



Assemblée générale

Distr. générale
5 mai 2014
Français
Original: anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-septième session
New York, 7-18 juillet 2014

Travaux futurs prévus et travaux futurs possibles – Partie II

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. Affectation des ressources et hiérarchisation des activités (suite du document A/CN.9/807).....	57-72	2
B. Activités visant à faciliter l'adoption et l'utilisation des textes de la CNUDCI.....	57-72	2
V. Conclusions.....	73	5
Additif: Travaux futurs possibles dans le domaine de l'arbitrage – procédures concurrentes.....		7



IV. Affectation des ressources et hiérarchisation des activités (suite du document A/CN.9/807)

B. Activités visant à faciliter l'adoption et l'utilisation des textes de la CNUDCI

57. Les paragraphes suivants traitent de la fourniture d'une assistance technique, de la promotion d'une interprétation et d'une application uniformes des textes de la CNUDCI, de la coordination et de la coopération avec d'autres organismes compétents en vue de promouvoir et d'utiliser les textes de la CNUDCI et de la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international. Par souci de commodité, le terme générique "activités d'appui" sera employé ici pour désigner collectivement toutes ces activités. Le document A/CN.9/752 contient des informations plus détaillées sur les activités d'appui qui ont été réalisées ou qui sont en cours (par. 41 à 51).

58. Le rapport sur la coopération et l'assistance techniques dont la Commission sera saisie à sa quarante-septième session (document A/CN.9/818) résume les avantages de l'assistance technique, dont la plupart valent pour toutes les activités d'appui. Comme l'a noté la Commission, les activités d'appui sont un élément central de son mandat, qui vise à harmoniser le droit commercial international (pour plus d'informations, voir A/CN.9/752, par. 3). L'introduction du rapport susmentionné note que les activités d'appui ont été reconnues et approuvées par la Commission et l'Assemblée générale: cette dernière a également déclaré qu'elles représentaient une des priorités de la CNUDCI et a encouragé les mesures visant à faciliter ce travail (document A/CN.9/818, par. 1 et note de bas de page 1). La Commission voudra peut-être aussi se référer aux autres rapports énumérés au paragraphe 7 du document A/CN.9/807, qui rendent compte des activités d'appui menées depuis sa dernière session.

59. Le document A/CN.9/752 note également que la quasi-totalité de ces activités sont menées par le secrétariat (par. 4). Comme reconnu précédemment par la Commission (A/CN.9/774, par. 39 à 42, A/68/17, par. 307) et comme noté à plusieurs occasions dans les rapports mentionnés au paragraphe précédent, la demande de ces activités dépasse largement les ressources dont dispose le secrétariat pour y répondre.

60. En effet, à sa quarante-cinquième session, la Commission a noté qu'en raison de l'accent mis par la CNUDCI sur les activités législatives, le secrétariat manquait de personnel et de ressources pour les activités d'appui, notamment en rapport avec les textes existants, ainsi que des compétences nécessaires pour promouvoir certains textes de la CNUDCI (A/CN.9/752, par. 56 à 60, qui renvoie également au document A/66/17, par. 257). Si la Commission vise à accroître l'ensemble des activités législatives en recourant davantage à des méthodes de travail informelles, les ressources disponibles pour les activités d'appui risquent de diminuer encore, et les conséquences qui viennent d'être décrites pourraient encore s'aggraver.

61. Une solution pour atténuer ces risques, que la Commission voudra peut-être examiner, serait de revoir sa pratique, également mentionnée dans le document A/CN.9/752 (par. 56), qui consiste, dès l'adoption d'un texte législatif, à passer rapidement à un autre sujet en vue d'élaborer un nouveau texte législatif. En

autre, conformément à la proposition tendant à ménager dans certains cas une pause dans l'activité législative suivant des méthodes formelles (voir par. 39 du document A/CN.9/807), la Commission pourrait marquer un temps d'arrêt entre la finalisation d'un texte et le début de travaux sur un autre texte législatif. Il serait ainsi possible de consacrer du temps à la promotion d'un texte récemment achevé et à d'autres activités d'appui, par exemple pour définir la stratégie de promotion d'un texte et élaborer des documents promotionnels (A/CN.9/752, par. 62 c)). Cette pause pourrait également, comme indiqué aux paragraphes 40 à 45 du document A/CN.9/807, assurer un roulement plus régulier des sujets traités et des groupes de travail, avec les avantages potentiels mentionnés plus haut, et permettre à la CNUDCI d'opérer un bon équilibre entre l'élaboration de nouveaux textes et la gestion des textes existants (la nécessité d'un tel équilibre avait été mentionnée dans le document A/CN.9/752, par. 58).

62. La Commission pourrait néanmoins estimer qu'il ne restera pas suffisamment de ressources au secrétariat pour mener les activités d'appui nécessaires.

63. À cet égard, le document A/CN.9/752 met en lumière plusieurs questions dont la Commission voudra peut-être tenir compte pour améliorer l'utilisation des ressources existantes, notamment la nécessité:

a) De trouver des moyens plus efficaces pour mener les activités d'assistance technique, notamment en utilisant plus souvent la visioconférence, la formation en ligne et d'autres technologies de la communication, ainsi que d'autres outils permettant de promouvoir les textes (comme les guides pratiques), afin de réduire les déplacements des membres du secrétariat et les frais de voyage qui en découlent;

b) De donner à la Commission et aux États membres un rôle plus actif dans la fourniture de l'assistance technique;

c) De mener des activités de sensibilisation et d'améliorer la communication sur le mandat et les travaux de la CNUDCI auprès des décideurs chargés aux niveaux national et régional des questions de droit commercial, éventuellement par la création au sein de la Commission d'un comité chargé des activités d'appui ou de la planification stratégique; et

d) D'élaborer un programme d'assistance technique qui tienne compte des différents besoins des textes de la CNUDCI et, partant, des différentes stratégies de promotion de ces textes (A/CN.9/752, par. 59 à 62).

64. La Commission a également noté que la définition de priorités dans les domaines thématiques (qui vaudraient également pour les activités d'appui) permettrait au secrétariat de jouer un rôle plus proactif dans la conception et l'élaboration d'un programme sur l'assistance technique et les autres activités d'appui (A/CN.9/752, par. 56 à 58, qui renvoie au document A/66/17, par. 257).

65. De toute évidence, il est toutefois peu probable que le secrétariat dispose de ressources suffisantes pour exécuter un tel programme. La Commission se souviendra peut-être que la plupart des activités d'appui ne sont pas financées au titre du budget ordinaire (A/CN.9/775, par. 89). Compte tenu de cette situation, les documents A/CN.9/752 (par. 59 à 62 par exemple) et A/CN.9/774 (par. 43 et 44 par exemple) contiennent quelques suggestions pour accroître les ressources du secrétariat, à savoir notamment:

a) Accroître les partenariats stratégiques et les activités de coopération avec d'autres organismes compétents;

b) Mieux faire connaître les textes de la CNUDCI au sein du système des Nations Unies, de même qu'auprès des donateurs bilatéraux et multilatéraux et des États, et encourager ceux-ci ainsi que les organisations non gouvernementales à jouer un rôle plus important dans les activités d'appui; et

c) Tirer parti des groupes de travail et de la Commission pour recenser les compétences nécessaires, et libérer du temps lors des réunions de la CNUDCI afin d'examiner l'appui à fournir aux États pour appliquer et utiliser les textes de la CNUDCI.

66. La Commission jugera peut-être que des ressources supplémentaires, provenant de sources extérieures, seraient aussi nécessaires. Elle a été informée des contributions en nature ainsi que des contributions versées au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et au Fonds d'affectation spéciale pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI; ces ressources supplémentaires ne permettent toutefois pas de répondre aux besoins concernés (A/CN.9/775, par. 89 à 100). En sus de mobiliser des contributions supplémentaires, la Commission voudra peut-être demander au secrétariat de prévoir du temps et des ressources pour mettre au point un programme d'activités d'appui à moyen terme et rechercher des ressources externes afin de financer ce programme, et le prier de rendre compte des résultats obtenus à cet égard à sa prochaine session.

67. La Commission a pris note, à sa quarante-cinquième session, en 2012, de certaines propositions préliminaires susceptibles de définir les contours d'un programme d'activités d'appui qui suivrait ainsi une approche intégrée allant de l'élaboration d'un texte législatif à l'assistance technique et au suivi des textes adoptés (A/67/17, par. 230).

68. On trouvera ci-après une liste des éléments proposés à cette session et d'autres activités d'appui possibles:

a) Accueillir des conférences, des ateliers ou des séminaires, et diffuser des publications, afin de faire mieux connaître et comprendre les principaux instruments législatifs, notamment élaborer des guides pratiques à l'intention des juges;

b) Participer à des ateliers, conférences et séminaires se rapportant aux textes existants de la CNUDCI;

c) Officialiser le travail en réseau en créant une liste virtuelle de participants qui permettrait aux experts de "se rencontrer" et d'échanger des informations, et aiderait les États ayant besoin d'assistance à trouver des experts dans le domaine concerné;

d) Conclure des partenariats avec d'autres organismes compétents, comme ceux décrits ci-dessus, afin de les encourager à prévoir dans leurs principaux domaines d'action des activités d'appui en faveur des textes de la CNUDCI et mettre en avant le rôle que jouent ces derniers en aidant les États à développer le commerce extérieur et l'investissement étranger (A/67/17, par. 230); et

e) Faire en sorte que le secrétariat fournisse des conseils, une assistance et une formation sur les textes de la CNUDCI à un large éventail d'utilisateurs potentiels.

69. Il est clair que les ressources nécessaires pour mener à bien ces activités ne se limiteraient pas à l'affectation de personnel supplémentaire mais devraient être plus importantes, de manière à pouvoir financer la production de documents promotionnels et pédagogiques supplémentaires (y compris la mise à niveau du site Web de la CNUDCI qui est le principal moyen de diffusion des informations), le recrutement d'experts consultants et les frais de voyage aux fins des activités d'appui.

70. Les organismes donateurs exigeraient des indicateurs de succès pour les activités d'appui. À cet égard, la Commission voudra peut-être se demander si la simple adoption des textes de la CNUDCI ne serait pas un indicateur de succès trop limité et s'il pourrait être utile de mettre au point des moyens de démontrer l'utilisation desdits textes par les organismes donateurs et les États.

71. La Commission voudra peut-être aussi examiner si un programme d'activités d'appui, dans la mesure où il dispose de ressources suffisantes, permettrait également de garantir l'efficacité des méthodes de travail informelles, notamment pour maintenir les compétences acquises par le secrétariat et les experts dans les domaines thématiques et celles acquises par la participation à des groupes de travail. À cet égard, un programme d'activités d'appui pourrait également étayer les avantages potentiels d'une alternance entre les méthodes de travail formelles et les méthodes informelles, sans toutefois mettre en péril la préservation des compétences nécessaires.

72. Un élément essentiel d'un tel programme serait d'établir des partenariats avec d'autres organismes compétents, comme UNIDROIT et les banques multilatérales de développement, afin de définir des thèmes possibles sur lesquels des activités conjointes pourraient être menées. La Commission voudra peut-être examiner s'il convient de demander au secrétariat de se concerter avec ces organismes, dans le cadre de l'élaboration de ce programme, afin de définir de tels thèmes.

V. Conclusions

73. Compte tenu de tous ces éléments, la Commission est invitée à:

a) Déterminer les thèmes et les textes possibles sur lesquels des activités législatives devraient être entreprises selon des méthodes de travail formelles au cours de la période allant jusqu'à la prochaine session de la Commission, en 2015;

b) Répartir en conséquence les 12 semaines de temps de conférence dont disposent les groupes de travail, sous réserve du temps de conférence devant être consacré à des colloques et de toute autre recommandation concernant le temps de conférence alloué aux réunions de la CNUDCI et de ses groupes de travail (jusqu'à 16 semaines par an);

c) Déterminer la mesure dans laquelle des activités législatives devraient être entreprises selon des méthodes de travail informelles dans tel ou tel domaine

thématique et pour tel ou tel texte futur au cours de la période allant jusqu'à la prochaine session de la Commission, en 2015, le cas échéant;

d) Déterminer si du temps de conférence devrait être alloué à un ou plusieurs colloques au cours de cette période;

e) Déterminer les thèmes et les textes possibles sur lesquels il est prévu à titre provisoire d'entreprendre des activités législatives dans les trois à cinq ans qui suivront la quarante-septième session de la Commission, et indiquer la mesure dans laquelle ces activités seront menées à l'aide de méthodes formelles et/ou informelles;

f) Décider si le secrétariat devrait entreprendre d'élaborer un programme d'activités d'appui, et faire rapport à la Commission sur les progrès accomplis à sa quarante-huitième session; et

g) Soumettre à l'Assemblée générale, ou selon d'autres modalités, les recommandations concernant les ressources (notamment le temps de conférence, le personnel du secrétariat et d'autres questions) que la Commission jugera utiles.

ADDITIF

TRAVAUX FUTURS POSSIBLES DANS LE DOMAINE DE L'ARBITRAGE – PROCÉDURES CONCURRENTES

I. Introduction

1. À sa quarante-sixième session (Vienne, 8-26 juillet 2013), la Commission a examiné les travaux qui pourraient être recommandés dans le domaine de l'arbitrage international¹. Dans ce contexte, il a été dit 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. Il a été dit en particulier qu'il n'était pas rare qu'une procédure arbitrale soit engagée concernant un litige donné et que les parties concernées engagent une procédure parallèle pour demander, entièrement ou partiellement, les mêmes mesures. Il a été dit en outre que traiter le sujet des procédures concurrentes contribuerait à promouvoir une approche harmonisée et cohérente en matière d'arbitrage. Certaines délégations ont fait observer que la question des procédures concurrentes était actuellement en pleine évolution et qu'il serait prématuré à ce stade de développer une approche harmonisée². La Commission a été informée que l'Institut pour l'arbitrage international (IAI, Paris), le Centre de Genève pour le règlement des différends internationaux et le secrétariat avaient organisé conjointement une conférence sur ce thème le 22 novembre 2013, et que le secrétariat lui rendrait compte des questions mises en évidence lors de cette conférence³.

2. La présente note a pour objet de présenter brièvement les questions pratiques que soulèvent les procédures concurrentes dans l'arbitrage relatif aux investissements, telles qu'elles ont été présentées lors de la conférence susmentionnée⁴, et les moyens possibles de réduire le nombre de ces procédures. Elle ne porte pas sur les procédures parallèles dans les arbitrages commerciaux.

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

² *Ibid.*, par. 131.

³ A/CN.9/785, par. 18.

⁴ La présente note s'appuie sur les documents ci-après: *Concurrent Proceedings in Investment Disputes*, IAI Series n° 9 (E. Gaillard et D. Reich, dir., 2014); "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; "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", dans *The International Law of Investment Claims*, Zackary Douglas; "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; *Parallel Proceedings in International Arbitration*, Bernardo M. Cremades and Ignacio Madalena; "The coordination of Multiple Proceedings in Investment Arbitration", Hanno Wehland, Oxford International Arbitration Series.

II. Questions liées aux procédures concurrentes

A. Définition et types de procédures concurrentes

3. L'ouverture de procédures judiciaires multiples ou concurrentes liées à un investissement est perçue comme un problème croissant dans le domaine des litiges entre investisseurs et États.

4. Toutefois, il est intéressant de noter qu'il n'existe pas dans la pratique de définition universelle du terme "procédures concurrentes" et qu'en vue de travaux futurs possibles sur les problèmes que semblent poser ces procédures, il faudrait s'accorder sur une définition concrète de ce terme. Par procédures concurrentes, on entend dans la présente note des situations où plusieurs demandes sont formées à l'encontre d'un État en vertu d'un traité d'investissement, et où ces demandes font intervenir des parties ayant des liens étroits, indépendamment du lieu où elles se trouvent, et portent sur une ou plusieurs mesures prises par l'État, qui sont identiques ou sensiblement identiques. Il convient toutefois de noter que les fondements juridiques permettant de déterminer si des demandes formées contre un État sont des "procédures concurrentes" ne sont pas partout les mêmes. La présente note n'entend pas faire une analyse détaillée de cette question.

5. La complexité des structures multinationales, la structure des investissements eux-mêmes et la nature des relations contractuelles et conventionnelles entre les parties donnent lieu à différentes situations dans lesquelles peuvent survenir des procédures concurrentes. Plusieurs d'entre elles sont exposées ci-après (aux paragraphes 7 à 13).

6. Si le fait pour des investisseurs autonomes (et non des investisseurs ayant des liens entre eux) d'engager une procédure i) à l'encontre d'un même État, concernant la même mesure prise par ce dernier et en vertu des mêmes dispositions d'un traité d'investissement, ou ii) en vertu de différents traités d'investissement, concernant la même mesure, peut présenter des inconvénients similaires à ceux des procédures concurrentes strictement parlant (par exemple, manque d'uniformité dans la jurisprudence), ces types de procédures ne sont pas traitées dans la présente note.

Instruments différents: demandes contractuelles et demandes concernant un investissement en vertu d'un traité d'investissement

7. Plusieurs sources de droit différentes peuvent conférer des droits aux investisseurs et imposer des obligations aux États. Les obligations découlant des contrats et celles découlant des traités, par exemple, offrent des fondements distincts pour intenter une action quant au fond (les règles de droit matériel applicables étant dans ce cas souvent différentes), alors qu'une seule mesure prise par un État hôte peut donner lieu à la fois à une demande contractuelle et à une demande conventionnelle.

8. La violation d'un contrat entre un investisseur et un État peut aussi être un indice que le traité n'a pas été respecté et, dans certains cas, les clauses de respect des engagements contenues dans les traités d'investissement peuvent stipuler que la violation d'un contrat emporte violation du traité. Cependant, les deux ne sont pas nécessairement liées; une demande contractuelle et une demande conventionnelle concernant la même mesure peuvent être formées devant des foras différents en vertu

de règles de droit matériel différentes, même si les parties sont fondamentalement les mêmes et formulent essentiellement les mêmes prétentions.

Différents acteurs: l'investisseur comprend plusieurs entités ayant le droit d'ester en justice

9. Les investissements sont souvent structurés par l'intermédiaire de différentes personnes morales, dont plusieurs peuvent être en droit d'introduire une demande à l'encontre d'un État hôte.

10. Le droit d'ester en justice est invariablement établi dans l'arbitrage actuel en matière d'investissements lorsqu'il peut être montré qu'une mesure étatique porte préjudice aux actions d'une société locale. Les traités protègent généralement les actions en tant que "biens protégés"; c'est pourquoi on considère que même les actionnaires minoritaires d'une société locale peuvent prétendre à une protection contre la perte de valeur de leurs actions en vertu d'un traité d'investissement.

11. Il a également été estimé que la propriété indirecte de biens dans l'État d'accueil devrait être protégée par les traités d'investissement, de même que les actionnaires et les investisseurs indirects se trouvant plus loin dans la chaîne des sociétés.

12. D'autres traités donnent parfois une définition large du terme "investisseur", de sorte qu'une société constituée localement mais sous contrôle étranger ou une société constituée à l'étranger peut être considérée comme un investisseur, ce qui accroît le nombre d'entités ayant le droit d'ester en vertu d'un traité d'investissement donné.

13. Par conséquent, un certain nombre d'entités différentes au sein d'une même structure de sociétés peuvent avoir le droit d'ester en justice en ce qui concerne le même investissement et à l'encontre de la même mesure étatique, sous réserve qu'elles soient considérées comme des investisseurs en vertu d'un traité applicable.

B. Questions que soulèvent les procédures concurrentes

14. On estime généralement que les procédures concurrentes nuisent à la pratique des traités d'investissement et sapent de ce fait la confiance dans l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement.

15. Nombre des critiques formulées à l'égard des procédures parallèles ont trait à la violation possible des principes généraux de bonne foi et d'équité procédurale dans la pratique du droit international. Certaines de ces critiques sont présentées ci-après.

16. Premièrement, en cas de procédures parallèles, un État doit se défendre contre plusieurs demandes concernant la même mesure, et peut-être le même préjudice économique, ce qui entraîne un gaspillage de ressources et des dépenses inutiles.

17. Deuxièmement, il y a un risque d'indemnités multiples si des demandeurs appartenant au même groupe de sociétés, mais ayant des identités juridiques distinctes, engagent une procédure sur la base de ces identités distinctes pour exactement ou essentiellement le même dommage.

18. Troisièmement, comme pour les arbitrages commerciaux, des procédures concurrentes portant sur la même mesure étatique risquent de déboucher sur une jurisprudence incohérente ou contradictoire. Les procédures parallèles ont également été critiquées en raison des décisions incohérentes rendues sur les faits.

19. Du point de vue politique, on estime parfois que l'existence voire le simple risque de procédures concurrentes pourrait créer un certain mécontentement parmi les utilisateurs de l'arbitrage fondé sur des traités d'investissement et nuire plus généralement à la prévisibilité.

C. Travaux futurs possibles dans le domaine des procédures concurrentes

20. Un certain nombre d'options pourraient être envisagées pour harmoniser l'approche des parties au litige, des parties au traité ou des tribunaux arbitraux en matière de procédures concurrentes et réduire ainsi les incidences négatives que peuvent entraîner ces procédures. La Commission estimera peut-être que, pour obtenir des résultats efficaces, certaines options ci-dessous exigeraient une coopération étroite avec les institutions arbitrales actives dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements afin d'élaborer un éventuel instrument.

Orientations à l'intention des tribunaux arbitraux concernant le principe de litispendance (*lis pendens*) ou de l'autorité de la chose jugée (*res judicata*)

21. Une question à examiner pourrait être l'élaboration d'une norme ou d'orientations sur la possibilité de recourir aux notions d'autorité de la chose jugée ou de litispendance dans le cadre des différends entre investisseurs et États.

22. Alors qu'elle s'applique à la procédure judiciaire dans les systèmes de droit civil ou de *common law*, la notion de litispendance n'a généralement pas été appliquée à l'arbitrage international; un tribunal arbitral saisi en second lieu de la même affaire qu'un autre tribunal arbitral saisi précédemment a néanmoins la compétence exclusive conformément à la convention d'arbitrage qui lui confère cette compétence. Toutefois, la litispendance et l'autorité de la chose jugée sont des principes reconnus en droit international public et peuvent donc être mentionnées comme faisant partie de la *lex causae* d'un litige relatif à un investissement. Dans les affaires souvent citées *Lauder c. République tchèque et CME Republic BV c. République tchèque*, le tribunal a reconnu que des sentences contradictoires risquaient d'être rendues, et que la deuxième juridiction ou le deuxième tribunal amené à trancher pourrait tenir compte de la première décision pour évaluer le préjudice final.

23. Une règle sur la litispendance dans le cadre des actions au civil est énoncée au paragraphe 1 de l'article 27 du Règlement n° 44/2001 du Conseil ("Règlement de Bruxelles"), qui prévoit que: "[l]orsque 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 du tribunal premier saisi soit établie."

24. Dans le contexte de l'arbitrage fondé sur un traité d'investissement, il pourrait être difficile de déterminer ce que l'on entend par les "mêmes parties" aux fins de

cette règle. Le Règlement de Bruxelles (article 28) prévoit également une règle discrétionnaire en cas “de demandes connexes”: “1. Lorsque des demandes connexes sont pendantes devant les tribunaux d’États membres différents, la juridiction première saisie peut surseoir à statuer. 2. Lorsque ces demandes sont pendantes au premier degré, la juridiction saisie en second lieu peut également se dessaisir, à la demande de l’une des parties, à condition que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des demandes en question et que sa loi permette leur jonction. 3. Sont connexes, au sens du présent article, 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.”

25. On pourrait dans ce contexte se demander notamment: i) si l’élaboration d’orientations en vue d’une règle sur la litispendance dans des procédures identiques ou connexes liées à un investissement permettrait d’harmoniser la pratique internationale et de réduire le nombre de procédures parallèles dans les arbitrages en matière d’investissement; ii) quelle forme ces orientations pourraient prendre, et en particulier si une norme devrait figurer dans le traité d’investissement sous-jacent; et iii) si une telle norme peut être appliquée entre les procédures engagées au niveau national et les procédures d’arbitrage en matière d’investissement. La suspension d’une procédure engagée en second lieu tant qu’une procédure connexe est pendante dans un autre for peut aussi être un moyen de remédier aux difficultés découlant de procédures concurrentes et devrait sans doute davantage être considérée comme une question de courtoisie judiciaire (voir ci-après).

26. On pourrait examiner si des orientations ou une définition des expressions “mêmes parties” ou “procédures connexes” seraient en tout état de cause utiles pour établir une norme harmonisée sur les procédures concurrentes.

Jonction d’instances

27. Une autre question à examiner plus avant qui pourrait être utile pour réduire le nombre de procédures parallèles, mais qui soulève des difficultés juridiques et logistiques intrinsèques, est l’incorporation de dispositions sur la jonction d’instances dans le texte d’un traité ou dans un règlement d’arbitrage. Ces dispositions serviraient de fondement juridique à cette jonction.

28. À titre d’exemple, le traité bilatéral type relatif aux investissements élaboré par les États-Unis (2004) prévoit la possibilité de demander la jonction lorsque “deux demandes ou plus ... portent sur une question de droit ou un fait commun et ont pour origine les mêmes événements et circonstances...”. Il existe d’autres solutions, comme celle envisagée, à l’OCDE, par le Groupe de négociation de l’Accord multilatéral sur l’investissement (AMI, négocié de 1995 à 1998, puis abandonné), dont le texte prévoyait la possibilité d’une jonction des procédures multiples (article 9). Dans cet accord, il avait été suggéré qu’un tribunal arbitral constitué séparément soit autorisé à déterminer s’il convient de regrouper tout ou partie des procédures multiples.

29. Parmi les questions à examiner en vue de mettre au point un régime de jonction d’instances figurent notamment celles du consentement des parties à la jonction, de la nature de la décision de joindre les procédures lorsqu’elle est prise

par un tribunal arbitral, des garanties d'une procédure régulière et de la jonction dans le cas d'arbitrages parallèles fondés sur des traités différents.

Coordination et échange d'informations entre les tribunaux arbitraux

30. La courtoisie internationale judiciaire est un autre domaine qui peut offrir un mécanisme de coordination des procédures multiples. Une question à examiner pourrait être de savoir si les textes existants de la CNUDCI, comme la Loi type sur l'insolvabilité internationale (New York, 1997) (la "Loi type sur l'insolvabilité"), qui prévoit une coopération en cas de procédures d'insolvabilité concurrentes, pourraient servir de modèle pour un texte législatif dans le domaine de l'arbitrage relatif aux investissements.

31. La Loi type sur l'insolvabilité prévoit la coopération et la communication directe entre les tribunaux de différents pays ou entre les tribunaux et les institutions administrant le redressement ou la liquidation dans différents pays, en cas de procédures concurrentes visant le même débiteur (art. 25 et 26); des règles régissant l'ouverture d'une procédure locale à l'encontre du même débiteur lorsqu'une procédure étrangère a déjà été ouverte (article 28); des règles régissant la coordination de procédures concurrentes, en particulier pour l'octroi de mesures (articles 29 et 30); des règles pour éviter le double remboursement lorsque des procédures concurrentes engagées à l'encontre du même débiteur se déroulent dans différents pays (article 32); et une présomption factuelle fondamentale selon laquelle l'existence d'une procédure étrangère à l'égard de ce débiteur atteste que celui-ci est insolvable, jusqu'à la preuve du contraire (article 31). La Loi type sur l'insolvabilité part du principe que le même débiteur fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité dans plusieurs pays. Il convient également de mentionner le Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale, qui fournit des informations aux praticiens de l'insolvabilité et aux juges sur les aspects pratiques de la coopération et de la communication dans les affaires d'insolvabilité internationale. Il montre comment la coopération internationale, en particulier l'utilisation d'accords d'insolvabilité internationale adaptés aux besoins de chaque espèce et aux exigences du droit applicable, peut aider à résoudre les problèmes et les conflits qui risquent de surgir dans ces affaires.

Définition de l'investisseur; limiter les parties ayant le droit d'ester en justice

32. Selon certains commentateurs, les traités d'investissement devraient énoncer clairement le niveau de participation indirecte requis pour qu'un actionnaire ait le droit d'ester conformément à un traité d'investissement, et cette précision pourrait être utile pour réduire le nombre de procédures parallèles lorsque les mêmes parties (ayant des liens par voie de contrôle) engagent des procédures en vertu de différents traités concernant la même mesure étatique.

33. On pourrait examiner notamment s'il serait possible de formuler des orientations pour établir une norme harmonisée sur la nationalité des sociétés ou pour élaborer des clauses types afin que les traités d'investissement précisent quel investisseur a le droit d'ester en justice.

34. Dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le "Guide sur l'insolvabilité"), il est noté que la mesure dans laquelle la loi permet la levée du voile social varie d'un pays à l'autre, mais que les lois sur l'insolvabilité

règlent souvent les questions de dettes intragroupe dans le cadre des groupes de sociétés en se fondant sur le rapport existant entre la société insolvable et les sociétés apparentées du groupe tant au niveau de l'actionnariat qu'à celui du contrôle de la gestion (voir troisième partie, chapitre I, par. 26 à 30). Il indique qu'une solution autre que la réglementation directe des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité pourrait être, par exemple, de donner dans la loi pertinente une définition suffisante pour permettre l'application aux groupes de sociétés de dispositions telles que celles relatives au déclassement qui s'appliquent aux personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur.

III. Conclusions

35. La Commission voudra peut-être se demander si elle devrait tenir un colloque afin d'examiner plus avant les points évoqués dans la présente note, et notamment:

- La définition des différentes questions en jeu et le fait de savoir si ces questions peuvent être traitées au niveau multilatéral;
- Les questions qui devront être traitées dans un éventuel instrument régissant les procédures concurrentes;
- La ou les formes que cet ou ces instruments pourraient prendre;
- Les acteurs qui devront participer à l'élaboration des solutions possibles à cet égard.