



Le cautionnement pour frais

Séries des bonnes pratiques de l'IISD - Octobre 2018



© 2018 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable

l'Institut international du développement durable

L'Institut international du développement durable (IISD) est un groupe de réflexion indépendant qui défend des solutions durables aux problèmes du XXI^e siècle. Notre mission est de promouvoir le développement humain et la durabilité environnementale. Nous le faisons par le biais de travaux de recherche, d'analyses et d'acquisition de savoirs qui soutiennent l'élaboration de politiques pertinentes. Notre vision globale nous permet d'aborder les causes profondes de certains des plus grands problèmes auxquels notre planète est confrontée aujourd'hui : la destruction de l'environnement, l'exclusion sociale, les lois et les règles économiques injustes, le changement climatique. Le personnel de l'IISD, qui représente plus de 120 personnes, plus de 50 associés et une centaine de consultants, vient du monde entier et de nombreuses disciplines. Notre travail a un impact sur la vie des habitants de près de 100 pays. Avec une démarche autant scientifique que stratégique, l'IIDD apporte les connaissances qui sont nécessaires à l'action.

L'IISD est un organisme de bienfaisance enregistré au Canada, qui possède le statut 501(c)(3) aux États-Unis. L'IISD bénéficie d'un soutien opérationnel important de la province du Manitoba et de financements de projets provenant de nombreux gouvernements canadiens et étrangers, d'organismes des Nations Unies, de fondations, du secteur privé et de particuliers.

Le cautionnement pour frais

Séries des bonnes pratiques de l'IISD – Octobre 2018

Écrit par Sarah Brewin

Édité par Nathalie Bernasconi-Osterwalder

Winnipeg, Canada (siège)

111, avenue Lombard,
Bureau 325
Winnipeg (Manitoba)
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Fax: +1 (204) 958-7710

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news

@IISD_ELP



Table des matières

1.0 Introduction	1
1.1 Les États peuvent souhaiter le cautionnement des frais par l'investisseur pour les raisons suivantes :	1
1.2 À quels obstacles les États sont-ils confrontés dans l'obtention d'un cautionnement pour frais ?	2
2.0 Le cautionnement pour frais en vertu des règles d'arbitrage	2
3.0 Le cautionnement pour frais en vertu des traités	3
4.0 Jurisprudence en matière de cautionnement pour frais.....	4
4.1 Absence de « droit » au remboursement des frais	4
4.2 Circonstances « extrêmes » ou « exceptionnelles ».....	4
4.3 Investisseur insolvable	5
4.4 Pertinence du financement par des tierces parties	5
4.5 Affaires dans lesquelles le cautionnement pour frais a été accordé	5
5.0 Conclusions et recommandations	6
5.1 Nécessité de renforcer les dispositions relatives au cautionnement pour frais dans les traités.....	6
5.2 Proposition de formulations à intégrer dans les traités concernant le cautionnement pour frais.....	7

Acronymes

TBI	Traité bilatéral d'investissement
ALE	Accord de libre-échange
CCI	Chambre de commerce internationale
RDIE	Règlement des différends investisseur-État
PTCI	Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international



1.0 Introduction

Le cautionnement pour frais fait l'objet d'une attention croissante dans le règlement des différends investisseur-État (RDIE). En effet, les gouvernements cherchent des moyens de gérer les coûts de leur défense dans les cas RDIE, qui pèsent lourdement sur leurs contribuables. Le cautionnement pour frais résulte d'une décision du tribunal, qui impose à l'investisseur ayant intenté l'action de constituer un dépôt destiné à couvrir les frais prévisionnels à supporter par l'État pour sa défense. Le cautionnement pour frais suscite une attention croissante des observateurs, partiellement en raison d'un changement d'approche des tribunaux : ceux-ci ont délaissé la traditionnelle approche par défaut du « chacun pour soi », c'est-à-dire le paiement par chaque partie de ses propres frais quelle que soit l'issue de la procédure. Il est désormais plus courant d'ordonner à la partie déboutée de payer les frais de la partie gagnante¹. Le cautionnement pour frais suscite également une attention croissante en raison du recours de plus en plus fréquent au financement par une tierce partie (FTP) dans le cadre du RDIE. Le FTP consiste, pour un investisseur, à faire payer les frais d'une action en justice par une entreprise pour laquelle l'issue de ladite action présente un intérêt potentiel². Une tierce partie qui finance une procédure d'arbitrage n'étant pas partie au différend, il n'est pas possible de lui ordonner le paiement des frais encourus par l'État.

1.1 Les États peuvent souhaiter le cautionnement des frais par l'investisseur pour les raisons suivantes :

Les États peuvent souhaiter le cautionnement des frais par l'investisseur pour les raisons suivantes :

- Le coût de la défense dans le cadre du RDIE est très élevé. Un gouvernement peut donc souhaiter une garantie lui permettant de ne pas dépenser l'argent du contribuable pour se défendre face à des demandes infondées. Selon les estimations, le coût moyen d'une telle défense s'élève à 8 Mio USD³ et peut parfois être bien plus élevé. À titre d'exemple, les Philippines ont consacré 58 Mio USD à leur défense dans le cadre de deux actions intentées par un investisseur allemand⁴, tandis que l'Australie a dû déboursier 39 Mio USD pour sa défense dans une procédure intentée par l'entreprise de tabac Philip Morris⁵.
- Un gouvernement peut souhaiter recourir au cautionnement pour frais afin de décourager les actions spéculatives ou futiles. Un investisseur sans scrupule qui intente une action en dépit d'un dossier peu solide simplement pour obtenir un règlement à l'amiable à son avantage, choisira en effet plutôt d'abandonner la plainte que de constituer un cautionnement pour frais.
- Un gouvernement peut aussi souhaiter se prémunir contre le risque que l'investisseur se déclare en faillite ou disparaisse de la de la juridiction concernée, avant d'avoir répondu à une condamnation aux dépens. De ce point de vue, le cautionnement pour frais contribue à rééquilibrer la donne en faveur des États, qui ne peuvent introduire une demande de RDIE à l'encontre d'un investisseur, ni se déclarer en faillite, céder des actifs ou se soustraire à une juridiction de la même façon qu'un investisseur.

¹ Une étude menée en 2017 par le cabinet juridique Allen & Overy et intitulée « *Investment treaty arbitration: Cost, duration and size of claims all show steady increase* » conclut que les parties gagnantes peuvent récupérer les frais encourus dans 72 % des cas pour les arbitrages régis par le règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) et dans 61 % des cas pour les arbitrages administrés par le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Allen & Overy, 14 décembre 2017. Voir <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/Investment-Treaty-Arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase.aspx>

² Les problématiques plus larges liées au financement par une tierce partie ne sont pas abordées ici.

³ Organisation de coopération et de développement économiques. (2012) Règlement des différends investisseur-État. Consultation publique : 16 mai - 23 juillet 2012, p. 19.

⁴ C. Olivet et P. Eberhardt (2012). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Bruxelles : Transnational Institute, p. 27.

⁵ G. Hutchens et C. Knaus (1er juillet 2018). Revealed: \$39m cost of defending Australia's tobacco plain packaging laws. *The Guardian Australia*. Voir <https://www.theguardian.com/business/2018/jul/02/revealed-39m-cost-of-defending-australias-tobacco-plain-packaging-laws>



- Lorsqu'une action est financée par une tierce partie, un gouvernement est en droit de craindre une requête spéculative ou futile⁶, ou encore une position financière délicate de l'investisseur nécessitant un tel appui, et par conséquent son incapacité potentielle à honorer un jugement le condamnant aux dépens. Cela est particulièrement vrai lorsque la tierce partie en question financent l'action mais ne s'engagent pas à honorer l'attribution des dépens à l'investisseur – une situation décrite comme un « délit de fuite post arbitrage (Hit and run arbitration) »⁷.

1.2 À quels obstacles les États sont-ils confrontés dans l'obtention d'un cautionnement pour frais ?

Malgré les raisons justifiées des États de demander un cautionnement pour frais, ils l'ont jusqu'ici rarement fait dans la pratique et nous n'avons connaissance que de deux cas d'octroi d'un tel cautionnement à ce jour. Ceci est dû à la rareté des dispositions couvrant le cautionnement pour frais dans les règles d'arbitrage et les traités : les tribunaux ont donc eu toute liberté de placer la barre extrêmement haut pour pouvoir l'obtenir.

2.0 Le cautionnement pour frais en vertu des règles d'arbitrage

Il est largement accepté que le pouvoir d'un tribunal d'ordonner un cautionnement pour frais découle implicitement des règles d'arbitrage applicables au RDIE, notamment les règles du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), de la CNUDCI et de la Chambre de commerce internationale (CCI)⁸. Ces règles autorisent un tribunal à prendre des mesures conservatoires ou provisoires afin de préserver les droits des parties⁹. Les règles d'arbitrage des centres internationaux d'arbitrage de Londres et Singapour¹⁰ permettent de plus expressément au tribunal d'ordonner un cautionnement pour frais. Néanmoins, aucune de ces règles ne définit les principes à appliquer par le tribunal ni les facteurs à prendre en compte lors de l'examen d'une demande de cautionnement pour frais¹¹. Il n'existe par ailleurs aucune règle d'arbitrage expliquant comment prendre en compte l'existence d'un financement par des tierces parties en cas de demande d'un cautionnement pour frais¹².

⁶ Certains considèrent que la structure asymétrique du régime des traités d'investissement, l'absence d'obligation pour les arbitres de respecter la jurisprudence en matière de RDIE, et l'incohérence et l'imprévisibilité des décisions arbitrales qui en résultent favorisent le financement des demandes spéculatives ou futiles par des tierces parties. Voir par exemple F. Garcia (30 juillet 2018). *The case against third party funding in investment arbitration*. *IISD Investment Treaty News*; Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) et groupe de travail Queen Mary (17 octobre 2017). *Third-Party funding in investor-state dispute settlement*. Draft report for public discussion. Table ronde du groupe de travail Queen Mary du Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) sur le financement par une tierce partie dans l'arbitrage international.

⁷ Par exemple, Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC contre l'État plurinational de Bolivie, CNUDCI, affaire CPA n° 2011-17, ordonnance de procédure n° 14, 11 mars 2013, alinéa 3.

⁸ CIRDI : pouvoir d'ordre général conféré par l'article 47 de la convention du CIRDI, à lire en parallèle avec la règle d'arbitrage 39 (Mesures provisoires). CNUDCI : pouvoir d'ordre général conféré par l'article 26 (Mesures provisoires). CCI : règle 28 (Mesures conservatoires et provisoires).

⁹ Groupe de travail Queen Mary du Conseil international pour l'arbitrage commercial (ICCA) sur le financement par une tierce partie dans l'arbitrage international (17 octobre 2017). *Third-party funding in Investor-state dispute settlement*. Voir <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/11/Third-Party-Funding-in-ISDS-Roundtable-Outcome-Document-FINAL-2.pdf>, p. 169 (« The Queen Mary Report »).

¹⁰ Voir respectivement les règles 25.2 et 27(j) (<http://www.siac.org.sg/our-rules/rules/siac-rules-2016>).

¹¹ C. Parker, E. Wong, G. Satryani et E. Kantor (1er février 2017). *A global perspective on availability of security for costs and claim in international arbitration: Mirage or oasis? Herbert Smith Freehills*. Voir <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/a-global-perspective-on-availability-of-security-for-costs-and-claim-in>

¹² The Queen Mary Report.



3.0 Le cautionnement pour frais en vertu des traités

Plus récemment, les États ont conclu des traités bilatéraux d'investissement (TBI) et des accords de libre-échange (ALE) avec un chapitre sur l'investissement qui stipulent explicitement le pouvoir d'un tribunal d'ordonner un cautionnement pour frais. Certaines de ces dispositions guident les tribunaux quant aux éléments justifiant d'accéder à une demande de cautionnement pour frais. Par exemple, en vertu du chapitre sur les investissements de l'ALE UE-Vietnam, le tribunal peut ordonner à un investisseur de constituer un cautionnement pour frais «lorsqu'il existe des éléments permettant raisonnablement de considérer que le demandeur risque de ne pas pouvoir honorer une potentielle condamnation aux dépens¹³».

Le TBI conclu entre l'Iran et la Slovaquie dispose «qu'un tribunal peut ordonner un cautionnement pour frais lorsqu'il considère qu'il existe raisonnablement un doute quant à la capacité du demandeur d'honorer une condamnation aux des dépens, ou lorsque le tribunal juge un tel cautionnement nécessaire pour d'autres motifs¹⁴. Selon la formulation proposée par l'UE dans le cadre du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI), un tribunal peut ordonner un cautionnement pour frais «lorsqu'il existe des éléments permettant raisonnablement de considérer que le demandeur risque de ne pas pouvoir honorer une condamnation potentielle aux dépens¹⁵».

Le modèle de TBI tchèque adopté en 2016 se montre le plus précis, en stipulant que «le tribunal d'arbitrage envisagera tout particulièrement un cautionnement pour frais lorsqu'il existe des raisons de croire :

- (a) que l'investisseur ne sera pas en mesure, en cas de condamnation aux dépens, de payer une part raisonnable des honoraires d'avocats et autres frais à la Partie contractante qui est partie au différend; ou
- (b) que l'investisseur a cédé des actifs dans le but d'éluder les conséquences de la procédure d'arbitrage¹⁶.

Les formulations du modèle de TBI tchèque et du PTCI de l'UE indiquent toutes deux la marche à suivre au tribunal lorsque l'investisseur ne constitue pas le cautionnement pour frais ordonné : la formulation de l'UE est que le tribunal *peut* clore la procédure, tandis que le modèle tchèque stipule que le tribunal *clora* la procédure. Aucune de ces dispositions ne couvre la problématique du financement par une tierce partie et sa prise en compte dans une décision de cautionnement pour frais.

Les dispositions spécifiques récemment adoptées concernant le cautionnement pour frais n'ont jusqu'ici pas été appliquées dans le cadre de procédures d'arbitrage. La jurisprudence repose par conséquent sur les traités d'investissement, qui passent le cautionnement pour frais sous silence. Ce manque d'encadrement tant par les règles d'arbitrage que par les traités a laissé toute liberté aux tribunaux d'arbitrage de développer leurs propres critères afin de déterminer les circonstances dans lesquelles un cautionnement pour frais devrait être ordonné. Cela a engendré des incohérences et des incertitudes, et dans de nombreux cas, l'application de critères extrêmement stricts pour l'octroi d'un cautionnement pour frais.

¹³ Article 22 de l'ALE UE-Vietnam, consultable ici : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3563>. Traduction non officielle.

¹⁴ Accord entre la République de Slovaquie et la République Islamique d'Iran pour la promotion et la protection réciproques des investissements. Voir <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3601>. Traduction non officielle.

¹⁵ Article 21 de la proposition de l'Union européenne pour le chapitre II (Investissements) du Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (voir http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/92123/TTIP_investment.pdf).

¹⁶ Modèle tchèque 2016 de traité bilatéral d'investissement 2016, disponible ici : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5407>.



4.0 Jurisprudence en matière de cautionnement pour frais

À ce jour, la jurisprudence en matière de cautionnement pour frais repose sur les règles d'arbitrage et les traités, qui passent généralement cette question sous silence. Dans l'exercice de leurs prérogatives, les tribunaux d'arbitrage se sont le plus souvent montrés très réticents à ordonner un cautionnement pour frais. Certains tribunaux vont même jusqu'à réfuter qu'un cautionnement pour frais puisse être ordonné à titre de mesure provisoire. Ils appliquent pour la plupart des critères extrêmement stricts pour l'octroi d'un cautionnement pour frais et ne considèrent ni la position financière de l'investisseur ni le recours au financement par une tierce partie comme des éléments pertinents. Nous résumons ci-dessous quatre des principes appliqués par les tribunaux en matière de cautionnement pour frais.

4.1 Absence de « droit » au remboursement des frais

La première demande connue de cautionnement pour frais remonte à 1999, dans le cadre de l'affaire *Maffezini contre l'Espagne*¹⁷. Dans ce dossier, l'Espagne avait introduit une demande de mesure provisoire ordonnant au demandeur de constituer un cautionnement pour frais en faveur de celle-ci. En vertu des règles d'arbitrage du CIRDI, le tribunal a jugé la demande irrecevable en tant que mesure provisoire, arguant que les mesures provisoires sont utilisées pour préserver les droits d'une partie mais qu'un État n'a pas droit au remboursement des frais. Le remboursement des frais ne devant intervenir que (i) si l'investisseur était débouté et (ii) si le tribunal attribuait condamner ce dernier aux dépens, ledit remboursement a été jugé trop hypothétique pour être considéré comme un « droit ». Certains tribunaux¹⁸ ont confirmé cet argumentaire, d'autres considérant toutefois que les mesures provisoires peuvent protéger des droits éventuels tels que le droit au remboursement des frais¹⁹.

4.2 Circonstances « extrêmes » ou « exceptionnelles »

Même dans les cas où des tribunaux ont jugé que le droit au remboursement des frais pouvait être protégé par une mesure préliminaire, ceux-ci ont néanmoins refusé d'ordonner un cautionnement pour frais lorsqu'ils considéraient que les circonstances ne le justifiaient pas. Les tribunaux ont systématiquement appliqué des critères extrêmement stricts afin d'évaluer les circonstances nécessitant un cautionnement pour frais, jugeant :

- qu'une affaire justifiant un cautionnement pour frais doit présenter un caractère « extrême » et comporter un risque de « préjudice irréparable » pour des « intérêts essentiels »²⁰;
- que le cautionnement pour frais est une « mesure extraordinaire qui ne doit pas être accordée à la légère »²¹ et « demeure exceptionnelle et très rare »²²; et
- que seules « des circonstances extrêmes, par exemple, des preuves d'abus ou de malversations graves », ou encore des agissements qui « menacent l'intégrité de la procédure » ou indiquent une mauvaise foi, peuvent justifier un cautionnement pour frais²³.

¹⁷ Emilio Agustín Maffezini c. le Royaume d'Espagne, affaires CIRDI n° ARB/97/7.

¹⁸ Par exemple, Lao Holdings N.V. c. la République démocratique populaire lao, affaire CIRDI n° ARB(AF)/12/6, ordonnance de procédure n° 11, 28 juin 2018; Valle Verde Sociedad Financiera S.L. c. la République bolivarienne du Venezuela, affaire CIRDI n° ARB/12/18.

¹⁹ Par exemple, Lighthouse Corporation Pty Ltd et Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. la République démocratique du Timor oriental, affaire CIRDI n° ARB/15/2, décision du 22 décembre 2017; EuroGas Inc. et Belmont Resources Inc. C. la République de Slovaquie, affaire CIRDI n° ARB/14/14; Rachel S. Grynberg, Stephen M. Grynberg, Miriam Z. Grynberg et RSM Production Company c. Grenade, affaire CIRDI n° ARB/10/6, décision du tribunal relative à la demande de cautionnement pour frais du défendeur, 14 octobre 2010.

²⁰ Ibid, alinéa 57.

²¹ Grynberg c. Grenade, alinéa 5.17.

²² Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. l'État plurinational de Bolivie, CNUDCI, affaire CPA n° 2011-17, ordonnance de procédure n° 14, 11 mars 2013, alinéa 6.

²³ Commerce Group Corp. et San Sebastian Gold Mines, Inc. C. la République du Salvador, affaire CIRDI n° ARB/09/17, décision relative à la demande de cautionnement pour frais du Salvador, 20 septembre 2012.



4.3 Investisseur insolvable

Contrairement aux dispositions de l'ALE UE-Vietnam, du TBI Slovaquie-Iran et d'autres accords cités plus haut, qui soulignent l'importance de prendre en compte l'incapacité de l'investisseur à payer les frais, de nombreux tribunaux ont jugé la position financière de l'investisseur comme peu pertinente dans la décision d'accorder ou non un cautionnement pour frais. Certains tribunaux ont par exemple adopté les positions suivantes :

- « Nous doutons que la seule démonstration d'une absence d'avoirs constitue un fondement suffisant pour une telle décision. [...] Des éléments supplémentaires devraient être requis plutôt que de simplement démontrer l'incapacité probable du demandeur d'honorer une potentielle attribution des dépens à sa charge »²⁴.
- Le fait que l'investisseur soit une société fictive ou ne possède pas d'avoirs ne constitue pas une raison suffisante pour ordonner un cautionnement pour frais, de nombreux investissements étant réalisés par le biais d'un véhicule d'investissement²⁵.
- « L'absence d'avoirs, l'impossibilité de démontrer la disponibilité de ressources économiques ou encore l'existence de risques ou de difficultés économiques affectant la situation financière d'une société ne constituent pas en elles-mêmes des raisons ou justifications suffisantes pour ordonner un cautionnement pour frais »²⁶.

4.4 Pertinence du financement par des tierces parties

Les tribunaux ont envisagé la pertinence du financement par des tierces parties dans le cadre des demandes de cautionnement pour frais à l'aune des critères extrêmement stricts déjà évoqués. Cela les a conduits à évaluer si un financement par des tierces parties constituait une preuve *prima facie* de mauvaise foi ou d'abus, c'est-à-dire de circonstances extrêmes ou exceptionnelles. Comme l'a argumenté un État défendeur, le financement par une tierce partie constitue un agissement de « mauvaise foi » dans la mesure où il permet un « délit de fuite post arbitrage (Hit and run arbitration)²⁷ ». La réponse systématique des tribunaux à cette question est que le financement par une tierce partie ne constitue pas en lui-même un élément suffisamment exceptionnel pour justifier un cautionnement pour frais²⁸. Un tribunal a en effet disposé que « le financement par une tierce partie – qui est devenu une pratique courante – ne constitue pas en lui-même un élément exceptionnel »²⁹. À mesure que la fréquence du recours au financement par une tierce partie augmente, celui-ci risque donc d'être de moins en moins considéré comme un élément pertinent dans les décisions de cautionnement pour frais.

4.5 Affaires dans lesquelles le cautionnement pour frais a été accordé

L'affaire *RSM contre Sainte-Lucie*³⁰ a été la première connue dans laquelle un cautionnement pour frais a été ordonné. Dans cette affaire, la conjonction d'antécédents avérés de non-paiement du demandeur dans le cadre d'affaires CIRDI, l'absence de ressources financières reconnue par le demandeur et l'existence d'un financement par une tierce partie inconnue et présumée ne pas être tenue d'honorer une condamnation du demandeur aux dépens a convaincu deux arbitres sur trois. Par la suite, des tribunaux³¹ ont souligné le caractère particulier de l'affaire *RSM contre Sainte-Lucie* en se focalisant sur les antécédents de non-paiement de l'investisseur, et ont refusé le cautionnement pour frais. La jurisprudence semble actuellement indiquer que la situation financière des

²⁴ Grynberg c. Grenade, alinéas 5.19 et 5.20.

²⁵ Libananco Holdings Co. Limited c. la République de Turquie, affaire CIRDI n° ARB/06/8, décision relative aux questions préliminaires, 23 juin 2008, alinéa 59.

²⁶ South American Silver Limited c. la Bolivie, CNUDCI, affaire CPA n° 2013-15, ordonnance de procédure n° 10, 11 janvier 2016, alinéa 63.

²⁷ Guaracachi America, Inc. et Rurelec PLC c. l'État plurinational de Bolivie.

²⁸ The Queen Mary Report, p. 177.

²⁹ EuroGas Inc. et Belmont Resources Inc. C. la République de Slovaquie, affaire CIRDI n° ARB/14/14, ordonnance de procédure n° 3, 23 juin 2015.

³⁰ RSM Production Corporation c. Sainte-Lucie, affaire CIRDI n° ARB/12/10.

³¹ Par exemple, Lighthouse Corporation Pty Ltd et Lighthouse Corporation Ltd, IBC c. la République démocratique du Timor oriental; Lao Holdings N.V. c. la République démocratique populaire lao ; EuroGas Inc. et Belmont Resources Inc. C. la République de Slovaquie.



investisseurs demeure considérée comme peu pertinente, tandis que des antécédents de non-paiement malgré une décision du tribunal se révèlent, eux, très convaincants pour les juges. La portée de ce dernier critère est toutefois très limitée sachant que de nombreuses procédures d'arbitrage sont intentées pour la première fois par le demandeur, ce dernier n'ayant dès lors aucun antécédent possible eu égard aux ordres de paiement des frais.

La seconde décision connue de cautionnement pour frais a été publiée en juillet 2018³². Dans cette affaire, le tribunal a considéré que l'existence d'un financement par une tierce partie déclinant toute responsabilité en cas d'attribution des dépens au demandeur constituait des « circonstances exceptionnelles ». Élément crucial, le tribunal avait ici ordonné à l'investisseur de lui divulguer l'accord de financement conclu. Cette décision étant toute récente, elle n'a pas encore eu le temps de faire jurisprudence. Il est néanmoins peu probable que des tribunaux exigent d'emblée la divulgation d'un accord de financement compte tenu de l'absence de dispositions précises à cet égard dans les traités et les règles d'arbitrage.

5.0 Conclusions et recommandations

5.1 Nécessité de renforcer les dispositions relatives au cautionnement pour frais dans les traités

Du point de vue des États, qui se trouvent toujours dans la position du défendeur et n'ont que peu de contrôle sur l'identité du demandeur, des dispositions claires et solides sont nécessaires dans les traités concernant le cautionnement pour frais, afin de s'assurer que les tribunaux pèsent équitablement tous les éléments pertinents de chaque affaire. Cette nécessité découle tout d'abord de la persistance de certains tribunaux du CIRDI à remettre en question voire nier la possibilité d'ordonner un cautionnement pour frais, ne serait-ce qu'à titre de mesure préliminaire³³. Une seconde raison est la discordance manifeste qui existe entre les rares dispositions des traités couvrant le cautionnement pour frais et la manière dont les tribunaux ont abordé la problématique jusqu'ici. Les dispositions des traités tels que l'ALE UE-Vietnam, le TBI Slovaquie-Iran et le modèle tchèque évoqués plus haut se concentrent sur la capacité de l'investisseur à payer. Les tribunaux, au contraire, se concentrent sur la présence de circonstances extrêmes ou exceptionnelles, ou d'agissements de mauvaise foi. Du point de vue des États, l'impossibilité de récupérer les dépens attribués est préjudiciable et pèse sur le contribuable, indépendamment de la mauvaise foi de l'investisseur ou du caractère « extrême » de la situation³⁴.

Enfin, des dispositions claires et solides sont nécessaires dans les traités afin de corriger l'incohérence des tribunaux concernant la prise en compte du financement par une tierce partie dans le cadre des demandes de cautionnement pour frais. Comme expliqué plus haut, les tribunaux ont jusqu'ici considéré que seules des circonstances exceptionnelles, telles que des agissements de mauvaise foi ou des preuves de l'insolvabilité de l'investisseur, pouvaient justifier l'octroi d'un cautionnement pour frais. L'application de ces critères par les tribunaux s'est par ailleurs révélée incohérente : alors que certains jugent qu'un financement par une tierce partie ne démontre ni l'insolvabilité de l'investisseur ni sa mauvaise foi, d'autres considèrent un tel financement comme un élément « exceptionnel » lorsque la tierce partie décline toute responsabilité en cas de condamnation du demandeur aux dépens. Il est nécessaire de moderniser les textes des TBI afin de rapprocher ces positions et rééquilibrer l'approche du cautionnement pour frais par les tribunaux, dans l'intérêt des citoyens, dont l'impôt finance la défense des États dans le cadre du RDIE.

Le cautionnement pour frais et le financement par une tierce partie figurent tous deux parmi les questions prises en compte dans le cadre de la mise à jour des règles du CIRDI, ainsi que par le groupe de travail de la CNUDCI sur la réforme du RDIE. Nous espérons bien sûr que ce travail de réforme aboutira à des règles d'arbitrage solides et claires concernant ces problématiques. Les États n'ont toutefois aucune raison d'attendre et peuvent d'ores et déjà adopter des dispositions plus précises dans leurs traités.

³² Serafin García Armas et Karina García Gruber c. la République bolivarienne du Venezuela, CNUDCI, affaire CPA n° 2013-3).

³³ Par exemple, décision prise en 2018 dans l'affaire Lao Holdings N.V. c. la République démocratique populaire lao.

³⁴ Comme le relève le Queen Mary Report, p. 174 : « [...] on est en droit de s'interroger quant à la justification de critères aussi stricts. Il paraît raisonnable qu'un État défendeur soumis à une procédure d'arbitrage où le demandeur est débouté soit en mesure de récupérer les frais encourus au terme de l'arbitrage, que le demandeur ait agi de mauvaise foi ou non ». Traduction non officielle.



5.2 Proposition de formulations à intégrer dans les traités concernant le cautionnement pour frais

Les formulations proposées à intégrer dans les traités concernant le cautionnement pour frais s'inspirent du modèle tchèque et ont pour objectifs :

- i) de réaffirmer le pouvoir des tribunaux d'ordonner un cautionnement pour frais;
- ii) de clairement définir les circonstances dans lesquelles un cautionnement pour frais doit être ordonné;
- iii) d'établir la pertinence du financement par une tierce partie dans les décisions de cautionnement pour frais, mais en la limitant aux « délit de fuite post arbitrage (Hit and run arbitration) », c'est-à-dire aux accords où la tierce partie décline toute responsabilité en cas de condamnation du demandeur aux dépens³⁵; et
- iv) de clore obligatoirement une procédure lorsqu'un ordre de cautionnement pour frais n'est pas honoré.

Ces formulations devraient être appuyées par une disposition imposant au tribunal de condamner le demandeur débouté aux dépens, de façon à fermement contrer l'approche de « chacun pour soi » dernièrement observée³⁶. Elles devraient aussi être accompagnées d'une disposition stipulant qu'en cas d'incohérence, les dispositions des traités relatives au RDIE prévalent sur les règles d'arbitrage applicables³⁷. Ces formulations devraient enfin être appuyées par une disposition concernant le financement par une tierce partie, selon les termes figurant ci-dessous.

Cautionnement pour frais

- (1) Le tribunal d'arbitrage peut ordonner un cautionnement pour frais sur demande de la Partie contractante qui est partie au différend.
- (2) Le tribunal d'arbitrage ordonnera un cautionnement pour frais lorsque :
 - (a) il existe des raisons de croire que l'investisseur ne sera pas en mesure, en cas de condamnation aux dépens, de payer une part raisonnable des honoraires d'avocats et autres frais à la Partie contractante qui est partie au différend; ou
 - (b) il existe des raisons de croire que l'investisseur a structuré la société ou cédé des actifs dans le but d'éviter les conséquences de la procédure d'arbitrage; ou
 - (c) conformément à l'article X(4) (Financement par une tierce partie), l'investisseur a communiqué l'existence d'un accord de financement par une tierce partie dans lequel celle-ci ne s'est pas irrévocablement³⁸ engagée à assumer une condamnation éventuelle du demandeur aux dépens.
- (3) Si l'investisseur néglige de payer le cautionnement pour frais ordonné par le tribunal d'arbitrage, ce dernier clora la procédure d'arbitrage.

³⁵ Ceci pourrait conduire un plus grand nombre de tierces parties finançant des procédures d'arbitrage à couvrir l'attribution des dépens au demandeur et/ou à constituer un cautionnement pour frais, tout en limitant le problème potentiel de l'accès à la justice soulevé pour les opposants au cautionnement pour frais dans le cadre du RDIE.

³⁶ Voir par exemple l'article 8.39(5) de l'Accord économique et commercial global (AECG) conclu entre le Canada et l'UE : « Le Tribunal ordonne que les dépens de la procédure soient supportés par la partie perdante au différend » (<http://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/08.aspx?lang=fra>).

³⁷ Voir par exemple l'article 29.4(f) du modèle de TBI de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) : « Afin d'éviter toute hésitation en cas d'incohérence, les dispositions de cet Accord relatives aux procédures d'arbitrage prévaudront sur celles des règles d'arbitrage retenues pour le règlement des différends » (<https://www.iisd.org/itm/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf>). Traduction non officielle.

³⁸ Ce terme est crucial, car il vise à garantir que l'engagement de la tierce partie de payer une éventuelle condamnation du demandeur aux dépens perdure, même si l'investisseur enfreint l'accord de financement conclu ou que ledit accord est résilié d'une quelconque autre manière.



Financement par une tierce partie

- (1) En présence d'un financement par une tierce partie, la partie au différend qui en bénéficie communiquera les nom et adresse de ladite tierce partie à l'autre partie au différend ainsi qu'au tribunal.
- (2) Cette communication interviendra au moment du dépôt de la demande d'arbitrage ou, lorsque l'accord de financement est conclu ou que la donation ou subvention est accordée après le dépôt de la demande d'arbitrage, sans délai après la conclusion de l'accord de financement ou l'octroi de la donation ou subvention.
- (3) Conformément à l'article X (Prévention des conflits d'intérêts des arbitres), les arbitres détermineront si les informations communiquées peuvent, aux yeux d'un observateur neutre et raisonnable, soulever des doutes quant à l'impartialité, l'indépendance et l'absence de conflits d'intérêts des arbitres.
- (4) En présence d'un financement par une tierce partie, la partie au différend qui en bénéficie informera l'autre partie au différend ainsi que le tribunal de la présence ou non d'un engagement irrévocable de ladite tierce partie à assumer une condamnation éventuelle du demandeur aux dépens.

©2018 The International Institute for Sustainable Development
Publié par l'Institut international du développement durable.

Winnipeg, Canada (siège)

111 Lombard Avenue, Suite 325
Winnipeg, Manitoba
Canada R3B 0T4

Tel: +1 (204) 958-7700

Website: www.iisd.org

Twitter: @IISD_news



IISD.org