédures se conclut par un jugement, la doctrine de l'autorité de la chose jugée s'appliquera probablement.

29. Les travaux pourraient consister à donner aux tribunaux arbitraux des indications concernant les principes de litispendance et d'autorité de la chose jugée,

---

[18] *Phoenix Action, Ltd* c. *République tchèque*, affaire CIRCI nº ARB/06/5, sentence (15 avril 2009) ; *Renée Rose Levy et Gremcitel S.A.* c. *République du Pérou*, affaire CIRDI nº ARB/11/17, sentence (9 janvier 2015) ; et *Philip Morris Asia Limited* c. *Commonwealth d'Australie*, CNUDCI, affaire CPA nº 2012-12, sentence sur la compétence et la recevabilité (17 décembre 2015).

[19] *Pac Rim Cayman LLC* c. *République d'El Salvador*, affaire CIRDI nº ARB/09/12, décision sur les exceptions d'incompétence soulevées par le défendeur (1er juin 2012), par. 2.47 et 2.99 ; et *Philip Morris Asia Limited* c. *Commonwealth d'Australie*, affaire CPA nº 2012-12, sentence sur la compétence et la recevabilité (17 décembre 2015).

même si leur application pourrait être limitée[20]. Ces principes risquent de soulever des questions complexes, notamment parce que différentes lois applicables pourraient entrer en jeu (la loi du lieu de l'arbitrage précédent ; la loi du lieu de l'arbitrage suivant ; la loi régissant le fond du litige) et que sa portée pourrait varier d'un système juridique à l'autre.

Forme possible des travaux

30. Il faudrait envisager l'élaboration d'un cadre pour le traitement des procédures multiples en parallèle avec les autres options de réforme sur lesquelles se penche actuellement le Groupe de travail, par exemple celles concernant la garantie pour frais, les demandes abusives, les demandes reconventionnelles et les demandes présentées par des actionnaires, qui sont toutes de nature à limiter la survenue de procédures multiples. En outre, il faudrait examiner ce cadre conjointement avec le mécanisme de nomination (pour ce qui est des tribunaux de jonction), ainsi que dans l'optique, d'une part, d'un mécanisme d'appel et des options qui pourraient s'y substituer ou le compléter, et, d'autre part, de la création d'un tribunal multilatéral des investissements.

31. Le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir aux différents moyens de mettre en œuvre une réforme relative aux procédures multiples. Pour ce faire, il voudra peut-être envisager de formuler diverses clauses qui pourraient être insérées dans les traités d'investissement et les règlements d'arbitrage, ou dans un instrument multilatéral sur la réforme procédurale. Ces clauses pourraient avoir pour objet, par exemple : i) d'indiquer le niveau de participation indirecte requis pour qu'un investisseur ait le droit d'engager une action en vertu d'un traité d'investissement ; ii) d'interdire les demandes introduites par des investisseurs lorsque la société a elle-même formé un recours auprès d'une autre juridiction ; iii) d'autoriser un investisseur à former une demande uniquement si l'investisseur et la société locale retirent toute demande pendante et renoncent à leur droit de saisir une autre juridiction ; et iv) de limiter les possibilités de choix du for aux demandes qui n'ont encore été formées nulle part. Des dispositions sur le regroupement et la jonction (ou sur des procédures moins formelles visant à traiter des demandes liées entre elles) ou encore sur l'abus de procédure pourraient également être élaborées en vue de leur insertion dans les traités d'investissement ou les règlements d'arbitrage, ou dans un instrument multilatéral sur la réforme procédurale.

III. Demandes reconventionnelles

A. Mécanismes généraux et existants

32. Lors de l'examen des questions relatives aux demandes reconventionnelles introduites par l'État défendeur dans le cadre du RDIE, il a été généralement convenu que, dans les travaux qu'il pourrait mener, le Groupe de travail n'exclurait pas la possibilité que des demandes soient introduites à l'encontre d'un investisseur, lorsqu'il existait à cet effet un fondement juridique (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 3 à 7, et A/CN.9/970, par. 34 et 35). Il a également été noté qu'il importerait de tenir compte de ces considérations lorsque le Groupe de travail élaborerait des outils pour répondre aux autres préoccupations recensées, de façon qu'ils soient considérés comme légitimes par toutes les parties concernées (A/CN.9/970, par. 39).

[20] 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. Selon ces recommandations, 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 le caractère définitif de l'arbitrage commercial international, et 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).

33. Les communications soulèvent également des questions liées aux demandes reconventionnelles. La possibilité offerte à l'État hôte d'introduire une demande reconventionnelle si un investisseur ne respecte pas une ou plusieurs des obligations qui lui incombent en vertu du traité a été présenté comme l'une des principales innovations figurant dans un traité type[21]. Il a également été avancé que les États défendeurs devraient être autorisés à introduire des demandes reconventionnelles à l'encontre des investisseurs pour tout manquement à leurs obligations, afin de remédier au déséquilibre existant dans le mécanisme de RDIE[22].

34. Les règles de procédure applicables au RDIE prévoient généralement la possibilité pour le défendeur de présenter des demandes reconventionnelles pendant la procédure[23]. Des dispositions autorisant ce type de demandes ont également été insérées dans des traités d'investissement récents[24]. Le fait de permettre le traitement conjoint par le même tribunal des demandes reconventionnelles et de la demande initiale dans le cadre d'une même procédure pourrait avoir pour effet d'accroître l'efficacité procédurale et d'éviter la tenue dans différents fors de procédures multiples concernant les mêmes parties.

35. La préoccupation fondamentale est liée au fait que les traités d'investissement imposent des obligations aux États hôtes, tandis que les investisseurs ne sont soumis à aucune obligation ou à des obligations très limitées. Cette situation restreint la possibilité pour les États défendeurs d'introduire des demandes reconventionnelles à l'encontre des investisseurs demandeurs pour manquement aux obligations qui leur incombent en vertu des traités. De telles demandes peuvent également être présentées si les investisseurs ne respectent pas les obligations dont ils doivent s'acquitter au titre de contrats d'investissement (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 5), ou si leur comportement se traduit par une infraction ou un manquement aux lois et réglementations internes. Toutefois, en pareilles circonstances, les demandes introduites l'ont rarement été en tant que demandes reconventionnelles dans le cadre du RDIE fondé sur des traités ; les États ont plutôt saisi les tribunaux nationaux afin d'obtenir une réparation positive.

36. Un autre problème est celui de la recevabilité, qui est liée, d'une part, à la compétence du tribunal à connaître de la demande reconventionnelle et, d'autre part, à la source du consentement des investisseurs aux demandes reconventionnelles des États. Par exemple, l'article 46 de la Convention CIRDI prévoit que, sauf accord contraire des parties, les demandes reconventionnelles doivent : a) se rapporter directement à l'objet du différend ; b) être couvertes par le consentement des parties ; et c) relever par ailleurs de la compétence du CIRDI. Si les deux parties ont consenti à la tenue d'un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage du CIRDI, il se pose la question de savoir si le consentement de l'investisseur est suffisant pour signifier un consentement à une demande reconventionnelle ou s'il doit formuler à nouveau un consentement exprès. Cette question doit également être examinée à la lumière des termes précis employés dans les traités d'investissement concernant l'offre d'arbitrage de l'État hôte et les demandes qui peuvent être introduites, ainsi que de toute clause de résolution des litiges qui pourrait être énoncée dans le contrat d'investissement pertinent.

37. Les États défendeurs ont présenté des demandes reconventionnelles dans quelques affaires de RDIE. Les tribunaux en ont accepté certaines et rejeté d'autres,

---

[21] A/CN.9/WG.III/WP.161, communication présentée par le Gouvernement marocain, par. 9.

[22] A/CN.9/WG.III/WP.176, communication présentée par le Gouvernement sud-africain, par. 64 et 65.

[23] Convention CIRDI, article 46, et Règlement d'arbitrage du CIRDI, article 40 ; Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, article 21-3 ; Règlement d'arbitrage de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm, article 9-1 iii) ; et Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI), article 5.

[24] Par exemple, l'article 9.19-2 (Soumission d'une plainte à l'arbitrage) du PTPGP dispose que « (...) le défendeur peut soumettre une demande reconventionnelle relativement au fondement factuel et juridique de la plainte (...) ».

au motif qu'ils se considéraient incompétents ou jugeaient les demandes dépourvues de fondement[25].

B. Questions à examiner

38. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de concevoir un cadre pour permettre aux États d'introduire des demandes reconventionnelles au titre du RDIE, afin de renforcer la sécurité, de promouvoir l'équité et l'état de droit et, au bout du compte, d'assurer un équilibre entre États défendeurs et investisseurs demandeurs. La mise en place d'un tel cadre pourrait également avoir une incidence positive sur le coût et la durée des procédures, ainsi que sur un certain nombre d'autres questions procédurales (A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 5).

Fondements juridiques des demandes reconventionnelles et obligations des investisseurs

39. Les demandes reconventionnelles posent un problème particulier dans le contexte du RDIE, du fait que les traités d'investissement octroient généralement une protection aux investisseurs en imposant des obligations aux États, mais ne prévoient pas d'obligations réciproques pour les investisseurs. Par conséquent, les États ne disposent souvent pas du fondement juridique dont ils auraient besoin pour introduire une demande reconventionnelle à l'encontre de l'investisseur conformément au traité pertinent.

40. À sa trente-septième session, le Groupe de travail s'est penché sur des propositions ayant trait à la question de savoir si les obligations des investisseurs (en ce qui concernait, par exemple, les droits de la personne, l'environnement et la responsabilité sociale des entreprises) devaient faire l'objet d'un examen plus approfondi. Il a été noté que cette question était étroitement liée à celle de savoir si les États défendeurs seraient autorisés à présenter des demandes reconventionnelles (A/CN.9/970, par. 34)[26].

41. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élaborer des dispositions relatives aux obligations des investisseurs, que les États pourraient invoquer pour introduire des demandes reconventionnelles. Ces obligations pourraient concerner, par exemple, la protection des droits de la personne et de l'environnement, le respect du droit interne, les mesures de lutte contre la corruption et la promotion du développement durable[27]. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être réfléchir plus avant à la manière d'imposer de telles obligations dans les traités d'investissement, ainsi que dans les contrats pertinents ou dans les lois internes applicables à l'investissement étranger.

---

[25] Voir, par exemple : *Spyridon Roussalis* c. *Roumanie*, affaire CIRDI nº ARB/06/1 (7 décembre 2011), sentence, par. 859 à 877 ; *Antoine Goetz & Others et S.A. Affinage des Métaux* c. *République du Burundi*, affaire CIRDI nº ARB/01/2 (21 juin 2012), sentence, par. 267 à 287 ; *Hesham T. M. Al Warraq* c. *République d'Indonésie* (15 décembre 2014), sentence, par. 655 à 672 ; *Urbaser S.A. et Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa* c. *République argentine*, affaire CIRDI nº ARB/07/26 (8 décembre 2016), sentence, par. 1110 à 1221 ; *Rusoro Mining Ltd.* c. *République bolivarienne du Venezuela*, affaire CIRDI nº ARB(AF)/12/15 (22 août 2016), sentence, par. 618 à 629 ; *Oxus Gold plc* c. *République d'Ouzbékistan* (17 décembre 2015), sentence, par. 906 à 959 ; *Burlington Resources Inc.* c. *République de l'Équateur*, affaire CIRDI nº ARB/08/5 (7 février 2017), décision sur des demandes reconventionnelles ; et *Perenco Ecuador Ltd.* c. *République de l'Équateur*, affaire CIRDI nº ARB/08/6.

[26] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager la possibilité d'élargir le cadre autorisant les États défendeurs à présenter des demandes reconventionnelles de façon à permettre à des tiers d'introduire des demandes à l'encontre des investisseurs (A/CN.9/970, par. 34).

[27] Voir, par exemple : texte type du traité bilatéral d'investissement indien, art. 9 à 12 ; Accord d'investissement de la zone commune d'investissement du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA), art. 13 ; et modèle de traité bilatéral d'investissement type de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC), troisième partie.

42. Toutefois, le Groupe de travail voudra peut-être également tenir compte de l'avis selon lequel il ne devrait pas traiter cette question, dans la mesure où ses travaux devaient porter sur les aspects procéduraux du RDIE, et non sur les dispositions de fonds des traités d'investissement (A/CN.9/930/Rev.1, par. 20 ; A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, par. 4 ; et A/CN.9/970, par. 27).

Recevabilité des demandes reconventionnelles

43. Le Groupe de travail voudra peut-être se pencher plus avant sur la question de la recevabilité des demandes reconventionnelles devant les tribunaux tranchant des affaires de RDIE. Comme indiqué plus haut, si les règles de procédure prévoient la possibilité pour les États défendeurs de présenter des demandes reconventionnelles, la question de savoir si le tribunal était compétent pour connaître de ces demandes a souvent été posée. Pour y répondre, la démarche suivie a généralement consisté à examiner le consentement de l'investisseur demandeur et le lien entre la demande reconventionnelle et l'objet du litige.

44. Dans ce contexte, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'élaborer des clauses que les États pourraient utiliser pour formuler leur offre d'arbitrage dans les traités d'investissement, en les libellant dans des termes assez larges pour qu'elles couvrent toute demande reconventionnelle qu'un État pourrait introduire. Ce type de clauses pourrait réduire, voire éliminer l'incertitude quant au consentement des parties, ainsi que toute exigence relative à l'existence d'un lien avec l'objet du litige, que ce soit sur le plan factuel ou juridique. En complément de ces travaux, le Groupe de travail pourrait mettre au point, à l'intention des tribunaux, des critères concrets à appliquer pour déterminer leur compétence.

Forme possible des travaux

45. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier les différentes modalités de mise en œuvre des réformes visant à établir un cadre pour l'introduction de demandes reconventionnelles par les États défendeurs au titre du RDIE. Par exemple, des dispositions sur les obligations des investisseurs pourraient être incorporées dans les traités d'investissement. De manière analogue, des dispositions sur la possibilité d'introduire des demandes reconventionnelles et sur la recevabilité de ce type de demandes pourraient être énoncées expressément dans les traités d'investissement ou les règlements d'arbitrage, ou dans un instrument multilatéral sur la réforme procédurale. En outre, des orientations pourraient être données aux tribunaux arbitraux concernant la manière d'assurer un traitement uniforme des demandes reconventionnelles.